



Anno V, n. 4, 2015

Data di pubblicazione: 12 gennaio 2016



Democrazia e Sicurezza - Democracy & Security Review

Direzione e redazione: c/o Laboratorio
Multimediale e di Comparazione Giuridica
Università degli Studi "Roma Tre"
via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma



www.democraziaesicurezza.it - <http://ojs.romatrepres.uniroma3.it/index.php/DemSic>
redazione@democraziaesicurezza.it

Direttore responsabile: Salvatore Bonfiglio

Iscrizione presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011. ISSN 2239-804X
Salvo diversamente indicato, gli articoli sono sottoposti a procedura di revisione anonima.

Comitato direttivo

Salvatore Bonfiglio (Università degli Studi "Roma Tre" - Direttore scientifico)

Artemi Rallo Lombarte (Universitat Jaume I – Castellòn - Condirettore)

Consiglio scientifico

Domenico Amirante, Fabrizio Battistelli, Paolo Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Francesco Clementi, Mario De Caro, Rosario Garcia Mahamut, Hermann Groß, Andrew Hoskins, Martin Innes, Luis Jimena Quesada, Luis Maria Lopez Guerra, Stelio Mangiameli, Maria Luisa Maniscalco, Kostas Mavrias, Lina Panella, Otto Pfersmann, Artemi Rallo Lombarte, Angelo Rinella, Marco Ruotolo, Cheryl Saunders, Giovanna Spagnuolo, Alessandro Torre, Matthew C. Waxman.

Redazione

Coordinamento: Gabriele Maestri.

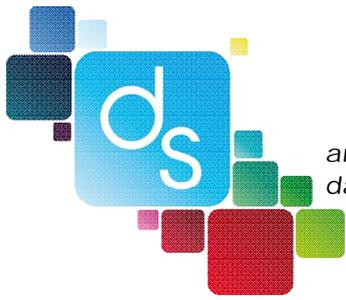
Osservatorio sulla normativa: Valentina Fiorillo e, Massimo Rubechi.

Osservatorio sulla giurisprudenza: Giulia Aravantinou Leonidi, Caterina Bova, Pamela Martino.

Osservatorio europeo e internazionale: Mario Carta (coordinatore), Cristina Pauner Chulvi, Cristina Gazzetta.

Osservatorio sociale: Francesco Antonelli, Pina Sodano, Valeria Rosato.

Recensioni: Beatrice Catalo.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Indice

Prospettive

- Ragionando di strategie di integrazione multiculturale per l'Italia... senza retorica*
di Ginevra Cerrina Feroni 3
- Sicurezza, immigrazione e cittadinanza inclusiva*
di Salvatore Bonfiglio 17

Saggi

- Le principali novità in materia di protezione internazionale nell'Unione europea*
di Anna Pitrone 41
- L'ordinamento italiano e il sistema di protezione internazionale degli stranieri*
di Francesco Martines 69
- La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e la tutela dei richiedenti asilo in Italia*
di Francesca Perrini 97
- Sugli obblighi internazionali in materia di salvataggio di migranti in mare e sulla necessità di adottare misure europee di solidarietà*
di Francesco Battaglia 125
- Detenzione in assenza di reato: il trattenimento amministrativo degli stranieri*
di Giulia Colavecchio 161

Recensioni

- D. Lamparella, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di giustizia europea*, ESI, Napoli, 2014, pp. 99
di Carmine Petteruti 179

Nota della redazione:

Il presente numero, nella sezione *Saggi*, raccoglie alcuni contributi che costituiscono la rielaborazione degli interventi al convegno *Immigrazione: aspetti giuridici e realtà territoriali* (Messina, 4-5 luglio 2014), organizzato dal Centro Internazionale di Ricerche e Studi Sociologici Penali e Penitenziari e dall'Università degli Studi di Messina – Dipartimento di Scienze Umane e Sociali. Tutti i contributi pubblicati sono stati sottoposti a revisione (*double blind peer review*).

Vista la natura sostanzialmente monografica del numero, inoltre, si è scelto di far precedere i *Saggi* da una sezione *Prospettive*, in cui dare conto di due punti di vista sul fenomeno migratorio e sui suoi effetti in tema di cittadinanza. A tale proposito, oltre alle riflessioni del direttore della Rivista, prof. Salvatore Bonfiglio, è stata invitata a contribuire alla sezione la prof.ssa Ginevra Cerrina Feroni.





anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Ragionando di strategie di integrazione multiculturale per l'Italia... senza retorica

di Ginevra Cerrina Feroni *

1. Origine, ascesa, declino del multiculturalismo

L'idea che evoca il termine «multiculturalismo» è quella della pari dignità da riconoscersi alle espressioni culturali dei singoli e dei gruppi che convivono in una società democratica; l'idea cioè che ciascuna persona ha il diritto di crescere all'interno della propria cultura di nascita o d'elezione. Il multiculturalismo non nasce come un'estemporanea teoria sociologica, ma ha una precisa matrice politica, nasce cioè come progetto per la società canadese agli inizi degli anni '60 del secolo scorso, e ovviamente ha una matrice giuridica, ovvero la costituzionalizzazione del prin-

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università degli Studi di Firenze. Il presente scritto costituisce un estratto della relazione presentata dall'Autrice al Convegno annuale della Associazione italiana dei costituzionalisti sul tema *Stato costituzionale e società multiculturale*, svoltosi a Roma, Università degli Studi "Roma Tre", nei giorni 6-7 novembre 2015 e di prossima pubblicazione sulla *Rivista AIC*.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

cipio multiculturale. Il modello canadese, ma anche il modello degli Stati Uniti e quello indiano sono pertanto sistemi “geneticamente” multiculturali¹. Dal Canada la nozione di multiculturalismo si è diffusa gradualmente nel resto del mondo, a cominciare dall'Australia, poi è diventata un simbolo delle politiche progressiste in Gran Bretagna, Olanda e Germania. Per circa trent'anni la sua crescita è apparsa inarrestabile e, in suo nome, minoranze etniche, razziali, linguistiche, sessuali e religiose hanno rivendicato diritti e riconoscimenti in varie sfere della vita pubblica.

Poi questa idea è entrata in crisi. Perché?

L'approccio multiculturalista è quello di garantire che i diversi gruppi culturali e le diverse etnie vivano l'una accanto all'altra nel mutuo rispetto, all'insegna della massima tolleranza e della massima libertà. Interpretato nella sua dimensione teorica, questo approccio presenta dunque innegabili aspetti positivi, nel senso del riconoscimento della pari dignità di tutte le culture. Tuttavia esso, nelle sue forme più radicali e soprattutto nella sua applicazione pratica, ha avuto poi, paradossalmente, conseguenze negative.

2. Dalla massima apertura verso le comunità alla massima segregazione delle comunità: verso il tramonto della *political correctness* inglese

Paradigmatico il caso della Gran Bretagna. Ed infatti proprio nel Paese che, storicamente, ha dimostrato di fare applicazione della maggiore

¹ Si vedano i contributi contenuti nel volume di Amirante e Pepe (cur.) (2011) che raccoglie gli atti del Convegno annuale dell'Associazione italiana di Diritto pubblico comparato ed europeo.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

tolleranza e apertura verso altre culture, non solo non vi sono stati i risultati sperati, ma anzi si sono acuiti i conflitti e accentuato le differenze e la separazione, provocando una maggiore segregazione, se non addirittura fenomeni di “ghettizzazione” delle singole culture.

Cerchiamo di capire. Il sistema inglese di integrazione non si fonda su una concezione strutturata dell'integrazione (come quella francese o tedesca), ma è fortemente pragmatico. La filosofia ispiratrice della politica multiculturalista inglese parte dal presupposto del riconoscimento della frammentarietà e della diversità culturale della società e si orienta a tutelare l'identità originaria degli immigrati e il loro senso di appartenenza comunitaria attraverso la quale gli immigrati possono vivere in Gran Bretagna senza il rischio di sentirsi alienati. In quest'ottica sono state, ad esempio, introdotte a favore delle varie comunità leggi specifiche che prevedono eccezioni o aggiustamenti della disciplina di generale: emblematici i casi di “*Religion Exemption*” che consentono ai seguaci della religione Sikh di non indossare il casco protettivo in deroga alle norme del codice della strada o di portare addosso in luoghi pubblici tradizionale pugnale in deroga alle normative di pubblica sicurezza.

Altra caratteristica del sistema deriva dal fatto che il dialogo dello Stato con gli immigrati viene promosso a livello delle singole comunità, piuttosto che dei singoli individui (Cantle 2013). La grande autonomia concessa alle comunità e ai loro rappresentanti ha permesso la costituzione delle Corti islamiche (*sharia Councils*), organi giurisdizionali di natura arbitrale e incaricati di amministrare la giustizia in materia di famiglia e di eredità.

All'ombra del principio di tolleranza in questi ultimi anni hanno, tuttavia, prosperato posizioni assolutamente inconciliabili con i valori della



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

società, patria del costituzionalismo. Molte scuole confessionali (musulmane) e addirittura alcune statali sono diventate ricettacoli di intolleranza e di vera e propria segregazione. A dir poco stupefacente il caso del cd. “Troian Horse”, quando nel 2014 i servizi segreti inglesi e polizia appurano l’esistenza di una cellula estremista che voleva impossessarsi del maggior numero possibile di scuole pubbliche, incominciando da quelle di Birmingham, allontanando tutti i presidi e gli insegnanti non islamici e indottrinando gli alunni a una visione radicale dell’Islam (preghiere islamiche diffuse con altoparlanti nelle aule e nei corridoi, divisioni delle aule per sessi, isolamento degli studenti non musulmani, ecc.). Non solo. Nelle 85 Corti islamiche ufficiali (molte altre ne esistono all’ombra di abitazioni private e senza nessuna legittimità) sono stati documentati innumerevoli casi di legittimazione di poligamia, mutilazioni genitali, ripudio, prevenzione dei matrimoni misti e accettazione delle violenze domestiche².

A fronte di questa situazione, il Governo cerca adesso di correre ai ripari. L’idea che sembra affermarsi è quella di abbandonare la “tolleranza passiva” e l’approccio indifferente ai valori. L’identità nazionale è una sola e gli immigrati (come singoli e come comunità) devono rispettarne i valori fondamentali. Le misure concrete in corso di adozione sono molte e incisive: dalle modifiche degli ordinamenti didattici per «promuovere i valori bri-

² Un *report* commissionato dall’Home Office riporta i tipici esempi di abusi sofferti dalle donne nelle corti islamiche: <http://www.bowgroup.org/sites/bowgroup.uat.pleasetest.co.uk/files/Bow%20Group%20Report%20-%20A%20Parallel%20World%20-%20Confronting%20the%20abuse%20of%20many%20Muslim%20women%20in%20Britain%20today%2024%2003%2015.pdf> (ultima consultazione 12 gennaio 2016).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

tannici» in tutte le scuole del Paese alle campagne di verifica e di valutazione di quelle scuole islamiche sospettate di estremismo con rimozione di professori e presidi sospettati di connivenza o proselitismo; dai piani di edilizia popolare con divieto di creare condomini abitati da una sola componente etnica al blocco dei finanziamenti alle organizzazioni islamiche sospettate di estremismo; dalla maggiore vigilanza della Autorità garante delle comunicazioni sulle trasmissioni di propaganda dell'islam radicale alla possibilità di incriminare i cosiddetti "diffusori di odio" che in Inghilterra hanno potuto predicare indisturbati in tutti questi anni.

Inoltre l'Home Office, l'autorità ministeriale responsabile dell'ordine interno e dell'immigrazione, ha richiesto al Governo di predisporre commissioni di indagine sugli abusi compiuti dalle corti della *sharia* e di introdurre disposizioni per il risarcimento delle vittime di detti tribunali.

3. Il modello francese di società multiculturale alla prova: giovani immigrati e aspettative assimilazionistiche deluse

Diversamente dalla esperienza della Gran Bretagna, il modello francese di società multiculturale non si è venuto delineando in modo pragmatico, ma ha alla sua base alcuni veri e propri pilastri che rappresentano la tipicità e, allo stesso tempo, la rigidità del modello.

Il primo pilastro è rappresentato dal concetto di *assimilazione*. Con ciò si intende un sistema che punta a formare cittadini di elezione i quali, a prescindere dalla cultura, etnia, religione di provenienza, sono considerati uguali davanti alla Repubblica. Una volta accettati e condivisi i valori di fondo dell'ordinamento costituzionale (il cd. "Vocabolario della



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Repubblica”: laicità, libertà di pensiero, uguaglianza, stato di diritto, democrazia, rispetto dei diritti fondamentali, ecc.), non vengono posti limiti alla possibilità di diventare, a tutti gli effetti, cittadini francesi.

Da ciò l’importanza data alla formazione scolastica di I e di II livello: il sistema scolastico è, infatti, il perno della politica di integrazione francese. A scuola si insegnano i valori repubblicani; sempre alla scuola è delegato il compito di formare le coscienze dei giovani e di farli diventare francesi. Si tratta, dunque, di un modello fortemente inclusivo, che comporta anche delle rinunce da parte dello straniero: negli spazi pubblici e, più in generale, in tutte quelle azioni che lo caratterizzano come “cittadino”, egli deve abbandonare atteggiamenti e manifestazioni culturali che siano in contraddizione o anche solo differiscano dai valori repubblicani (Beaudouin 2000).

Il secondo pilastro è rappresentato dall’idea di *cittadinanza* “alla francese”. Si tratta di un modello astratto di cittadino, non caratterizzato da alcuna appartenenza identitaria e con la netta separazione tra sfera pubblica e sfera privata. Lo Stato agisce secondo criteri universali, uguali per tutti e non accetta che ci sia un trattamento differenziato per gruppi che hanno una propria, specifica identità culturale, etnica o religiosa.

Il terzo pilastro è rappresentato dall’idea di *laicità* “alla francese”. È questo un valore irrinunciabile per il Paese, come recita l’art. 1 della Cost. («La France est une République, une, indivisible, laïque et sociale»), e che impedisce qualsiasi esposizione di simboli religiosi nei luoghi pubblici (scuole, ospedali, uffici pubblici, ecc.). Non è un caso che già prima dell’entrata in vigore della legge sulla laicità (n° 2004-228 del 15 marzo 2004) il dibattito sull’integrazione si fosse coagulato intorno alla questione del velo nelle scuole pubbliche, costituendo la componente



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

islamica la fetta più significativa degli immigrati francesi e anche quella con i maggiori problemi di integrazione³.

I fatti delle *banlieues* del 2005 hanno rimesso in discussione il modello di integrazione francese. L'allora presidente Sarkozy aveva esplicitamente denunciato l'incapacità del modello francese, da un lato, di gestire il fenomeno migratorio (contrapposizione tra «l'immigration choisie» e «l'immigration subie» – soprattutto in termini di ricongiungimenti familiari) e, dall'altro, di assicurare sicurezza e rispetto dell'identità nazionale (contrapposizione tra «mauvais Français» e «un bon citoyen»). Ma anche il presidente Hollande, nel suo primo discorso sull'immigrazione (dicembre 2014), aveva messo in luce il nodo cruciale e problematico del modello dell'integrazione francese, peraltro ribadito nel discorso all'Assemblea Nazionale del primo ministro M. Valls dopo l'attentato a *Charlie Hebdo* (gennaio 2015). Considerazione tutte a dir poco amplificate dai tragici eventi del novembre scorso.

È dunque fallito il modello alla francese?

Non credo sia fallito il modello in sé, che continua a mantenere una sua coerenza e ragionevolezza complessive. Ritengo più corretto dire che sia fallita la sua pratica applicazione. In generale le dinamiche tipiche dei nuovi processi migratori verso la Francia deludono infatti le aspettative assimilazionistiche nella società ospitante. La resistenza alla assimilazione è stata evidenziata da molti sociologi: i nuovi immigrati vivono in un nuovo Paese, ma non si lasciano assimilare; mantengono i legami con la cultura della terra di origine ma non pensano di tornarvi.

³ Riguardo la polemica sulla difficile adattabilità dell'islam in Francia v. Frégosi (2012).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Non solo. In modo esattamente speculare al sistema inglese – nel quale il rilievo dato alle culture dei vari gruppi etnici e religiosi e l'assenza di scambi culturali tra di essi, ha portato alcune comunità a chiudersi – in Francia il modello valoriale proposto, quasi una sorta di “religione repubblicana”, ha fatto sì che una parte dei musulmani francesi lo abbia a poco a poco percepito come una minaccia alla propria religione, cultura e modo di essere (v. la questione dibattutissima del divieto del velo).

I musulmani francesi si sono trovati quindi di fronte a un *aut-aut* e così, inevitabilmente, si è allargato quel solco tra loro e il Paese di accoglienza. È in questo passaggio che il modello francese, nella sua pratica applicazione, ha evidenziato alcuni limiti: penso al nascere delle periferie dei grandi agglomerati urbani diventate “non luoghi” di aggregazione comunitaria, sempre più impenetrabili e sempre più ghettizzate⁴. Non sono mancati – sia chiaro – progetti di riqualificazione delle periferie o tentativi concreti di integrazione, come ad esempio i canali riservati di accesso al sistema universitario per i giovani delle *banlieues*, ma probabilmente non sono stati sufficienti a impedire l'isolamento delle giovani generazioni di immigrati che popolano queste aree urbane. Senza compiere semplificate equazioni, è tuttavia indubitabile che sono anche questi i contesti nei quali hanno potuto attecchire, in terreni evidentemente già molto fertili, forme di radicalismo basate sulla religione e sull'odio, facendo scoprire ai francesi e al mondo intero che i nemici erano cresciuti in casa.

⁴ Significativo a riguardo, lo studio-inchiesta sull'emergere dell'estremismo condotto dal celebre sociologo e orientalista Kepel (2014).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

4. Quale modello per l'Italia? Tutela della nostra identità costituzionale e fine delle retoriche multiculturaliste

Queste considerazioni comparate assumono grande rilevanza per l'Italia che non ha mai avuto un proprio modello di riferimento, o comunque una propria strategia della integrazione. A me, per esempio, è sempre parsa singolare la mancanza nel nostro Paese di un Ministero per l'integrazione, al di là di una recente esperienza complessivamente marginale. L'Italia ha dunque il dovere, oggi più di ieri, a fronte di numeri importanti (oltre 5 milioni di persone tra stranieri comunitari e non), cui corrispondono spesso progetti di vita, di costruire modelli e percorsi seri di integrazione e di cittadinanza.

Da dove cominciare?

Se le linee di fondo del modello inglese di multiculturalismo, ovvero quelle di trattamenti giuridici differenziati all'interno di un medesimo contesto statale a difesa della diversità culturale, non sono da prendere in considerazione per gli effetti che hanno prodotto, neppure il modello di Stato laico alla francese, nella sua applicazione estrema, è probabilmente adatto né adattabile a Paesi come l'Italia connotati nelle loro radici più profonde dal cristianesimo.

Potrebbero forse prendersi in considerazione modelli più flessibili come, ad esempio, quello tedesco: esso presenta una grande eterogeneità di approcci – che vanno dal riconoscimento della diversità culturale (e quindi dalla possibilità dei “culturalmente diversi” di ottenere una tutela differenziata) all'assimilazione delle diversità all'interno di uno *standard* uniforme – ma, soprattutto, il rispetto della diversità si associa sempre a un approccio pedagogico nei confronti dell'immigrato, che viene guidato nel-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

la accettazione dei valori del *Freiheitliche Demokratische Grundordnung*, come elemento necessario per far parte della società tedesca⁵.

Va precisato tuttavia che anche in Germania esiste un problema di integrazione legato non genericamente agli immigrati, ma a un determinato gruppo e cioè quello turco, che ormai ha ampiamente superato i 4 milioni di persone. Gli altri gruppi etnici (ad esempio gli asiatici) invece non creano problemi particolari, ma anche perché per tradizione gli immigrati in Germania, a eccezione della componente turca, hanno un grado di istruzione e di formazione molto alta⁶. L'affermazione è confermata da una recente e interessante indagine del 2015, effettuata dal Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung (un organismo cui partecipano tra gli altri il Ministero della Famiglia tedesco e la Commissione europea): da essa emerge che si può parlare di integrazione se le condizioni di benessere economico e sociale degli immigrati hanno raggiunto la media della società. I risultati dicono appunto che il gruppo con maggiori problemi di integrazione (in tutti i campi indicizzati) è quello turco⁷. Il che ci riporta al nodo cruciale.

⁵ La *Wertordnung* ispiratrice del *Grundgesetz* ne fa una carta dalle chiare implicazioni ideologiche e quindi ben adatta a rappresentare un perno fondamentale da cui partire per definire la *Leitkultur*, la cultura di base, patrimonio comune di tutti e in cui tutti, pur nelle loro diversità, hanno la possibilità e il dovere di riconoscersi.

⁶ Un'istruzione maggiore della media dei tedeschi, a quanto emerge dalle più recenti statistiche. Cfr. il rapporto per il Ministero degli Interni: *Migration und Integration, Aufenthaltsrecht, Migrations- und Integrationspolitik in Deutschland*, Innenbundesministerium Verl., 2014.

⁷ V. Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, *Neue Potenziale, zur Lage der Integration in Deutschland*, 2014, testo consultabile online in <http://www.berlin->



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Ecco perché, al di là dei modelli, ciò che è veramente essenziale sono i concreti processi di integrazione, in punto di apprendimento effettivo della lingua o di inserimento nel lavoro, ma anche di comprensione e, soprattutto, di accettazione delle tradizioni, della cultura, degli stili di vita del Paese ospitante. Il che si traduce, ad esempio, nell'obbligo di istruzione scolastica per i minori, o nella piena libertà di movimento per le donne, o nel principio di parità dei coniugi all'interno della famiglia (Galli della Loggia 2016). Sembrano cose ovvie, ma non lo sono affatto.

Occorre dunque rispettare le differenze culturali, ma solo fin dove esse siano compatibili, e non essere conniventi con illeciti che trovano nel codice penale italiano la loro sanzione, anche se "culturalmente" motivati. Insomma è dalla Costituzione che occorre partire poiché essa, oltre a un testo giuridico fondamentale, rappresenta anche la «condizione di sviluppo culturale di un popolo» (Haeberle 2001, 33 e, di recente, Cavagion 2015). E dalla Costituzione non si deve deflettere. Costi quel che costi. Alain Touraine, il sociologo francese che da anni si occupa di diritti culturali, lo ha detto chiaramente (2011): «Chi, in nome del relativismo culturale, rimette in discussione il valore universale dei diritti dell'uomo fa un grave errore (...)». È al contrario solo attraverso un rafforzamento del senso di appartenenza a una identità collettiva, e che si realizza per prima cosa con il rispetto delle leggi nazionali da parte di tutte le comu-

institut.org/fileadmin/user_upload/Neue_Potenziale/Neue_Potenziale_online.pdf. Sulla base di 15 diversi indicatori è stato possibile accertare la situazione socio-economica degli stranieri e misurare il loro indice di integrazione (*Index zur Messung von Integration*): la media degli immigrati è di 4,6 punti su una scala di 7. Gli immigrati di origine turca raggiungono appena 2,5 punti.

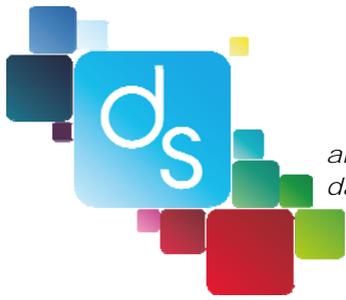


anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

nità, che si può conciliare la diversità culturale. Ma per fare questo occorre abbandonare, senza se e senza ma, le retoriche sul multiculturalismo che sono di ostacolo a soluzioni serie e ragionevoli, concretamente fattibili e non improvvisate sulla base di emergenze, spesso pretestuose, destinate a un inesorabile dimenticatoio.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Bibliografia

Amirante, D., V. Pepe (cur.) (2011), *Stato democratico e società multiculturali. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Torino: Giappichelli.

Beaudouin, J. (2000), *Dynamique démocratique et intégration républicaine*, in M. Sadoun (dir.), *La Démocratie en France, I, Idéologies*, Paris: Gallimard, p. 333 ss.

Cantle, T. (2013), *Community Leaders Disempower Communities*, in *Municipal Journal*, agosto, consultabile on line all'indirizzo <http://tedcantle.co.uk/wp-content/uploads/2013/03/078-Community-Leaders-Diverse-Diversity-Cantle-2013b.pdf> (ultimo accesso 12 gennaio 2015).

Frégosi, F. (2012), *L'islam dans la laïcité*, Paris: Fayard-Pluriel.

Galli Della Loggia, E. (2016), *Integrare senza sensi di colpa*, pubblicato dal *Corriere della Sera*, 10 gennaio.

Haeberle, P. (2001), *Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura*, Roma: Carocci.

Kepel, G. (2014), *Passion française: Les voix des cités*, Paris: Gallimard.

Touraine, A. (2011), *Multiculturalismo. Perché è andato in crisi il sogno della convivenza*, pubblicato dalla *Repubblica*, 10 febbraio.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Sicurezza, immigrazione e cittadinanza inclusiva

di Salvatore Bonfiglio *

1. Premessa

A cominciare dal 2008 e nel corso della crisi economico-finanziaria ancora oggi solo in parte superata, è diminuita la “sicurezza percepita”¹. Non si tratta, ovviamente, di una nozione giuridica. Essa costituisce oggetto di studio da parte di altre scienze sociali, come la sociologia, la statistica, la psicologia sociale, ecc.

* Professore associato di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università degli Studi “Roma Tre”. Lo scritto rielabora la relazione presentata al Convegno PRIN *Istituzioni democratiche e amministrazioni d’Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica* (Università degli Studi di Perugia - Dipartimento di Scienze politiche, 14-15 gennaio 2016) e che sarà parte di un contributo più ampio, di prossima pubblicazione.

¹ In Italia dal 1991 al 2012 gli omicidi sono in costante discesa. I tassi di omicidio sono tra i più bassi rispetto al resto d’Europa (fonte: Istat, elaborazione su dati Eurostat). Dal 2010 sono aumentati, invece, i reati da cui si può ricavare un guadagno economico (furti, rapine, truffe, estorsioni, spaccio di stupefacenti, usura, ricettazione, ecc.) (fonte: Istat, elaborazione su dati Ministero dell’Interno). V. http://www.istat.it/it/files/2014/06/07_Sicurezza-Bes2014-5.pdf (ultima consultazione 12 gennaio 2016).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Tuttavia, tra gli strumenti che sono stati adottati nel tempo per far fronte alla crisi e all'insicurezza percepita – in effetti, solo in parte derivante dalla crisi stessa – molto rilevanti sono stati anche quelli di carattere normativo e istituzionale. Questi strumenti e, in particolare, i loro contenuti hanno avuto un'indubbia valenza politica, operando non soltanto per all'attuazione del programma e dell'indirizzo politico di governo, ma anche per far fronte a situazioni e casi di necessità e urgenza attraverso l'uso e, spesso, l'abuso di quegli atti del Governo che nell'ordinamento italiano sono equiparati alle leggi ordinarie: i decreti-legge. La crescita "reale" o indotta della percezione dell'insicurezza, dunque, ha favorito maggiormente la tendenza, già molto evidente negli ultimi decenni, allo spostamento del baricentro decisionale dal Parlamento al Governo² e, più in generale, dalle assemblee elettive agli esecutivi in ambito regionale e locale³.

In questo intervento una maggiore attenzione sarà data ai contenuti di alcune norme adottate in materia di sicurezza e immigrazione. Quest'ultima si presenta, per le sue dimensioni e problematiche inedite, come un fenomeno "nuovo", che ha fatto crescere o alimentato, spesso in modo strumentale, l'insicurezza percepita per motivare/giustificare norme

² Il Governo è il «primo giudice della urgenza e della necessità del provvedere, mentre l'urgenza e necessità del provvedimento, *ut sic*, potrà naturalmente essere valutata da altri soggetti od organi» (Modugno 2008, 13).

³ Basti pensare alle ordinanze sindacali – adottabili in caso di «gravi pericoli»– la cui violazione si inquadra in un sistema sanzionatorio di natura non meramente amministrativa, ma anche di natura penale. Negli anni si è avuto un vero e proprio abuso delle ordinanze sindacali. Non a caso è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del TUEL nella parte in cui comprende la locuzione «anche» prima delle parole «contingibili e urgenti» (Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

e politiche in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali della persona. Sicuramente “nuovo” il fenomeno dell’immigrazione per le sue attuali dimensioni – negli ultimi vent’anni gli stranieri in Italia sono passati da 500mila a 5 milioni⁴ – oggi si può affermare che anche in Italia si è in presenza di una società multiculturale, e che questa per essere governata necessita di una interpretazione evolutiva dei principi costituzionali, in modo tale da garantire la protezione dei diritti fondamentali e la coesione sociale.

2. Il riconoscimento dei diritti ai “non cittadini” e il diritto a non essere criminalizzati

Non vi è dubbio che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, l’art. 3 della Costituzione, concernente il principio di eguaglianza, riguardi anche gli stranieri⁵, nonostante nella disposizione si faccia esplicito riferimento ai soli «cittadini».

Per quanto parte della dottrina abbia autorevolmente contestato questa conclusione (Pace 2003 e 2010), già a cominciare dalla sentenza n. 120/1967, la Corte costituzionale ha interpretato l’art. 3 della Costituzione al di là del

⁴ Dati leggibili *on line* su http://www.ismu.org/wp-content/uploads/2015/06/Guida_20-anni-di-immigrazione-in-Italia_.pdf (ultima consultazione 12 gennaio 2016).

⁵ Del resto, occorre ricordare che l’art. 10, comma 2 Cost., nel prevede per gli stranieri un trattamento disciplinato con legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali, ha superato quella norma, art. 16 disp. prel., secondo cui lo straniero era ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità, aprendo così la strada attraverso il diritto internazionale sui diritti umani al riconoscimento di uno *status* di diritti fondamentali che si riferisce all’individuo in quanto tale.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

dato testuale. Essa ha così voluto applicare in modo estensivo il principio di eguaglianza anche alla sfera dei diritti fondamentali dello straniero. Nel 1979 la Corte costituzionale ribadisce che «il testuale riferimento dell'art. 3.1 ai soli cittadini non esclude [...] che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo»⁶.

Ciò nonostante, ancora negli anni '90 del secolo scorso la Corte costituzionale aveva ammesso, anche nella sfera dei diritti fondamentali, alcune «ragionevoli» differenziazioni poste dal legislatore sulla base del dato della cittadinanza⁷. Soltanto nella sentenza n. 198/2000 la Corte costituzionale ha stabilito che lo straniero, anche se «irregolare», gode di tutti i diritti fondamentali della persona⁸.

A cominciare dagli anni della crisi economico-finanziaria, però, il riconoscimento dei diritti ai “non cittadini” è stato visto più come un problema fonte di insicurezza piuttosto che come fattore di sicurezza e di coesione sociale. In particolare, il dibattito sulla estensione dei diritti sociali agli stranieri è stato oggetto di facile strumentalizzazione da parte di forze populiste, nazionaliste e xenofobe. Quando si parla di «diritti che costano»⁹, però, spesso si dimentica che i lavoratori stranieri contribuiscono al-

⁶ Sentenza n. 54/1979 della Corte Costituzionale.

⁷ Si vedano le sentenze n. 244/1994 e n.62/1994.

⁸ Si veda anche la sent. 252/2001 sul diritto alla salute.

⁹ Tale espressione è stata utilizzata in Italia – anche con riferimento ai diritti politici – da Pace (2009 e 2010), nonché da D'Atena (2012, 972) e Stancati (2009, 103). Già in precedenza, però, v. ad esempio Holmes e Sunstein (1999) e Bin (2000). Sul punto di recente v. Maestri (2014 b), Gambino (2015) e Ruggeri (2015).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

la ricchezza nazionale e a finanziare le politiche sociali. L'estensione dei diritti sociali agli stranieri costituisce, dunque, il terreno più adatto sul quale operare per favorire l'integrazione e la coesione sociale.

In presenza di una crescita della disoccupazione e di un oggettivo affievolimento dei diritti sociali, però, non occorre sottovalutare la reazione di una parte dell'opinione pubblica europea a favore di una difesa xenofoba dei diritti di cittadinanza.

Nell'Unione europea alcuni Stati membri hanno di recente innalzato muri, recinzioni e altre forme di barriera, in violazione dei diritti umani e chiaramente in contrasto con i valori comuni (Glendon 2009) contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

In contesti di crisi economico-sociale, il fenomeno dell'immigrazione, quindi, rischia di essere ricondotto meramente a un problema di ordine pubblico e di pubblica sicurezza. Ed è quanto verificatosi in Italia negli anni passati.

In alcuni casi sono state adottate norme palesemente incostituzionali. Come ad esempio quelle che colpiscono non una condotta materiale ma uno *status*, il quale comporta un aggravio di pena esclusivamente per alcuni (apolidi ed extracomunitari). Si ha così una violazione del principio di uguaglianza e, altresì, del secondo comma dell'art. 25 della Costituzione italiana, il quale pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali¹⁰. Si tratta,

¹⁰ Corte cost., sent. n. 249/2010.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

dunque, come in questo caso, di alcune norme che sono in contrasto con una «concezione penale di ispirazione liberale [la quale] deve essere attenta alla necessità di bilanciare l'efficienza repressiva con la garanzia dei diritti individuali» (Fiandaca, Musco 1995, XXI).

Non è ragionevole pensare che, per governare il fenomeno della migrazione, si possa ritenere compatibile con l'ordinamento costituzionale italiano la presunzione di pericolosità connessa alla condizione di «clandestinità». La Corte costituzionale già ha avuto modo di affermare che «il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato [...] non è univocamente sintomatico [...] di una particolare pericolosità sociale»¹¹. Ma ciò non ha impedito l'introduzione del reato di immigrazione clandestina¹².

Quanto sopra descritto è già sufficiente a capire come in passato si sia andati in una direzione diametralmente opposta rispetto a quella di una cittadinanza dei diritti umani. Più di recente sembra pervenire da parte del legislatore nazionale qualche segnale in controtendenza rispetto al passato. Pur in presenza ancora di alcuni limiti e contraddizioni anche nella sua più recente disciplina, una conferma di questo segnale si può trarre dalla indicazione, come criterio direttivo per l'esecutivo, di «abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo», il reato previsto dell'immigrazione clandestina¹³. Tuttavia, occorre segnalare che, nonostante siano trascorsi venti mesi

¹¹ Corte cost., sent. n. 78/2007.

¹² Legge 15 luglio 2009, n. 94.

¹³ La definitiva approvazione della legge n. 67/2014 fa concentrare inevitabilmente l'attenzione su un punto che ha scatenato un consistente dibattito: l'art. 2, che reca la «Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria», al comma 3, lettera b)



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

dal varo della legge delega che ne prevede espressamente l'abolizione, il reato di immigrazione clandestina non è stato ancora depenalizzato. Eppure l'esperienza conferma che si tratta di un reato inefficace, che ostacola anziché aiutare indagini e lotta ai criminali, e che rende perfino più difficile l'immediata espulsione degli immigrati irregolari.

La non criminalizzazione degli stranieri clandestini costituisce, dunque, una premessa fondamentale per affrontare correttamente il problema dell'immigrazione. La principale questione, infatti, è quella della individuazione delle norme e delle politiche da adottare per favorire l'integrazione e la coesione sociale, avendo di fronte agli occhi il fallimento delle esperienze in Francia e nel Regno Unito, fallimento di cui parleremo nelle pagine seguenti.

3. Verso una nuova legge sulla cittadinanza italiana

In considerazione del fatto che vi sono ormai sempre più persone che si muovono da un Paese all'altro, non è ragionevole una cittadinanza che si risolve semplicemente nel legame di sangue o nel nascere in un determinato luogo, lo *ius sanguinis* o lo *ius soli*, come condizione necessaria per il

indica come criterio direttivo per l'esecutivo «abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia». Si veda l'ampio e approfondito contributo di Maestri (2014 a).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

godimento di diritti. Piuttosto che il generico diritto alla cittadinanza «sarebbe più corretto affermare il diritto *ad una cittadinanza*, che deve essere concessa non già dallo Stato nazionale, in mancanza di legami effettivi con esso, ma dallo Stato in cui l'individuo ha scelto di stabilirsi e di operare» (Panella 2012). Si tratta di una prospettiva certamente auspicabile, perché cambia radicalmente il rapporto tra individuo e Stato; prospettiva ancor più interessante se prendesse vigenza «uno *ius soli* autenticamente supranazionale europeo: il diritto della terra europea» (Papisca 2013, 27).

I diritti degli individui sono comunque garantiti, in primo luogo, dagli Stati stessi. In Italia, la Corte costituzionale ha già accolto il criterio di cittadinanza effettiva nella sentenza n. 227 del 24 giugno 2010, in cui il requisito formale della cittadinanza nazionale fa un significativo passo indietro rispetto al requisito sostanziale della residenza, del legame effettivo di un individuo con un Paese membro dell'Unione europea¹⁴. In questo caso, però, il riferimento è allo spazio pubblico europeo e, dunque, all'estensione dei diritti economici, culturali, civili e sociali, a tutti gli individui, a prescindere da qualsiasi legame con uno Stato nazionale membro dell'Unione europea. In sintesi la questione tocca i cittadini europei.

Il problema di una cittadinanza aperta, però, riguarda anche gli stranieri residenti legalmente nel territorio dell'Unione da lungo tempo (Allegrì 2014, 61). Al riguardo, il Consiglio europeo di Tampere del 15-16 otto-

¹⁴ Ne è derivata l'incostituzionalità dell'art. 8 della legge n.69 del 2005, ovverosia la legge di esecuzione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo, che consentiva il rifiuto dell'extradizione, in esecuzione del mandato di arresto europeo al solo caso di cittadini italiani e si è esteso il potere di rifiuto di estradizione anche a favore di cittadini comunitari residenti in Italia.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

bre 1999 aveva raccomandato che gli Stati membri pervenissero ad un accordo, in modo tale da riconoscere la cittadinanza dell'Unione, e i diritti ad essa connessi, ai cittadini dei Paesi terzi soggiornanti legalmente da lungo tempo in uno degli Stati membri dell'UE. A tale indicazione, però, finora non è stato dato seguito.

Tuttavia, con uno sguardo attento ai principi, alla giurisprudenza, alle regole, alle raccomandazioni, ci sono i presupposti affinché il requisito sostanziale della residenza, del legame effettivo di un individuo con un Paese, insieme al principio della effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, possano costituire gli elementi caratterizzanti di una cittadinanza più aperta all'estensione dei diritti fondamentali a tutti gli individui.

Oltre al riconoscimento dei diritti sociali, agli stranieri – regolarmente soggiornanti da quattro anni in Italia o in uno Stato membro dell'UE e che abbiano concorso alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva – potrebbe essere riconosciuto anche il diritto di partecipazione alle votazioni politiche locali e, avendone trascorsi altrettanti, anche il diritto di cittadinanza giuridica in senso stretto. Se questo vale per gli immigrati adulti di prima generazione, una maggiore tutela dovrebbe essere garantita ai minori, prevedendo una nuova fattispecie di acquisto della cittadinanza italiana per nascita (c.d. *ius soli*) e introducendo una nuova fattispecie di acquisto della cittadinanza in seguito ad un percorso scolastico (c.d. *ius culturae*)¹⁵.

¹⁵ L'Assemblea della Camera dei deputati ha approvato e trasmesso al Senato il 13 ottobre 2015 (A.S. 2092) un testo unificato in materia di cittadinanza, che introduce le novità sopra richiamate.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

4. Verso una cittadinanza interculturale e inclusiva

L'approvazione di una nuova legge in materia di cittadinanza può rappresentare un passo in avanti molto importante verso una cittadinanza aperta e inclusiva. Ma per le nuove dimensioni assunte dal fenomeno migratorio¹⁶, che ha un forte impatto sui sistemi giuridici in Europa e sul diritto dell'Unione europea, è molto utile un approccio attento alla contestualizzazione socio-culturale dei dati normativi (Menski 2006) e favorevolmente orientato al riconoscimento dei soggetti e dei problemi reali in una società ormai multiculturale. Ancora oggi, però, i diritti culturali non sono riconosciuti nella maggior parte degli Stati contemporanei¹⁷; eppure, sin dal 1966¹⁸, la cultura è considerata nel diritto internazionale elemento degno di protezione giuridica e i diritti culturali annoverati nel catalogo dei diritti umani.

Il testo, inoltre, prevede una disciplina transitoria. Coloro che abbiano maturato i requisiti per l'acquisto *iure culturae* prima dell'entrata in vigore della legge e abbiano già compiuto i 20 anni di età (termine previsto dalla legge per la dichiarazione di acquisto della cittadinanza), possono fare richiesta di acquisto della cittadinanza entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, purché residenti in Italia da almeno 5 anni.

¹⁶ Oggi siamo di fronte a un inarrestabile flusso migratorio, che si presenta come vera e propria crisi umanitaria a causa soprattutto dei numerosi conflitti regionali.

¹⁷ Secondo interessanti studi di Ilenia Ruggiu (2012 e 2015), soltanto 50 Costituzioni delle 190 esistenti al mondo hanno riconosciuto i diritti culturali. Alle 50 ne vanno aggiunte circa 30 che hanno introdotto il principio multiculturale o il principio di diversità culturale.

¹⁸ Si vedano al riguardo le due convenzioni del 16 dicembre 1966: il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, artt. 1, 3 e 15, comma 1, a); il Patto internazionale dei diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, in particolare art. 27.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Per tale ragione la ricerca interculturale può essere molto utile anche in ambito giuridico¹⁹; essa può supportare le scelte di carattere istituzionale all'interno dei singoli ordinamenti statali, favorendo il superamento sia del modello assimilazionista, utilizzato in Francia e di gran lunga prevalente, sia il multiculturalismo del passato, come adottato in Gran Bretagna²⁰. E non è un caso che i due modelli, già da molto tempo in crisi²¹, siano stati adottati nei due suddetti Stati. Il primo modello ha visto maggiormente espresse le tendenze a favore di un universalismo astratto e, a tratti, perfino ideologico dei diritti dell'uomo; il secondo, pur non ostacolando il riconoscimento e la concessione graduale di determinati diritti di libertà, nel segno di una prevalente cultura politica pragmatica, non ha però favorito il dialogo e l'incontro tra le diverse culture. In effetti, pur essendo molto diversi, entrambi i modelli hanno una radice comune: 'assimilazione' e 'separatezza' sono fondate sul pregiudizio culturale della superiorità di una cultura su tutte le altre. Un pregiudizio culturale, dunque, in aperto contrasto con l'*etica della reciprocità* e la ricerca

¹⁹ Oggi, anche in Italia, vi è una maggiore attenzione degli studiosi di diritto nei confronti della ricerca interculturale (Mancini 2000; Ricca 2008 e 2013; Consorti 2013; Mazzaresse 2013; Amirante 2015).

²⁰ In effetti, vi è un maggiore numero di modelli di convivenza tra immigrati e popolazione autoctona, anche se quest'ultima preferisce il modello assimilazionista. Per un'analisi più approfondita v. Rohe (2006, 58).

²¹ Il "modello francese" pretende che immigrati di qualsiasi etnia e culturale possano diventare 'buoni francesi'; viceversa, il "modello inglese", nel dare rilievo soltanto alle differenze tra le diverse culture non ha favorito il dialogo e l'incontro, permettendo «la creazione di una "separatezza" sociale e culturale al cui interno sono maturati fenomeni inattesi e temuti come, per esempio, la radicalizzazione identitaria dell'islam, sfociata in comportamenti violenti e in derive terroristiche» (Maniscalco 2011, 68).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

interculturale. Un pregiudizio duro a morire, perché affonda le sue radici nel colonialismo e in una idea sbagliata della modernità che, nella sua versione più ideologica, viene intesa in contrapposizione con le tradizioni altrui e in “difesa” della propria identità, sotto il segno di nuove forme di nazionalismo, populismo e xenofobia.

La ricerca interculturale in ambito giuridico suggerisce una rilettura della Costituzione, una sua interpretazione dinamica per l’adozione di nuove regole e politiche a favore della coesione sociale.

Quando la Costituzione italiana fu redatta il problema dei flussi migratori in Italia era ben presente soltanto sul versante dell’emigrazione (Vaccaro 2001): allora risultava difficile prevedere che un paese devastato dalla guerra potesse divenire oggetto di migrazioni in entrata di portata significativa.

Non a caso, l’art. 35, comma 4, della Costituzione, pone l’accento sul riconoscimento della «libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell’interesse generale, e tutela il lavoro italiano all’estero».

La disposizione contenuta nel suddetto articolo, letta nella sua unitarietà, sembra lasciare pochi dubbi su quali siano i suoi destinatari: gli italiani residenti all’estero, nonché quelli non appartenenti alla Repubblica (Offeddu 1979, 62 ss.). Tuttavia, a seguito dell’inversione dei flussi migratori, non si può escludere una sua interpretazione estensiva, ritenendo che la tutela in essa prevista si riferisca all’emigrazione *in generale*, anche nel caso di emigrazione di cittadini stranieri in Italia (Consorti 2013, 45). La stessa formulazione dell’articolo sembrerebbe favorire oggi una tale reinterpretazione, visto che in essa si prevede la libertà di emigrazione senza precisare che detta libertà è riconosciuta soltanto ai cittadini. Inoltre, a sostegno di questa lettura è possibile annoverare anche i lavori preparatori



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

della Costituzione, nel corso dei quali emerse chiaramente l'esigenza di favorire una graduale abolizione di controlli e di vincoli internazionali al libero trasferimento dei lavoratori e combattere l'«isolazionismo demografico e i divieti di immigrazione tanto dannosi ai lavoratori italiani» (Falzone, Palermo *et al.* 1976, 128).

I sostenitori di questa interpretazione, dunque, cercano di rinvenire in detta disposizione un fondamento costituzionale del diritto all'immigrazione, sebbene limitatamente a quella originata da motivi di lavoro, ritenendo detto diritto riconducibile al «principio di riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, per i quali giocherebbe un ruolo di primaria importanza il territorio del nostro Stato come luogo di svolgimento dell'attività lavorativa del cittadino e dello straniero» (Nicostra Guerrera 1995, 208).

5. Interpretazione evolutiva dei principi fondamentali della Costituzione

L'aspetto più rilevante, comunque, non è tanto quello della esistenza o meno di un vero e proprio diritto all'immigrazione quanto quello che, preso atto degli inarrestabili flussi migratori, concerne i diritti fondamentali dello straniero nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, a cominciare dal principio di eguaglianza e tenendo sempre presente che l'art. 2 della Costituzione italiana dev'essere considerato come "fattispecie aperta", ossia come norma in grado di ricomprendere tutte «le nuove domande di libertà che vengono fatte proprie dalla coscienza sociale» (Barbera 1975, 50).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Un altro importante aspetto da sottolineare con riguardo all'art. 2 Cost.it. è il riferimento alle «formazioni sociali», al fine di una comprensione non esclusivamente “negativa” dei diritti fondamentali e per una lettura sistematica dei principi fondamentali della Costituzione.

L'approccio personalista-comunitario supera l'idea dell'individuo / astratto e si fonda sul personalismo comunitario, sul richiamo alla 'persona' nella concretezza del suo agire sociale e delle sue condizioni di vita, sul rapporto tra libertà e uguaglianza sostanziale, sulla connessione tra il riconoscimento di diritti e l'impegno alla rimozione di condizioni economiche e sociali di disuguaglianza che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (Cost. it., art. 3). La partecipazione, dunque, è connessa, in primo luogo, al lavoro come elemento fondativo della Repubblica, inteso «in tutte le sue forme e applicazioni» (art. 35, comma 1) come fattore d'unità e di inclusione²². Secondo la Costituzione italiana, infatti, il lavoro è un mezzo che contribuisce allo sviluppo della personalità e al progresso materiale e spirituale della società, in essa il lavoro si pone in un'ottica diversa rispetto all'ideologia economica dominante che riduce la dimensione sociale del lavoro fino alla mitizzazione dell'individualismo produttivista. E ciò è particolarmente evidente quando, ad esempio, la massimizzazione del profitto societario costituisce l'unico scopo e si rinuncia a perseguire valori diversi da esso.

²² Scrive Zagrebelsky (2013, 20-21): «il lavoro spetta a tutti i cittadini e, rovesciando i termini dell'implicazione (dal cittadino al lavoro, dal lavoro al cittadino), con riguardo a chi oggi viene dall'estero per lavorare da noi, si potrebbe aggiungere che – a certe condizioni di stabilità e lealtà – a tutti i lavoratori deve spettare la cittadinanza».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Così inteso il valore del lavoro, si spiega anche la ragione della sua connessione con la partecipazione come principio costituzionale e, ancor prima che come diritto politico dei cittadini-elettori, come diritto dell'uomo, «sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost. it.). E, del resto, proprio attraverso la valorizzazione del collegamento tra le libertà costituzionali e l'art. 2 (Barile 1966; Pace 1977; Borrello 1989; Prisco 1991), già in passato si sono affermate letture della Costituzione orientate decisamente nel senso di una estensione dei diritti civili e politici agli stranieri, anche quando le previsioni testuali (basti pensare alla libertà di riunione, art. 17, e alla libertà di associazione, art. 18) rientrano tra quelle che si riferiscono ai cittadini²³.

Ma è in primo luogo la connessione della partecipazione con il valore costituzionale del lavoro che occorre valorizzare. Essa va interpretata come una 'porta' d'ingresso attraverso la quale passare per riconoscere a tutti i lavoratori, anche ai residenti stranieri, il diritto di partecipazione inteso come diritto alla *cittadinanza sociale*, che non corrisponde alla cittadinanza giuridica in senso stretto, ma che si configura, come nel diritto internazionale, come diritto dell'individuo alla cittadinanza²⁴, come cittadinanza dei diritti umani.

²³ Del resto, sia l'art. 11 della CEDU sia l'art. 20 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo riconoscono ad ogni persona il diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione.

²⁴ Il diritto individuale ad una cittadinanza è previsto nella Convenzione interamericana relativa ai diritti dell'uomo del 22 novembre 1969, che riproduce sostanzialmente l'art. 15 della Dichiarazione Universale. La Corte interamericana dei diritti dell'uomo, chiamata a pronunciarsi sull'argomento nella sentenza dell'8 settembre 2005 nel caso *Yean and Bosico v. Repubblica Dominicana*, ha definito il diritto alla cittadinanza «diritto



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Nell'ordinamento costituzionale italiano, dunque, il principio lavorista può essere interpretato come il primo (e non unico) ponte che collega l'estensione dei diritti sociali fondamentali al riconoscimento delle nuove cittadinanze tutelate in ambito internazionale, regionale e statale. Altri principi, come quello dell'eguaglianza, della libertà e della solidarietà fanno parte dello stesso lessico costituzionale. Non a caso, nello stesso articolo 2 della Costituzione si afferma il riconoscimento dei *diritti inviolabili* e si richiede l'adempimento dei *doveri inderogabili* di «solidarietà politica, economica e sociale».

Del resto, non sono divergenti gli interessi dei cittadini dei Paesi terzi, soggiornanti legalmente da lungo tempo in uno degli Stati membri dell'UE, e la maggior parte dei cittadini europei nella misura in cui gli uni e gli altri tendono a *liberarsi nel lavoro* e non a *liberarsi dal lavoro*. Riconoscersi nel valore del lavoro significa contribuire con «un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, comma 2, Cost. it.)²⁵.

fondamentale della persona umana». In ambito europeo i risultati più rilevanti sono rappresentati dalla *Convenzione europea sulla cittadinanza*, entrata in vigore nel marzo del 2000, nonché dalla *Convenzione europea sulla prevenzione dei casi di apolidia in relazione con la successione di Stati*, entrata in vigore il 1 maggio 2009.

²⁵ Del resto, la valorizzazione del principio lavorista richiederebbe l'attuazione dell'art. 46 della Costituzione che «riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende». Si potrebbe prevedere anche in Italia, come in Germania, una partecipazione dei sindacati dei lavoratori non ai *management board* delle aziende ma solo ai *supervisory board*, organismi d'indirizzo nominati per metà dai sindacati e per metà dall'azienda. Inoltre, in Germania i sindacati partecipano ai *working council*, ulteriori organismi costituiti nelle imprese con più di 200 dipendenti per affrontare le emergenze occupazionali.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Il principio lavorista va quindi inverato con norme e scelte politiche, in grado di contrastare la tendenza delle società post-industriali a trasformarsi in fabbriche di nuovi schiavi, cioè di lavoratori precari, sottopagati e privi di tutele. La Repubblica deve tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35, comma 1) e il lavoratore ha «diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa» (art. 36 comma 1).

Il riferimento sia alla quantità sia alla qualità del lavoro fa tornare alla mente l'istanza democratica, veramente universale del merito, che esprime l'esigenza di una *libertà sociale*, ovverosia di un'*esistenza libera e dignitosa*.

Anche in una società multiculturale, la dignità, il lavoro, l'eguaglianza e le libertà fanno parte di un lessico costituzionale che promuove culturalmente e giuridicamente l'integrazione e la coesione sociale, e che proprio per tale ragione deve tradursi in precise regole e politiche con esso coerenti.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Bibliografia

Allegrì, M.R. (2014), *Cittadinanza, residenza ed elezioni del Parlamento europeo: la partecipazione elettorale transnazionale*, in *La cittadinanza europea*, 1.

Amirante, D. (2015), *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1.

Barbera, A. (1975), *Art. 2*, in G. Branca (dir.), *Commentario della Costituzione (Principi fondamentali)*, Bologna-Roma: Zanichelli – il Foro Italiano.

Barile, P. (1966), *Le libertà nella Costituzione*, Padova: Cedam.

Bin, R. (2000), *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14, pp. 15-25.

Borrello, R. (1989), *Riunione (diritto di)* (voce), in *Enc. dir.*, XL, Milano: Giuffrè.

Consorti, P. (2013), *Conflitti mediazione e diritto interculturale*, Pisa: Pisa University Press.

D'Atena, A. (cur.) (2012), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano: Giuffrè.

Falzone, V., F. Palermo e F. Cosentino (1976), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano: Oscar Studio Mondadori.

Fiandaca, G., E. Musco (1995), *Diritto penale. Parte generale*, Bologna: Zanichelli.

Gambino, S. (2015), *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in S. Gambino (cur.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino: Giappichelli, 2015, p. 3 ss.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Glendon, M.A. (2009), *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione dei Diritti Umani*, Macerata: Liberlibri.

Holmes, S., C.R. Sunstein (1999), *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London: Norton & Co. (trad. it. *Il costo dei diritti*, Bologna: il Mulino, 2000).

Maestri, G., (2014 a), *La delega al Governo in tema di "depenalizzazione" dell'immigrazione clandestina: riflessioni sulla sicurezza*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 2.

Maestri, G. (2014 b), *I diritti ai "non cittadini" come fattore di sicurezza?*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 3.

Mancini, L. (2000), *Società multiculturale e diritto italiano. Alcune riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, pp. 71-86.

Maniscalco, M.L. (2011), *Islam europeo. Sociologia di un incontro*, Quaderni del Centro Altiero Spinelli, Milano: Franco Angeli.

Mazzarese, T. (cur.) (2013), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino: Giappichelli.

Menski, W. (2006), *Comparative Law in Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press.

Modugno, F. (2008), *Le fonti del diritto*, in F. Modugno (cur.), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino: Giappichelli.

Nicotra Guerrera, I. (1995), *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano: Giuffrè.

Offeddu, M. (1979), *Il 4° comma dell'art. 35*, in G. Branca (dir.), *Commentario della Costituzione (Rapporti economici. Tomo I)*, Bologna-Roma: Zanichelli – il Foro Italiano, p. 62 ss.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Pace, A. (1977), *Art. 17*, in G. Branca (dir.), *Commentario della Costituzione (Rapporti civili)*, Bologna-Roma: Zanichelli – il Foro Italiano.

Pace, A. (2003), *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova: Cedam, p. 315 ss.

Pace, A. (2009), *Libertà e diritti di libertà*, in *Giornale di storia costituzionale*, 17.

Pace, A. (2010), *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2 luglio, disponibile *on line* su www.rivistaaic.it (ultimo accesso 12 gennaio 2016).

Panella, L. (2012), *Il diritto dell'individuo ad una cittadinanza*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 2, disponibile *on line* su www.democraziaesicurezza.it (ultimo accesso il 12 gennaio 2016).

Papisca, A. (2013), *Diritti umani: plenitudo iuris, plenitudo civitas. Ridefinire la cittadinanza alla luce del Diritto della dignità umana*, in *La cittadinanza europea*, 1.

Prisco, S. (1991). *Riunione (libertà di)* (voce), in *Enc. giur.*, XXVII, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana.

Ricca, M. (2008), *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli: Rubbettino.

Ricca, M. (2013), *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino: Bollati Boringhieri.

Rohe, M. (2006), *The Migration and Settlement of Muslims: The Challenges for European Legal Systems*, in P. Shah, W. Menski (eds.), *Migration, Diasporas and Legal Systems in Europe*, London: Routledge-Cavendish,

Ruggeri, A. (2015), *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, in S. Gambino (cur.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino: Giappichelli, 2015, p. 21 ss.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Prospettive

Ruggiu, I. (2012), *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano: Franco Angeli.

Ruggiu, I. (2015), *Dis-eguaglianza e identità culturale: tolleranza e multiculturalismo*, relazione al Convegno *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, organizzato dal "Gruppo di Pisa" (Campobasso 19-20 giugno 2015), disponibile su www.gruppodipisa.it (ultimo accesso 12 gennaio 2016).

Stancati, P. (2010), *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli: Jovene.

Vaccaro, M.J. (2001), *Livelli normativi e fenomeno migratorio*, Torino: Giappichelli.

Zagrebel'sky, G. (2013), *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino: Einaudi.





anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Le principali novità in materia di protezione internazionale nell'Unione europea

di Anna Pitrone *

1. Introduzione

Come è noto, il Trattato di Amsterdam ha provveduto alla comunitarizzazione del diritto di asilo, attraverso il trasferimento al pilastro comunitario della competenza in materia di visti, asilo e immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone; ciò non ha però comportato una generale competenza in materia di asilo, limitandosi l'allora art. 63 TCE ad attribuire alla Comunità competenze relative alla definizione, entro un periodo di cinque anni, di misure in materia di asilo, che contenessero norme minime, lasciando agli Stati la possibilità di mantenere o introdurre disposizioni nazionali, purché compatibili con il Trattato e con gli accordi internazionali.

* Ricercatrice di Diritto internazionale – Università degli Studi di Messina. Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Così nell'arco della prima fase, conclusasi nel 2004, sono state adottate quattro direttive¹ – quella relativa alla protezione temporanea e le direttive note come “accoglienza”, “qualifiche” e “procedure” – due regolamenti di base del Consiglio² – che compongono il cd. “sistema Dublino” – e due regolamenti di attuazione³ – volti a dare applicazione ai primi due.

Per quanto riguarda le direttive, proprio l'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri si è presto tradotta in una carenza sia per quanto riguarda le procedure di valutazione delle domande di asilo, che per le

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 GUUE L 212 del 7 agosto 2001, p. 12 ss.; direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003, *recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, in GUUE L 31 del 6 febbraio 2003, p. 31ss.; direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, *recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale*, in GUUE L 304, del 30 settembre 2004, p. 12 ss.; direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, *recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, in GUUE L 326, del 13 dicembre 2005, pp. 13 ss.

² Reg. (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo*, in GUUE L 50 del 25 febbraio 2003, p. 1 ss.; Reg. (CE) n. 2725/2000 del Consiglio, del 11 dicembre 2000, *che istituisce l'Eurodac per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino*, in GUUE L 316 del 15 dicembre 2000, p. 1 ss.

³ Reg. (CE) n. 1560/2003 della Commissione, del 2 settembre 2003, *recante modalità di applicazione del reg. (CE) n. 343/2003*, in GUUE L 222 del 5 settembre 2003, p. 3 ss.; Reg. (CE) n. 407/2002 del Consiglio, del 28 febbraio 2002, *che definisce talune modalità di applicazione del reg. (CE) n. 2725/2002*, in GUUE L 62 del 5 marzo 2002, p. 1 ss.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

predisposizione di meccanismi di tutela dei diritti, dovuta essenzialmente alle numerose disparità esistenti nell'attuazione delle politiche di asilo tra gli Stati membri (De Pasquale 2010, 31).

Ciò emerge anche dal *Piano strategico sull'asilo* elaborato dalla Commissione nel 2008⁴, con il quale si definisce una *road map* per la realizzazione della seconda fase del sistema europeo comune di asilo, e che mette in luce come, nonostante una certa armonizzazione legislativa a livello europeo, vari fattori, fra cui la mancanza di prassi comuni, le differenti tradizioni e la diversità delle fonti di informazioni sui paesi d'origine dei richiedenti asilo, intervengono a determinare risultati divergenti.

Così la seconda fase del processo di riforma del sistema europeo comune di asilo si caratterizza per la necessità di superare i limiti sopra descritti, potendo beneficiare delle novità introdotte con il Trattato di Lisbona.

Infatti, come osservato (La Rosa 2011, 684), il Trattato di Lisbona sgancia il diritto di asilo dalla disciplina dell'immigrazione, prevedendo due autonome basi giuridiche – rispettivamente gli articoli 78 e 79 TFUE – evitando così che l'asilo possa, come avvenuto in passato, essere condizionato dall'approccio restrittivo necessario per contrastare l'immigrazione clandestina.

L'art. 78 TFUE dispone inoltre che la politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea debba offrire uno

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 17 giugno 2008, *Piano strategico sull'asilo. Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea*, COM (2008) 360 def.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e garantire il principio di non respingimento, conformemente alla Convenzione di Ginevra del 1951, al suo Protocollo del 1967, nonché agli altri trattati pertinenti.

Gli atti adottati sulla base di tale articolo, come si vedrà, non si limitano dunque a contenere norme minime, ma hanno come obiettivo quello di sviluppare appunto un sistema europeo comune di asilo.

2. La nuova normativa sull'asilo

Come detto, nella prima fase sono state adottate quattro direttive; a eccezione della direttiva 2001/55 sulla protezione temporanea⁵, da riconoscere in caso di afflusso massiccio di sfollati, al fine peraltro di promuovere un equilibrio degli sforzi degli Stati membri che subiscono tale

⁵ 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 degli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze degli stessi*, in *GUUE* L 212 del 7 agosto 2001, p. 12. La direttiva prevede che il Consiglio accerti, su proposta della Commissione, l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati (ad esempio a seguito di conflitti o calamità naturali); quindi gli Stati membri devono accogliere coloro che godono della protezione temporanea, della durata di un anno e prorogabile di sei mesi in sei mesi sino a un ulteriore anno, assicurando loro una sistemazione adeguata; tale tipo di protezione non si sostituisce allo *status* di rifugiato, potendo coloro che godono della protezione temporanea presentare domanda di asilo, che sarà esaminata dallo Stato che ha concesso al richiedente la protezione prevista dalla direttiva in oggetto. Il meccanismo previsto dalla direttiva sulla protezione temporanea non è finora mai stato attivato, benché richieste in tal senso siano state avanzate dal governo italiano durante gli arrivi via mare di persone provenienti dalla Tunisia, nei primi mesi del 2011.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

afflusso, le tre direttive adottate disciplinano i vari aspetti del diritto di asilo.

Il presente lavoro intende analizzare brevemente tali atti, evidenziando al contempo le innovazioni introdotte dagli atti di refusione.

a) La direttiva “qualifiche”

Anzitutto viene in rilievo la cd. direttiva “qualifiche” sull’attribuzione a cittadini di Stati terzi o apolidi della protezione internazionale; tale protezione comprende la qualifica di rifugiato, ovvero la protezione sussidiaria, da riconoscere eventualmente al cittadino di Stato terzo – o apolide – che pur non possedendo i requisiti per essere riconosciuto rifugiato, se tornasse nel paese d’origine – o nel paese nel quale aveva la dimora abituale nel caso di apolide – correrebbe il rischio di subire un danno grave e non può o non vuole, a causa di tale rischio, avvalersi della protezione di tale Stato.

La direttiva anzitutto definisce gli atti di persecuzione nonché i responsabili di tali atti o del danno grave, ricomprendendovi, oltre allo Stato ed agli attori statali, anche attori non statali nel caso in cui sia dimostrato che lo Stato, ovvero i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o gran parte del suo territorio, non abbiano fornito adeguata protezione.

La direttiva quindi disciplina nel dettaglio il riconoscimento, la revoca, la cessazione o il rifiuto del rinnovo dello *status* di rifugiato, nonché della protezione sussidiaria, il cui contenuto era, a norma della direttiva in oggetto, assai più limitato rispetto al primo.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Altro aspetto critico della direttiva riguarda i soggetti che offrono protezione, vale a dire lo Stato, ovvero i partiti o le organizzazioni che, eventualmente, controllano lo Stato o una parte consistente dello stesso, purché adottino adeguate misure per impedire che possano essere inflitti atti persecutori o danni gravi, avvalendosi tra l'altro di un sistema giuridico effettivo che permetta di individuare, di perseguire penalmente e di punire gli atti che costituiscono persecuzione o danno grave e se il richiedente ha accesso a tale protezione. Come è stato osservato (La Rosa 2010, 663), infatti, gli attori non statali non sono vincolati al rispetto delle norme internazionali sui rifugiati e sui diritti umani, con il conseguente rischio di ridurre le garanzie concesse ai richiedenti protezione.

Così la normativa adottata nella seconda fase intende superare i limiti sopra esposti, al fine di realizzare peraltro un maggiore ravvicinamento delle norme relative al riconoscimento e agli elementi essenziali della protezione internazionale.

La direttiva 2011/95⁶ sostituisce la direttiva del 2004, contenendo norme non più minime, in linea con le nuove basi giuridiche previste dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La nuova direttiva, con riferimento alle criticate differenze fra lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria, tende a ravvicinare i due istituti, che vengono ora posti sullo stesso piano per quanto riguarda l'occupazione

⁶ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE L 337 del 20 dicembre 2011, p. 9.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

(art. 26), l'assistenza sanitaria (art. 30), l'accesso agli strumenti di integrazione (art. 34), nonché il ricongiungimento familiare (art. 23).

Inoltre, a norma della nuova direttiva, il permesso di soggiorno rilasciato ai beneficiari di protezione sussidiaria deve essere valido, in caso di rinnovo, per almeno due anni (art. 24). Si tratta di modifiche, quelle relative alla protezione sussidiaria, assai importanti soprattutto con riferimento al nostro paese se si considera che in Italia la percentuale di coloro che ottengono la protezione sussidiaria è più alta di quella di coloro i quali ottengono lo *status* di rifugiato; secondo gli ultimi dati Eurostat, infatti, nei primi mesi del 2014, l'Italia ha riconosciuto lo *status* di rifugiato nel 13% dei casi, la protezione sussidiaria nel 24% e quella umanitaria nel 26%.

Con riferimento ad entrambi gli *status*, occorre segnalare che l'art. 32 della direttiva del 2011, oltre a ribadire che gli Stati membri devono provvedere a che i beneficiari di protezione internazionale abbiano accesso a un alloggio secondo modalità equivalenti a quelle previste per altri cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nei loro territori, aggiunge l'obbligo per gli Stati membri di adoperarsi per attuare politiche dirette a prevenire le discriminazioni nei confronti dei beneficiari di protezione internazionale e a garantire pari opportunità in materia di accesso all'alloggio.

Ancora la direttiva amplia la definizione di «familiari» (art. 2, lett. j) ricomprendendovi, accanto al coniuge o partner e ai figli minori, anche il padre, la madre o altro adulto responsabile del beneficiario di protezione internazionale minore non coniugato.

Infine la direttiva interviene anche in un altro ambito che come accennato aveva sollevato delle critiche, vale a dire i soggetti che offrono protezione (art. 7) e la protezione all'interno del Paese d'origine (art. 8).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Con riferimento al primo aspetto, l'art. 7 della nuova direttiva chiarisce anzitutto che la protezione contro persecuzioni o danni gravi può essere offerta esclusivamente dallo Stato, ovvero dai partiti o organizzazioni, comprese le organizzazioni internazionali, che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio, purché abbiano la volontà e la capacità di offrire tale protezione, che ai sensi del paragrafo 2, deve essere «effettiva» e non «temporanea».

Quanto alla protezione all'interno del Paese d'origine, la direttiva chiarisce che la possibilità per gli Stati di escludere dalla protezione chi, in una parte del territorio di origine, ha accesso alla protezione, è soggetta al fatto che la persona in questione possa legalmente e senza pericolo recarsi su quella parte di territorio e si possa ragionevolmente supporre che vi si stabilisca. Inoltre viene aggiunto l'obbligo per gli Stati di disporre di informazioni precise e aggiornate, provenienti da fonti pertinenti, quali l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati e l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, sulla situazione in quella parte del Paese di origine; infine, viene eliminato il paragrafo 3 dell'art. 8 della direttiva del 2004, che prevedeva la possibilità per gli Stati di applicare il concetto di protezione interna, «nonostante ostacoli tecnici al ritorno nel Paese di origine».

b) La direttiva "procedure"

Altra direttiva che viene in rilievo è la cd. direttiva "procedure", relativa alla previsione di una procedura unica armonizzata per le domande di asilo.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

La direttiva si applica solo alle richieste di asilo introdotte sul territorio dei paesi dell'Unione europea, compresa la frontiera, o in una zona di transito. Essa non si applica necessariamente alle procedure di concessione della protezione sussidiaria; solo se nel quadro delle proprie procedure d'asilo gli Stati membri esaminano anche la qualifica del richiedente per qualsiasi altro tipo di protezione internazionale, allora dovranno applicare la direttiva a tutta la procedura.

Gli Stati membri sono tenuti anzitutto a garantire che le decisioni vengano prese sulla base di un esame individuale, obiettivo e imparziale (art. 8, par. 2). I richiedenti asilo possono rimanere nel territorio dello Stato fino a quando non sia adottata una decisione sulla loro domanda (art. 7), inoltre essi devono essere informati, in una lingua che è ragionevole supporre possano capire, della procedura da seguire, dei loro diritti e obblighi e del risultato della decisione presa dall'autorità accertante (art.10, par. 1, lett. a). Tutte le decisioni devono essere comunicate per iscritto e, qualora una domanda sia respinta, la decisione deve essere motivata e le possibilità di ricorso contro una decisione negativa comunicate per iscritto (art. 9).

Altre garanzie per i richiedenti riguardano l'assistenza di un interprete per presentare le loro argomentazioni alle autorità competenti (art. 10, par. 1, lett. b), la possibilità di comunicare con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) o altre organizzazioni che operano per conto dell'UNHCR (art. 10, par. 1, lett. c), la possibilità effettiva di consultare un legale (art. 15, par. 1), eventualmente a loro spese, e nel caso di decisione negativa dell'autorità accertante, la possibilità di richiedere l'assistenza e/o rappresentanza legale gratuita (art. 15, par. 2), anche se tale ultimo diritto può essere accompagnato da riserve ed esse-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

re accordato solo nei procedimenti dinanzi a un giudice e non per i ricorsi o riesami ulteriori, solo rispetto agli avvocati o altri consulenti legali che sono specificatamente designati dal diritto nazionale, solo se il ricorso o il riesame hanno buone possibilità di successo e solo a chi non disponga delle risorse necessarie.

Quanto agli obblighi previsti dalla direttiva in capo ai richiedenti asilo (art. 11), gli Stati membri possono imporre loro l'obbligo di cooperare con le autorità nazionali, purché necessario ai fini del trattamento della domanda, nonché l'obbligo di comparire personalmente davanti le autorità competenti, di presentare la domanda personalmente e/o in un luogo designato, ovvero di presentare i documenti che sono in loro possesso e che presentano un interesse per l'esame della domanda, come i loro passaporti.

Quanto alla procedura, in generale le decisioni sulle domande sono adottate dall'autorità accertante designata da ciascuno Stato membro; prima che l'autorità competente emetta la propria decisione, il richiedente solitamente ha la possibilità di chiedere un colloquio personale con un funzionario abilitato, il cui contenuto può essere presentato all'approvazione del richiedente; tuttavia, il rifiuto da parte del richiedente di approvare la relazione non potrà impedire all'autorità responsabile di prendere una decisione (artt. 12, 13 e 14).

I principi di base e le garanzie fondamentali previste dalla direttiva si applicano alle procedure dette "normali", potendo gli Stati membri prevedere procedure speciali che vi derogano quando si tratta di domande provenienti da una persona che ha già presentato tale domanda presso lo stesso Stato, ovvero, a certe condizioni, per pronunciarsi alla frontiera sulla concessione di un'autorizzazione di entrata sul territorio alle persone che hanno presentato una domanda (art. 24).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Gli Stati membri possono anche decidere, nel rispetto dei principi di base e delle garanzie fondamentali previste dalla direttiva, di accelerare una procedura d'esame, nei casi previsti dalla direttiva, come ad esempio nei casi di domande poco convincenti, ovvero qualora la domanda di asilo è giudicata infondata poiché il richiedente proviene da un «paese di origine sicuro» ovvero da un «paese terzo sicuro» (art. 23, par. 4).

Gli Stati membri possono applicare la nozione di paese terzo sicuro unicamente quando le autorità competenti hanno acquisito la certezza che nei paesi terzi interessati i richiedenti non devono temere né per la propria vita né per la propria libertà a motivo della loro razza, della loro religione, della loro nazionalità, della loro appartenenza a un gruppo sociale specifico o alle loro opinioni politiche; inoltre occorre verificare che vengano rispettati il principio di non respingimento, conformemente alla Convenzione di Ginevra, nonché il divieto, previsto dal diritto internazionale, di adottare misure di allontanamento contrarie al divieto della tortura e di trattamenti crudeli, disumani e degradanti; infine nel paese terzo deve esistere la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e, qualora tale *status* venga accordato, la possibilità di beneficiare di una protezione conformemente alla Convenzione di Ginevra (art. 27).

A quasi dieci anni dalla sua adozione, la direttiva in oggetto, più delle altre adottate in materia di asilo, ha dimostrato tutti i suoi limiti, consistenti per lo più nelle numerose deroghe concesse agli Stati; come osservato nella relativa relazione della Commissione del 2010⁷, infatti, al-

⁷ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'8 settembre 2010, *sull'applicazione della direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante*



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

cune delle disposizioni e delle deroghe facoltative previste dalla direttiva hanno contribuito alla proliferazione di regimi divergenti nell'Unione; ad oggi le garanzie procedurali variano in modo considerevole tra gli Stati membri. Ciò vale soprattutto per quanto riguarda le disposizioni sulle procedure accelerate, sui concetti di paese di origine sicuro e di paese terzo sicuro, sui colloqui personali, sull'assistenza legale e sull'accesso a un mezzo di impugnazione efficace. Di conseguenza l'obiettivo di creare condizioni di parità rispetto a procedure di asilo eque ed efficaci non è stato completamente raggiunto.

La necessità di superare tali limiti è alla base della nuova direttiva "procedure"⁸, adottata il 26 giugno 2013 e che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 20 luglio 2015.

L'obiettivo è quello di stabilire procedure comuni – e non più norme minime – ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale.

L'ambito di applicazione della nuova direttiva "procedure" viene espressamente esteso a tutte le domande di protezione internazionale e a tutte le procedure di revoca e non solo a quelle relative allo *status* rifugiato; inoltre nell'ambito di applicazione della direttiva ricadono non solo le domande presentate nel territorio degli Stati membri, compresa la

norme minime per le procedure applicate negli stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, COM (2010) 465 def.

⁸ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante *procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 60.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

frontiera e le zone di transito ma anche, come viene specificato nell'art. 3, quelle presentate nelle acque territoriali.

In base all'art. 43 della direttiva, gli Stati membri possono prevedere procedure alla frontiera o nelle zone di transito esclusivamente per decidere sull'ammissibilità di una domanda ai sensi dell'art. 33 della direttiva stessa (domande inammissibili), ovvero il merito di una domanda nell'ambito della procedura di cui all'art. 31, par. 8 (procedure d'esame accelerate); la decisione nell'ambito delle procedure di frontiera deve essere presa in un termine ragionevole e comunque entro quattro settimane altrimenti il richiedente deve essere ammesso nel territorio dello Stato membro per l'esame della sua domanda conformemente alle disposizioni ordinarie.

In ogni caso il par. 1 dell'art. 43 prevede che le procedure di frontiera debbano essere conformi ai principi fondamentali e alle garanzie contenute nella direttiva, diversamente da quanto disposto dalla direttiva del 2005 che consente agli Stati membri di mantenere in vigore disposizioni in deroga ai principi e alle garanzie fondamentali introdotte dalla direttiva stessa.

L'art. 6 della nuova direttiva prevede poi che la registrazione di una domanda di protezione internazionale presentata a un'autorità competente, conformemente al diritto nazionale, avvenga entro tre giorni lavorativi, ovvero entro sei giorni se la domanda di protezione internazionale è presentata ad altre autorità preposte a ricevere tali domande ma non competenti per la registrazione a norma del diritto nazionale; il medesimo articolo prevede inoltre che gli Stati membri provvedano affinché chiunque abbia presentato una domanda di protezione internazionale abbia un'effettiva possibilità di inoltrarla quanto prima. L'art. 8 introdu-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ce inoltre l'obbligo degli Stati di garantire che nei centri di trattenimento e ai valichi di frontiera siano fornite ai cittadini di paesi terzi e agli apolidi informazioni sulla possibilità di chiedere la protezione internazionale, garantendo anche servizi di interpretazione nella misura necessaria per agevolare l'accesso alla procedura di asilo.

Altra modifica riguarda il diritto del richiedente previsto all'art. 12 a essere informato in una lingua che capisce o che è ragionevole che possa capire – e non più solo in una lingua che è ragionevole supporre che possa capire, come formulato all'art. 10 della direttiva del 2005 – della procedura da seguire e dei suoi diritti e obblighi durante il procedimento, delle conseguenze in caso di mancato adempimento degli obblighi e della mancata cooperazione con l'autorità, dei tempi e dei modi per addurre nuovi elementi.

Ancora la lett. d) dell'art. 12 della nuova direttiva procedure dispone che alle informazioni relative alla situazione generale esistente nel paese di origine ed eventualmente nei paesi di transito, trasmesse dall'EASO, dall'UNHCR e dalle altre organizzazioni internazionali per i diritti umani e a disposizione delle autorità nazionali incaricate di esaminare le domande e di decidere in merito, possano accedere il richiedente ed i suoi avvocati. Fra le informazioni che il richiedente protezione ha diritto di ricevere, l'art. 19 della nuova direttiva include – gratuitamente, ancorché su richiesta – quelle giuridiche e procedurali, comprendenti, come minimo, le informazioni sulla procedura con riguardo alla situazione particolare dell'interessato.

Circa i criteri applicabili al colloquio personale, l'art. 15 introduce l'obbligo degli Stati membri di provvedere affinché la persona incaricata di condurlo abbia la competenza per tenere conto – oltre che del contesto



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

personale e culturale da cui nasce la domanda, compresa l'origine culturale o la vulnerabilità del richiedente – anche del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità sessuale dell'interessato. Il colloquio si deve ora svolgere nella lingua prescelta dall'interessato – tranne il caso in cui esista un'altra lingua che il richiedente capisce e nella quale è in grado di comunicare chiaramente – a mezzo di un interprete possibilmente dello stesso sesso e idoneo a garantire una comunicazione appropriata con la persona incaricata di condurre il colloquio; quest'ultima non deve indossare un'uniforme militare o di polizia.

L'art. 16 della nuova direttiva, sul contenuto del colloquio personale, introduce l'obbligo dell'autorità accertante di assicurare che al richiedente sia data una congrua possibilità di presentare gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione e, in particolare, l'opportunità di spiegare l'eventuale assenza di elementi e/o le eventuali incoerenze o contraddizioni delle sue dichiarazioni.

Ancora l'art. 11 introduce importanti novità con riferimento ai criteri applicabili alle decisioni dell'autorità accertante; resta l'obbligo di comunicare le decisioni per iscritto, e nel caso di respingimento della domanda, si reitera l'obbligo delle motivazioni nonché dell'informazione del richiedente circa i mezzi per impugnare tale decisione negativa. Nel caso in cui invece ci si trovi di fronte a domande fondate sui medesimi motivi, gli Stati membri possono ancora adottare un'unica decisione che contempri tutte le persone a carico, introducendo però, la nuova direttiva, l'eccezione nei casi in cui ciò comporti una divulgazione della situazione particolare di una persona che rischi di nuocere ai suoi interessi, in particolare nei casi di persecuzione per motivi di genere, orientamento sessuale, identità di genere e/o età. In tali casi, all'interessato è rilasciata una decisione separata.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Infine, altra importante novità introdotta dalla nuova direttiva riguarda i tempi della procedura in esame; infatti è previsto un termine di 6 mesi per rendere la decisione sulla domanda di protezione, derogabile solo in determinate circostanze per un periodo massimo di ulteriori nove mesi, solo nei casi espressamente previsti dall'art. 31.

c) La direttiva "accoglienza"

Altro atto adottato nella prima fase è la direttiva "accoglienza" del 2003, che, recando anch'essa norme minime sull'accoglienza dei richiedenti asilo, si limita a contenere alcuni benefici ai richiedenti asilo – e non anche ai richiedenti protezione sussidiaria, lasciando liberi gli Stati di estenderli o meno a questi ultimi – di cui questi devono essere informati (art. 5), e che si sostanziano nella libertà di circolazione nel territorio dello Stato membro ospitante (art. 7), nell'accesso alle condizioni materiali d'accoglienza, che garantiscano una qualità di vita adeguata per la salute e il sostentamento degli stessi (art. 13), nel diritto all'unità familiare (art. 8), all'accesso dei minori al sistema educativo (art. 10).

Per quanto riguarda l'accesso al lavoro (art. 11), la direttiva dispone che gli Stati membri possano stabilire un periodo a decorrere dalla data di presentazione della domanda di asilo in cui i richiedenti asilo non hanno accesso al mercato del lavoro; tuttavia se entro un anno dalla presentazione della domanda di asilo non è stata presa una decisione in primo grado e il ritardo non può essere attribuito al richiedente asilo, gli Stati membri decidono a quali condizioni è concesso al richiedente asilo l'accesso al mercato del lavoro.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Particolare attenzione è prestata nella direttiva in oggetto alle categorie vulnerabili, quali i minori, i disabili, gli anziani e le vittime di discriminazione o di sfruttamento (art. 17).

La direttiva 2013/33⁹, da recepire entro il 20 luglio 2015, sostituisce la direttiva del 2003 e, come gli altri atti adottati in questa seconda fase, non contiene più norme minime, ma nuove norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, includendovi, dunque, anche in questo caso, i richiedenti protezione sussidiaria (art. 3).

Quanto alle condizioni di accoglienza, la direttiva riduce il termine per l'accesso al lavoro a 9 mesi (art. 15) e introduce l'obbligo per gli Stati membri, qualora questi forniscano le condizioni materiali di accoglienza in forma di sussidi economici o buoni, che l'ammontare dei medesimi venga fissato sulla base del livello o dei livelli stabiliti dallo Stato membro interessato, in modo da garantire una qualità di vita adeguata ai propri cittadini, pur facendo salve determinate deroghe (art. 17).

Così come la nuova direttiva procedure, anche la direttiva in oggetto amplia la definizione di familiari (art. 2) nonché la categoria di persone vulnerabili, che contiene ora oltre i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale, anche le vittime di mutilazioni genitali femminili, le vittime della tratta degli esseri umani e le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali (art. 21); a questo proposito è intro-

⁹ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, in *GIUE* L 180, del 29 giugno 2013, p. 96.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

dotta una procedura per la valutazione delle esigenze particolari che, si sottolinea, non può essere di carattere amministrativo (art. 22).

Ancora, accanto al diritto dei richiedenti di comunicare con i parenti, i consulenti giuridici, nonché i rappresentanti dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) e delle organizzazioni non governative riconosciute dagli Stati membri, la nuova direttiva prevede, a favore dei medesimi soggetti, anche il diritto di accesso alle strutture che ospitano i richiedenti protezione (art. 10).

Infine un aspetto ancora più rilevante della nuova direttiva consiste nelle nuove norme concernenti il trattenimento dei richiedenti; gli articoli dall'8 all'11 infatti introducono importanti garanzie per i trattenuti, nonché condizioni del trattenimento, che potrà ora essere disposto solo se necessario, sulla base di una valutazione caso per caso, salvo non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive.

3. Il nuovo sistema Dublino

I regolamenti che compongono il cd. sistema Dublino realizzano un impianto maggiormente integrato, disciplinando le modalità di identificazione dello Stato responsabile di una domanda di asilo.

Tale sistema è oggi costituito dal Regolamento Dublino III¹⁰, che ha di recente sostituito il regolamento Dublino II, e il Regolamento istitutivo

¹⁰ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per*



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

di EURODAC per il confronto delle impronte digitali, modificato con Regolamento del 2013¹¹, applicabile dal 20 luglio 2015.

A differenza delle direttive esaminate, la normativa in oggetto si pone quale obiettivo principale, non tanto il rispetto dei diritti umani dei richiedenti protezione (Morgese 2012, 147), quanto piuttosto la tutela degli interessi statali, intendendo evitare il sistema che l'inefficienza di uno Stato membro nel controllo delle sue frontiere possa avere ripercussioni negative, in termini di afflusso dei richiedenti protezione, negli altri Stati membri (La Rosa 2010, 673).

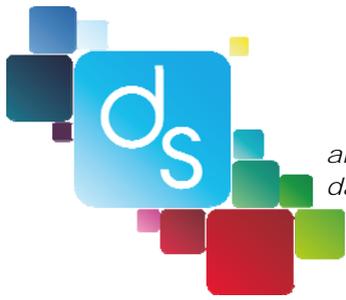
Il regolamento Dublino II di fatto sostituiva la Convenzione di Dublino firmata il 15 giugno 1990¹², sulla determinazione dello Stato membro competente a esaminare la domanda di asilo.

Il Regolamento Dublino III non modifica la sostanza di Dublino II ma apporta alcuni miglioramenti; come per il precedente, il Regolamento

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 (refusione) in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 31.

¹¹ Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione), in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 1.

¹² Entrata in vigore il 1° settembre 1990 per i primi dodici firmatari (Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e Regno Unito), il 1° ottobre 1997 per Austria e Svezia, e il 1° gennaio 1998 per la Finlandia.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

del 2013 ha l'obiettivo di impedire da un lato che nessuno Stato si dichiari competente all'esame della domanda di protezione internazionale – con il conseguente trasferimento del richiedente protezione da uno Stato all'altro, fenomeno che prende il nome di “rifugiati in orbita” –, privando così il richiedente del diritto di accedere alla procedura amministrativa prevista per il riconoscimento dello *status*, dall'altro il regolamento intende evitare la presentazione di domande multiple di protezione da parte di uno stesso richiedente in diversi Stati membri – fenomeno che prende il nome di *asylum shopping* – dando agli Stati e non alle persone la facoltà di decidere in quale Stato la persona debba veder esaminata la domanda.

Come già nel Regolamento del 2003, in mancanza di particolari situazioni esplicitamente previste, la regola contenuta nel nuovo regolamento è quella della competenza dello Stato di “primo ingresso” regolare o irregolare, sulla base del presupposto di “mutua fiducia”, nel senso che tutti gli Stati si dichiarano “sicuri” ai fini della presentazione delle domande di protezione in ciascuno di essi. Tuttavia, proprio il principio di “mutua fiducia” ha nel tempo sollevato diversi dubbi applicativi, con riferimento in particolare all'ordinamento greco¹³; il nuovo regolamento

¹³ Negli ultimi anni, infatti, più volte l'Alto Commissariato ONU per i rifugiati aveva descritto l'ordinamento greco deficitario sia con riferimento alla concessione dello *status* di rifugiato, sia con riferimento all'accoglienza ed al trattamento dei richiedenti asilo. Importanti interventi giurisprudenziali hanno poi confermato tali carenze; vd. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, sent. 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09; Corte di Giustizia (grande sezione) del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *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*. Più di recente



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

dunque dispone che qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente, in quanto si hanno fondati motivi per ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente; in assenza, lo stesso Stato che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente (art. 3 par. 2).

Le altre novità del Regolamento del 2013 riguardano anzitutto l'estensione dell'applicazione *ratione personae*, ricomprendendovi non solo i richiedenti asilo, ma anche i richiedenti protezione sussidiaria; ancora, anche il nuovo regolamento Dublino amplia la definizione di familiare (art. 2, comma g e h) – che comprende i soggetti appartenenti alla famiglia del richiedente, purché costituita nel paese d'origine – che si trovino nel territorio degli Stati membri, eliminando la condizione che i figli minori non coniugati siano anche a carico, mentre tra i familiari del minore non coniugato il tutore è sostituito da altro adulto responsabile per il richiedente in base alla legge o alla prassi dello Stato membro in

la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per aver respinto indiscriminatamente un gruppo di richiedenti asilo verso la Grecia, ritenuto appunto Paese "non sicuro". Corte europea dei diritti dell'uomo, *Caso Sharfi e al. c. Italia e Grecia*, sent. Del 21 ottobre 2014, ric. n. 16643/09.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

cui si trova l'adulto; ancora, viene introdotta la definizione di «parenti», ossia «la zia o lo zio, il nonno o la nonna adulti del richiedente che si trovino nel territorio di uno Stato membro, indipendentemente dal fatto che il richiedente sia figlio legittimo, naturale o adottivo secondo le definizioni del diritto nazionale».

Gli Stati con il nuovo regolamento sono poi obbligati a condurre un colloquio individuale con il richiedente (art. 5), che va svolto da una persona qualificata, prima che sia adottata la decisione di trasferimento.

Altra novità è rappresentata dall'art. 28 sul trattenimento ai fini del trasferimento; infatti gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo motivo che sia oggetto della procedura stabilita dal regolamento, tuttavia laddove sussista un rischio notevole di fuga, gli Stati membri possono trattenere l'interessato al fine di assicurare le procedure di trasferimento dallo Stato richiedente verso lo Stato competente, sulla base di una valutazione caso per caso e solo se il trattenimento è proporzionale e se non possano essere applicate efficacemente altre misure alternative meno coercitive. In caso di trattenimento, il trasferimento deve avvenire non appena ciò sia materialmente possibile e comunque entro sei settimane dall'accettazione implicita o esplicita della richiesta da parte di un altro Stato membro di prendere o di riprendere in carico l'interessato, se tale termine non viene rispettato, la persona non è più trattenuta.

Il nuovo regolamento dedica poi una disposizione allo scambio di informazioni (art. 31) fra lo Stato membro che provvede al trasferimento di un richiedente e lo Stato membro competente relativamente ai dati personali relativi alla persona da trasferire, in modo da garantire un'assistenza adeguata, comprese le cure mediche immediate, oltre alla



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

continuità della protezione e dei diritti concessi al richiedente in materia di asilo; allo stesso scopo, l'art. 32 del nuovo regolamento dispone, al fine di somministrare assistenza medica o terapie – in particolare a disabili, anziani, donne in stato di gravidanza, minori e persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale – che lo Stato membro che provvede al trasferimento comunichi informazioni allo Stato membro competente su eventuali esigenze specifiche della persona da trasferire.

Altra importante novità introdotta è contenuta all'art. 33, relativo al meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi, da attivare qualora la Commissione ritenga che l'applicazione del regolamento possa essere ostacolata da un rischio comprovato di speciale pressione sul sistema di asilo di uno Stato membro e/o da problemi nel funzionamento del sistema di asilo di uno Stato membro. Il meccanismo prevede due fasi, la prima prevede che la Commissione, in collaborazione con l'*Easo-European Asylum Support Office*, rivolga raccomandazioni a tale Stato membro invitandolo a redigere un piano d'azione preventivo, da sottoporre al Consiglio e alla Commissione che ne informa il Parlamento europeo; lo Stato in questione adotta quindi tutte le misure appropriate per affrontare la situazione di speciale pressione sul suo sistema di asilo o per assicurare che le carenze individuate siano risolte prima del deteriorarsi della situazione.

Qualora la Commissione ritenga che l'azione 'preventiva' non abbia posto rimedio alla situazione di rischio, essa, ancora in cooperazione con l'*Easo*, può chiedere allo Stato interessato di redigere un piano d'azione per la gestione della crisi, che deve comunque prevedere il rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nell'ambito di questa seconda fase, lo Stato deve intervenire entro tre mesi ed è tenuto inoltre, almeno ogni tre mesi, a fornire una relazione sull'attuazione del piano.

Come è stato osservato (Morgese, 2013, 20), l'assenza di conseguenze dell'eventuale inefficacia del piano di azione rende comunque poco efficace il meccanismo.

Infine occorre rilevare che il nuovo regolamento introduce nuovi termini per la procedura di presa e ripresa in carico (art. 21, 22, 23, 24, 25), allo scopo di ridurre i tempi di attesa, che sino ad oggi hanno superato anche l'anno.

A completare il quadro normativo che ha caratterizzato la seconda fase del processo di riforma del sistema europeo comune di asilo, occorre brevemente soffermarsi sul nuovo regolamento EURODAC.

Il sistema prevede l'identificazione dei richiedenti asilo, mediante la rilevazione delle impronte digitali, al fine di una corretta applicazione del Regolamento Dublino; infatti confrontando le impronte, i paesi dell'Unione possono verificare se un richiedente asilo o un cittadino straniero, che si trova illegalmente sul suo territorio, ha già presentato una domanda in un altro paese dell'Unione ovvero se un richiedente asilo è entrato irregolarmente nel territorio dell'Unione.

L'EURODAC è una struttura composta da una unità centrale istituita presso la Commissione, una banca dati centrale informatizzata ed i mezzi elettronici di trasmissione tra i paesi dell'UE e la base di dati centrale.

Le impronte sono rilevate per le persone di età non inferiore a 14 anni e vengono inviate all'unità centrale tramite punti nazionali di accesso.

Per quanto riguarda la protezione dei dati a carattere personale, i paesi dell'UE che inviano dati a EURODAC devono garantire che le im-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

pronte siano rilevate nel rispetto della legalità e che, sempre nel rispetto della legalità, avvengano tutte le operazioni relative al trattamento, la trasmissione, la conservazione o la cancellazione dei dati stessi. La Commissione verifica la corretta applicazione del regolamento da parte dell'unità centrale e adotta tutte le misure necessarie per garantire la sicurezza dell'unità centrale; deve inoltre informare il Parlamento europeo e il Consiglio in merito alle misure adottate.

Il regolamento del 2013 anzitutto comporterà l'estensione dell'ambito di applicazione del sistema ai richiedenti la protezione sussidiaria, come nel caso del regolamento Dublino; le altre novità introdotte hanno come obiettivo la riduzione del ritardo registrato nella trasmissione delle richieste da parte di alcuni Stati membri, e soprattutto del tempo che intercorre tra il rilevamento delle impronte digitali e la trasmissione all'unità centrale EURODAC, nonché il miglioramento di alcune disposizioni relative alla protezione ed al trattamento dei dati conservati; infine altra novità consiste nell'estensione dell'accesso alla banca dati, al fine di prevenire, accertare o indagare reati di terrorismo o altri reati gravi.

4. Conclusioni

Come emerge dalla breve analisi degli atti adottati, Parlamento e Consiglio hanno voluto restare fedeli quanto più possibile alla *road map* contenuta nel Piano strategico sull'asilo del 2008, in cui la Commissione proponeva una strategia basata su tre punti: standard di protezione migliori e più armonizzati da ottenere con un maggiore allineamento delle normative nazionali sull'asilo; una cooperazione pratica effettiva e so-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

stenuta; una responsabilità e una solidarietà maggiori fra Stati membri, e fra l'Unione e i paesi terzi.

Se gli obiettivi saranno raggiunti è troppo presto per dirlo; ad oggi è possibile solo osservare come gli atti della seconda fase risultino maggiormente garantisti per i richiedenti protezione e lascino meno discrezionalità agli Stati; tuttavia, per una corretta valutazione occorrerà inevitabilmente attendere il recepimento di tutti gli atti nei singoli Stati membri e la loro applicazione concreta. Ciò che però è già possibile sottolineare è il fatto che l'asilo, ed in generale la politica migratoria, resterà un priorità anche per la nuova Commissione, come emerge chiaramente dagli Orientamenti politici dell'allora candidato alla carica di Presidente della Commissione europea, Jean-Claude Juncker¹⁴: «I recenti drammatici eventi verificatisi nel Mediterraneo evidenziano l'esigenza per l'Europa di gestire meglio la migrazione in ogni suo aspetto, prima di tutto per motivi umanitari. Sono convinto che dobbiamo collaborare strettamente, in uno spirito di solidarietà, per evitare che si ripetano situazioni come quella di Lampedusa. Basandoci sui nostri valori condivisi, dobbiamo proteggere chi ne ha bisogno attuando una solida politica comune in materia di asilo. Occorre applicare integralmente il nuovo sistema comune concordato in questo settore ed eliminare le divergenze nell'attuazione a livello nazionale. Intendo inoltre vagliare la possibilità di utilizzare l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo per aiutare le autorità dei paesi terzi e degli Stati membri a gestire l'afflusso di profughi e le richie-

¹⁴ *"Un nuovo inizio per l'Europa – Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico"*, consultabile all'indirizzo http://ec.europa.eu/about/juncker-commission/docs/pg_it.pdf



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ste di asilo nelle situazioni di emergenza intervenendo, se del caso, sul terreno nei paesi terzi maggiormente interessati».

Infine, fra gli altri obiettivi contenuti nel documento, l'adozione di nuove misure in materia di migrazione irregolare, al fine di migliorare in particolare la cooperazione con i paesi terzi, anche in materia di riammissione; l'affidamento ad un Commissario di una competenza speciale per la migrazione, incaricandolo di collaborare con tutti gli Stati membri e con i paesi terzi maggiormente interessati, nonché il rafforzamento nella protezione delle frontiere comuni europee.

Bibliografia

De Pasquale, P. (2010), *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1, p. 19 ss.

La Rosa, R. (2011), *La politica europea di asilo: da "settore di comune interesse" a sistema europeo integrato*, in L. Panella, E. Spatafora (cur.), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Vol. III – Tomo II, Torino: Giappichelli, p. 653 ss.

Morgese, G. (2012), *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, VII, p. 147 ss.

Morgese, G. (2013), *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 4, p. 15 ss.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Abstract

Main New EU Rules About International Protection

Since 1999, the EU has been working to create a Common European Asylum System and improve the current legislative framework.

Between 1999 and 2005, several legislative measures harmonising common minimum standards for asylum were adopted. After the completion of the first phase, a period of reflection was necessary to determine the direction in which the Common European Asylum System should develop. The responses, together with the results of an evaluation of how existing instruments were implemented, were the basis for the European Commission's Policy Plan on asylum, presented in June 2008.

New EU rules have now been agreed, setting out common high standards and stronger co-operation to ensure that asylum seekers are treated equally in an open and fair system – wherever they apply.

Keywords: asylum, European Union, refugees, human rights, EU immigration law.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

L'ordinamento italiano e il sistema di protezione internazionale degli stranieri

di Francesco Martines *

1. Premessa

L'Italia è una delle più estese frontiere meridionali dell'Europa e si trova costretta ad accogliere massicci flussi migratori in conseguenza delle emergenze umanitarie causate dalle crisi politiche e dai conflitti verificatisi negli ultimi anni in molti paesi africani e mediorientali che si affacciano sul Mar Mediterraneo.

Il tema della protezione internazionale, ossia del complesso degli strumenti che lo Stato mette a disposizione degli stranieri che giungono nel nostro territorio perché bisognosi di tutela politico-umanitaria, è così divenuto centrale nelle ricerche e negli approfondimenti di matrice non solo giuridica.

* Ricercatore confermato di Diritto amministrativo – Università degli Studi di Messina. Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Gli interventi normativi (tutti di provenienza internazionale ed europea) pongono non pochi profili problematici rispetto allo stato della disciplina interna in quanto il nostro legislatore si è trovato, spesso senza un approccio sistematico, a recepire disposizioni che si integrano con difficoltà nell'ordinamento interno.

A ciò si aggiunga che, oltre alle criticità legate al contesto normativo, si pongono non semplici questioni connesse all'applicazione di queste disposizioni nella prassi delle amministrazioni preposte al controllo dei flussi migratori e alla erogazione delle misure di tutela previste per gli stranieri che, vantando i presupposti per beneficiare delle diverse forme di protezione internazionale, non possono essere collocati (e, per l'effetto, non possono essere trattati alla stregua di coloro che si inseriscono) nella categoria degli stranieri regolarmente ammessi nel territorio dello Stato né, tuttavia, nella opposta categoria degli stranieri irregolari *tout court*.

Di seguito si cercherà di ricostruire i tratti principali della disciplina vigente nonché di avviare alcune riflessioni sull'attività amministrativa delle autorità pubbliche impegnate nell'esercizio del potere di vigilanza e gestione dei flussi di migranti richiedenti protezione internazionale.

2. Il quadro costituzionale

La nostra Costituzione riconosce ai soggetti che non possiedono lo *status* di cittadini italiani il diritto di asilo quando essi, nel paese di origine, siano impediti nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione medesima (art. 10, comma 3, Cost.) (Panella



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

2008). La norma pone altresì una riserva di legge assoluta e rinforzata, ancorando alla circostanza dell'impedimento nel godimento delle libertà democratiche la discrezionalità del legislatore ordinario nel disciplinare le condizioni per la tutela del diritto d'asilo.

Con questa norma, di portata fortemente innovativa, i membri dell'Assemblea costituente – molti dei quali durante il regime fascista avevano vissuto personalmente l'esperienza dell'esilio – hanno voluto assicurare piena accoglienza in Italia agli stranieri e agli apolidi che, nel proprio paese di appartenenza o provenienza, avessero subito una illegittima compressione delle proprie libertà democratiche di matrice costituzionale¹.

Il diritto di asilo è, dunque, situazione giuridica di diritto soggettivo perfetto² (esigibile dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria) rispetto alla quale l'autorità amministrativa, chiamata a erogare le connesse tutele, gode di una discrezionalità molto limitata³.

¹ Il riferimento alle «libertà democratiche» ricomprende, secondo la dottrina maggioritaria, i diritti che caratterizzano le forme di partecipazione politica previste dal testo costituzionale (Esposito 1958, 222; D'Orazio 1992).

² In questo senso, con una sentenza "storica", Cass., SS.UU., 26 maggio 1997, n. 4674 successivamente ripresa, seppure con alcune specificazioni, da Cass., sez. I, 25 novembre 2005, n. 25028; 25 agosto 2006, n. 18549; sez. VI, 27 luglio 2010, n. 17576.

³ Il margine di discrezionalità dell'autorità amministrativa si esprime, per lo più, nella verifica dei presupposti per il riconoscimento del diritto di asilo: l'art. 10 comma 3 Cost., infatti, riferendosi allo «effettivo esercizio» delle libertà democratiche, rimette all'autorità amministrativa il delicato compito di valutare in concreto le condizioni nelle quali si svolgono i rapporti fra singolo e pubblici poteri nel paese di provenienza dello straniero richiedente asilo (Benvenuti 2007, 54; Cangelli 2009, 48).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Peraltro, a fronte di un quadro normativo di rango costituzionale così puntuale, deve registrarsi una sostanziale inerzia del legislatore interno che non ha ancora provveduto ad adottare una legge organica in materia di diritto d'asilo. In senso inverso, vi è stato un incessante impegno delle autorità internazionali e, più recentemente, delle istituzioni europee proteso ad introdurre disposizioni, sia di matrice pattizia che regolamentare, idonee a dotare gli Stati di una disciplina comune, o quantomeno coerente, in materia di protezione internazionale.

Con ogni probabilità, oggi, si può affermare che la lungimiranza dei nostri padri costituenti – i quali hanno dotato il testo costituzionale di una norma assolutamente innovativa in tema di accoglienza degli stranieri meritevoli di protezione internazionale – a causa della mancata disciplina consequenziale in sede legislativa, ha determinato più danni che benefici. L'ordinamento costituzionale italiano, infatti, rispetto agli interventi normativi esterni (cui si accennerà *infra*), si è trovato paradossalmente impreparato. In altri termini, l'aver disciplinato il diritto di asilo come diritto soggettivo di matrice costituzionale, suscettibile di immediata esigibilità, ha fatto sì che – essendo mancata la necessaria opera consequenziale del legislatore ordinario – le fonti internazionali ed europee si siano inserite con non poche difficoltà in un contesto normativo costituzionale "troppo evoluto". Quella italiana non è la sola costituzione dei paesi europei a contenere una norma in materia di diritto di asilo, ma è certamente l'unica che disciplina tale situazione giuridica come diritto soggettivo in senso proprio, a struttura compiuta e perfetta.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

3. Il fondamento di diritto interno degli istituti di protezione internazionale

A fronte della costituzionalizzazione del diritto di asilo territoriale, la disciplina internazionalistica ed europea sulla protezione degli stranieri si è incentrata sulla qualificazione dello *status* di rifugiato, ponendo – a livello interno – delicati problemi di armonizzazione fra le qualifiche di asilante e di rifugiato.

Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 è *rifugiato* «colui che temendo la ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale, per sue ragioni politiche si trova fuori dal paese di cui è cittadino e non può o non vuole a causa di questo timore avvalersi della protezione di questo paese»⁴; il rifugiato, quindi, non sceglie di spostarsi alla ricerca di migliori opportunità di vita, ma è costretto ad abbandonare la sua terra e a cercare protezione fuori dal proprio paese.

Per la nozione di *asilante*, invece, si deve aver riguardo – oltre che al citato art. 10 comma 3 della Costituzione – alle norme della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che prevede il diritto di ognuno di «cercare e godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni» (art. 14).

Volendo tentare di tracciare le differenze fra le due nozioni, come imporrebbe l'attuale compresenza della disciplina costituzionale

⁴ La suddetta nozione si rinviene pressoché immutata nelle disposizioni della dir. 2004/83/CE (recepita in Italia con d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251), abrogata dalla dir. 2011/95/UE.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

sull'asilo e della estesa normativa di rango primario in materia di protezione dei rifugiati, può dirsi che il diritto di asilo fa riferimento ad una situazione collettiva di un popolo, benché riferita alla posizione del singolo (il richiedente asilo), per cui il richiedente e quelli che come lui vivono in un determinato paese non possono, in quel paese, esercitare le libertà democratiche contemplate all'interno della nostra Costituzione. Il riconoscimento dello *status* di rifugiato, invece, presuppone una condizione di persecuzione personale, di rischio individuale, differenziata rispetto a quella di altri cittadini del medesimo paese.

L'indagine sulle differenze fra le due nozioni rischia di tradursi in un esercizio puramente teorico se, spostando l'attenzione al profilo degli effetti che la condizione di persecuzione comporta sul richiedente, si considera che fra i due *status* è configurabile una relazione di continenza, in virtù della quale lo *status* di rifugiato costituirebbe una, sia pure indiretta, attuazione della norma di cui all'art. 10 comma 3 della nostra Costituzione.

In favore di questa ricostruzione militano certamente obiettive ragioni legate alla confusione, anche terminologica, che si rinviene nelle recenti disposizioni in materia di protezione internazionale (Ruotolo 2008, 1818; Benvenuti 2007, 217; Lenzerini 2007)⁵.

A far propendere per questa soluzione sarebbe altresì la considerazione che essa consentirebbe di fare rientrare nella grande categoria dei

⁵ Deve segnalarsi in tal senso anche un indirizzo giurisprudenziale autorevolmente rappresentato da alcune sentenze della Suprema Corte (Cass. civ., sez. I, 25 novembre 2005, n. 25028; 23 agosto 2006, n. 18533; 17 febbraio 2011, n. 3898; sez. VI, 18 febbraio 2011, nn. 4139 e 4140).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

soggetti meritevoli di protezione internazionale anche la fattispecie dei c.d. “rifugiati di fatto”, ossia quei profughi o esuli di massa in fuga da quelle aree geografiche interessate negli ultimi anni da fenomeni di grave deficit democratico o, più in generale, da obiettivo pericolo⁶.

A ciò si aggiunge, infine, che in quest’ottica ricostruttiva troverebbe anche una plausibile collocazione a livello interno l’istituto della c.d. “protezione sussidiaria”, introdotto con la Direttiva “procedure” 2005/85/CE (abrogata dalla Direttiva 2013/32/UE) recepita con d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25: l’art. 1 del citato decreto legislativo individua nella protezione sussidiaria una sorta di *editio minor* dello *status* di rifugiato da estendersi agli stranieri e agli apolidi che, ancorché non in possesso dei requisiti per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, verserebbero in una situazione di pericolo per la loro integrità psico-fisica ove fossero fatti oggetto di rientro forzato nel paese di provenienza.

4. L’evoluzione del diritto positivo interno

La prima legge *lato sensu* attuativa dell’art. 10, comma 3, Cost. sul diritto d’asilo è stata la c.d. “legge Martelli” (l. 39/1990) che, abolendo la riserva geografica originariamente esistente all’applicazione della Con-

⁶ Questa moltitudine di soggetti genera dei veri e propri esodi migratori di massa, spesso in condizioni di estremo pericolo, non necessariamente legati a una condizione di persecuzione individuale o di illiberalità diffusa che avrebbero giustificato il riconoscimento rispettivamente dello *status* di rifugiato o di asilante (Chieffi 2004, 44; Cangelini 2009, 56).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

venzione di Ginevra del 1951, attribuì lo *status* di rifugiato agli stranieri extraeuropei “sotto mandato” dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR o UNHCR).

Nel 1998 la legge Martelli è stata sostituita dalla l. 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. “legge Turco-Napolitano”) che, nell’intento di dotare il sistema interno di una disciplina organica in tema di immigrazione, conferiva (art. 47) delega al Governo per l’emanazione di un testo unico capace di armonizzare i testi legislativi allora vigenti. In esecuzione della delega, venne emanato il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. “Testo unico sull’immigrazione”) il quale, tuttavia, non ha introdotto una disciplina specifica in materia di asilo né apportato sostanziali modifiche alla normativa previgente in materia di riconoscimento dello *status* di rifugiati.

Nel 2002, in un contesto politico profondamente mutato, venne approvata la l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. “legge Bossi-Fini”) di modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo, chiaramente ispirata all’esigenza di porre delle restrizioni a ingressi massicci di migranti nel territorio italiano. Neanche la legge Bossi-Fini sembra fornire sicure indicazioni per una compiuta elaborazione della nozione di asilo; al contrario, viene fatto un uso improprio della terminologia, rendendo di fatto indistinto l’istituto dell’asilo da quello del rifugio.

A partire dal 2005 la disciplina interna sull’immigrazione (ivi compreso lo specifico ambito della protezione internazionale) risulta incisa dall’attività normativa a livello comunitario. Vengono infatti emanate le direttive 2003/9/CE (“accoglienza”), 2004/83/CE (“qualifiche”) e 2005/85/CE (“procedure”), recepite in Italia rispettivamente con d.lgs. 30 maggio 2005, n. 140, d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 e d.lgs. 28 gennaio 2008, n.25.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

L'attuale stagione normativa, infine, è stata caratterizzata dall'abrogazione delle tre sopra indicate direttive e contestuale approvazione delle direttive 2011/95/UE (nuova "qualifiche"), 2013/32/UE (nuova "procedure") e 2013/33/UE (nuova "accoglienza"). Ad oggi, soltanto la prima di esse è stata recepita in Italia (con d.lgs. 18/2014); per le Direttive nn. 32 e 33 del 2013 il Parlamento, con l. 7 ottobre 2014, n. 154, ha conferito la delega al Governo per procedere al relativo recepimento.

In questo quadro, in fase per così dire di assestamento, vanno rinvenuti gli elementi per la comprensione del diritto positivo in materia di protezione internazionale.

Una cosa è certa: il legislatore italiano, nell'impegno di adeguare l'ordinamento interno alle norme di matrice europea, ha di fatto rinunciato ad assolvere al ruolo che la Costituzione gli ha attribuito con la riserva di cui all'art. 10, comma 3 Cost.

Probabilmente non si tratta di un dato che desta particolare disagio fra gli studiosi maggiormente protesi a verificare il percorso di recepimento delle fonti europee (notoriamente l'Italia non brilla per celerità e precisione in questo impegno), né fra coloro che, comprensibilmente, puntano tutta l'attenzione sul risultato finale.

Purtuttavia, non pare possa trascurarsi lo iato che inevitabilmente si mantiene (forse aggravandosi) fra i fondamenti "illuminati" *in subiecta materia* rinvenibili nella Costituzione del 1948 e la sostanziale inerzia del legislatore ordinario; si tratta di uno iato che ha certamente refluenze rilevanti sull'organicità (*rectius*: sulla non organicità) di un complesso sistema normativo che è notoriamente in continua evoluzione e che con grande fatica riesce a dare copertura a fattispecie concrete spesso di natura emergenziale che coinvolgono valori umani fondamentali.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Proprio per queste ragioni, il nostro ordinamento non si sarebbe dovuto concedere una tale lacuna che, si ribadisce, non può ritenersi colmata per il solo fatto che vengano più o meno celermente recepite le norme europee sulla protezione degli stranieri. In tal senso si conviene con chi in dottrina (Zanghì 2007, Ruggeri 2008) ha osservato come non possa soccorrere neanche la c.d. “regola dei controlimiti”⁷, in base alla quale la non applicazione della disciplina costituzionale presuppone la verifica positiva in ordine alla compatibilità delle norme dell’Unione europea rispetto ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale fra cui si annoverano senza dubbio i diritti fondamentali della persona (diritto d’asilo territoriale compreso) (Cavasino 2013, 398).

5. Il regolamento UE 604/2013 (“Dublino III”) e le direttive UE del 2011-2013: un’analisi delle norme procedurali più rilevanti.

A questo punto, appare opportuno soffermarsi sulle principali novità introdotte dal regolamento UE 604/2013 (c.d. “Dublino III”) nonché dalle citate direttive UE del 2011-2013, limitando l’esame alle disposizioni che incidono sull’esercizio del potere di vigilanza e controllo dell’autorità amministrativa chiamata a pronunciarsi sulle istanze di protezione internazionale.

Giova ricordare che l’art. 63 TCE, modificato dal trattato di Amsterdam del 1997, aveva attribuito alla Comunità europea la competenza ad

⁷ C. cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349; più recentemente, C. cost. 28 novembre 2012, n. 264.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

adottare “norme minime” in materia di asilo. Il Programma di Tampere del 1999 ha fissato la prima fase nella quale sono stati adottati quattro regolamenti e quattro direttive: mediante lo strumento regolamentare è stato posto in essere il sistema *Dublino*⁸; le quattro Direttive sono la 2001/55/CE (“protezione temporanea”), 2003/9/CE (“accoglienza”), 2004/83/CE (“qualifiche”) e 2005/85/CE (“procedure”).

Successivamente, la Commissione UE ha approvato il *Piano strategico sull’asilo* del 17 giugno 2008 che traccia una *road map* per mettere in capo un approccio integrato in materia di protezione nell’UE.

Per altro verso, l’entrata in vigore del trattato di Lisbona nel 2009 ha comportato l’individuazione – fra le priorità dell’Unione europea – della realizzazione di una politica comune in materia di asilo (non più, dunque, la previsione di norme minime); in particolare, l’art. 78, par. 1 del TFUE ha stabilito che la politica comune «deve essere volta ad offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale ed a garantire il rispetto del principio di non respingimento» ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, del relativo Protocollo del 1967 e degli altri trattati sulla materia. L’art. 78 citato rappresenta il fondamento normativo sul quale sono stati adottati i regolamenti e le direttive sulla protezione internazionale dei cittadini stranieri.

⁸ Il sistema *Dublino*, che prende il nome dalla Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo presentata nel territorio della comunità europea, si basava sostanzialmente sui regolamenti 343/2003 (*Dublino II*) e 2725/2000 (*Eurodac*).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

5.1. Il regolamento Dublino III

Il regolamento UE 604/2013 si applica da gennaio 2014; è atto di rifu-sione del regolamento 343/2003 *Dublino II* cui – senza modificarne la so-stanza – si limita ad apportare alcuni miglioramenti. Disciplina i criteri di determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di protezione presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide; il criterio accolto è quello della competenza dello Stato «di primo ingresso», salvo alcune clausole di deroga per esigenze particolari (motivi umanitari in primo luogo).

Si noti che la regola dello Stato di primo ingresso poggia sull'assunto che ciascun paese europeo sia idoneo a garantire parità di trattamento, sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, agli stranieri richiedenti protezione internazionale (c.d. principio di mutua fiducia). In questo senso il regolamento *Dublino III* e, per altro verso, la direttiva 2013/32/UE "procedure" si pongono l'obiettivo di assicurare effettività a un sistema "comune" di gestione dei flussi migratori.

Invero, le recenti (spesso drammatiche) esperienze di sbarchi di mi-granti nelle coste italiane del Mediterraneo hanno dimostrato che un si-stema realmente "comune" non esiste o comunque non funziona. Anche sulla base di tali esperienze, con ogni probabilità, il regolamento *Dublino III* prevede una deroga alla regola generale della competenza dello Stato di primo ingresso, stabilendo che detta competenza non si radica qualo-ra si abbiano «fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemi-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

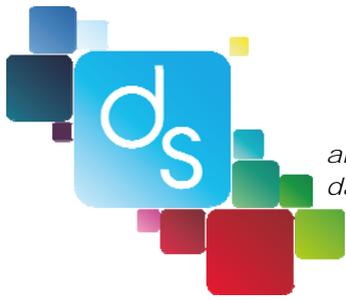
che nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti (...)»⁹.

Il Regolamento *Dublino III* prevede poi una serie di regole di immediata applicazione che concernono specifici aspetti procedurali (riduzione dei termini massimi per la decisione della domanda di protezione, nuovi obblighi di pubblicità a carico delle amministrazioni statali, scambio di informazioni fra gli Stati, estensione dell'ambito di applicazione della procedura di conciliazione, obbligo di notificazione della decisione di rigetto e, infine, nuove disposizioni sulla tutela in sede giurisdizionale): sotto tale aspetto l'impegno richiesto allo Stato italiano è assolutamente gravoso, in considerazione del fatto che – ferma restando l'immediata efficacia delle norme regolamentari – non può negarsi che l'effettiva armonizzazione della disciplina nonché il conseguimento degli *standard* di efficienza imposti presupporranno pronte iniziative del legislatore domestico per aggiornare le norme contenute nel t.u. immigrazione (d.lgs. 286/1998 e s.m.).

5.2. La direttiva 2013/33/UE Accoglienza

La direttiva 2013/33/UE è atto di rifusione della precedente 2003/9/CE (recepita con d.lgs. n. 140/2005); reca norme sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (ivi compresa la protezione c.d. sussidiaria). Si tratta di norme destinate a superare le difformità riscontrate negli Sta-

⁹ Già prima dell'introduzione della norma, la Corte di Giustizia UE aveva fissato analogo principio di garanzia con riguardo a particolari contesti considerati "insicuri" (cfr. la sentenza pronunciata nelle cause riunite C-411 e 493/10 sul caso della Grecia).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ti membri nonché a offrire maggior tutela per i diritti dei richiedenti; in particolare, per quel che riguarda i profili procedurali a carico delle amministrazioni statali che devono provvedere sulle istanze di protezione, la direttiva impone l'obbligo di rendere informazioni su benefici e obblighi dell'accoglienza entro quindici giorni dalla domanda (art. 5), di rilasciare un documento attestante lo *status* del richiedente in attesa di decisione (art. 6, par. 1), nonché il divieto di richiedere documenti o attestazioni superflue aggravando il procedimento (art. 6, par. 6).

La direttiva, poi, introduce nuove norme in materia di trattenimento dei richiedenti protezione (artt. 8-11): mentre l'art. 7, par. 3, della direttiva 2003/9/CE vincolava genericamente tale misura alla sussistenza di «motivi legali o di ordine pubblico» (esplicitati, in sede di recepimento della direttiva “procedure” 2005/85/CE, dall'art. 21 del d.lgs. 25/2008), l'art. 8 della direttiva 2013/33/UE – dopo avere chiarito che il solo *status* di richiedente protezione di per sé non possa giustificare l'applicazione di misure di trattenimento – indica tassativamente, ferma restando l'ulteriore specificazione da parte del diritto nazionale, le ipotesi in cui tale trattenimento possa essere ritenuto ammissibile. È significativo che la nuova disciplina vincoli l'autorità interna a operare una valutazione in concreto e individuale (cioè caso per caso) delle circostanze che giustificano il trattenimento, escludendo dunque motivazioni generiche o standardizzate.

5.3. La Direttiva 32/2013/UE “procedure”

La direttiva “procedure” contiene un corposo complesso normativo destinato a introdurre regole comuni in materia di procedimenti per il



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

riconoscimento dello *status* di destinatario di protezione internazionale. Si tratta di disposizioni molto ambiziose, soprattutto se si tiene conto dello stato di emergenza in cui alcuni paesi europei (fra cui l'Italia) sono chiamati a operare per fronteggiare i cospicui flussi migratori via mare.

In ogni caso, entro il 20 luglio 2015 (per alcune disposizioni tale termine è suscettibile di essere ritardato di un triennio), tutti gli Stati membri sono obbligati a introdurre nel proprio ordinamento norme procedurali che vincolano in modo puntuale le autorità amministrative rispetto ai tempi di esame delle domande (art. 31)¹⁰, alle garanzie di informazione dovute all'istante (art. 12), ai presupposti per la declaratoria di inammissibilità (art. 33) o per il rigetto nel merito della domanda (art. 32). Di particolare interesse, poi, appare la disciplina introdotta dagli artt. 35-39 volta a porre norme per la definizione di «paese di origine sicuro», «paese terzo sicuro», «paese terzo europeo sicuro»; tali disposizioni dovrebbero consentire di porre fine a gravi difformità nell'applicazione della disciplina comune e, per l'effetto, nel trattamento delle domande di protezione internazionale.

5.4. La direttiva 2011/95/UE "qualifiche"

La direttiva 2011/95/UE è stata recepita con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18 (che ha introdotto modifiche al testo del d.lgs. n. 251/2007). Rispetto al-

¹⁰ L'art. 31, par. 1, della dir. 2013/32/UE fissa in sei mesi il termine massimo per l'esame della domanda.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

la disciplina previgente, la novità più significativa riguarda l'estensione di alcune norme procedurali, originariamente previste solo per i richiedenti lo *status* di rifugiato, anche ai richiedenti le altre forme di protezione, con particolare riferimento alla protezione sussidiaria; nonché la previsione della durata del permesso di soggiorno per i destinatari di protezione sussidiaria fino a cinque anni (art. 23, comma 2, d.lgs. n. 251/2007).

Con particolare riferimento alla protezione sussidiaria, poi, il d.lgs. n. 18/2014 ha stabilito i presupposti per il suo riconoscimento nonché per l'eventuale revoca; anche in questo caso l'obiettivo del legislatore (recettivo dell'indirizzo di cui alla direttiva "qualifiche" 2011/95/UE) è stato quello di uniformare il trattamento del richiedente la protezione sussidiaria a quello del richiedente lo *status* di rifugiato.

Le nuove disposizioni, ancorché offrano un quadro più chiaro per la disciplina da attuare in concreto rispetto alle diverse misure di protezione internazionale esistenti, rappresentano un'occasione che il legislatore domestico ha perduto per compiere un passo in avanti affrontando il delicato tema della coesistenza nel nostro ordinamento dell'istituto dell'asilo di matrice costituzionale e degli altri istituti di matrice internazionale, solo parzialmente sovrapponibili.

6. Le questioni applicative più problematiche

Esaurito il sommario esame del contesto normativo e degli istituti giuridici di riferimento, appare utile promuovere una riflessione sulle questioni applicative più "spinose" viste dalla prospettiva dello studioso di diritto amministrativo e, dunque, dalla prospettiva dell'interesse al



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

corretto ed efficiente esercizio dei poteri pubblici connessi alla erogazione delle misure di protezione internazionale.

La prima questione concerne il riparto delle competenze normative ed amministrative fra Stato, Regioni e autonomie locali.

In proposito, giova ricordare che ai sensi dell'art. 117, comma 2, della Costituzione (nel testo introdotto dalla modifica del Tit. V di cui alla l. cost. n. 3/2001) sono attribuite alla potestà legislativa esclusiva dello Stato le materie del «diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea» (lett. a) e della «immigrazione» (lett. b).

La dottrina si è sforzata di armonizzare la previgente normativa in materia di immigrazione (in special modo quella contenuta nel t.u. immigrazione di cui al d.lgs. 286/1998) con la disciplina costituzionale sul riparto della potestà legislativa Stato-Regioni introdotta nel 2001 elaborando un criterio interpretativo fondato sulla differenza fra *politiche dell'immigrazione* (riguardanti prioritariamente la disciplina dei permessi di soggiorno e relative procedure), per le quali si afferma la potestà legislativa esclusiva dello Stato, e *politiche per l'immigrazione* (inerenti le misure di tutela dei diritti dello straniero), per le quali le Regioni godrebbero di potestà legislativa (esclusiva o concorrente) (Caponio 2004, 805; Corsi 2003, 789; Ruggeri-Salazar 2004, 27; Cangelli 2009, 73; Barbati 2009, 30)¹¹.

Sul tema assumerà senz'altro rilievo l'esito della discussione in Parlamento sul disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa n.

¹¹ Tale interpretazione è stata anche condivisa dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze nn. 156/2006 e 300/2005).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

1429/2014 (approvato il 7 agosto 2014 in prima lettura dal Senato della Repubblica e attualmente all'esame in prima lettura della Camera dei Deputati) che, con riguardo al tema del riparto di potestà legislativa Stato-Regioni, elimina la c.d. potestà concorrente distribuendo *rationae materiae* le competenze (di natura esclusiva) fra Stato e Regioni.

Nel d.d.l. costituzionale le materie dell'asilo e dell'immigrazione vengono confermate come materie di competenza statale; vi è da immaginare, peraltro, che tale scelta non risolverà i problemi di natura applicativa di questa soluzione che, esautorando le autonomie regionali e locali dalla gestione delle politiche dell'immigrazione, non tiene in adeguata considerazione l'impegno che a dette autonomie territoriali è richiesto nell'applicazione della normativa statale.

In altri termini, nella disciplina interna si percepisce come un *gap* incolmabile, foriero di una «debolezza di sistema» (Barbati 2009, 40), la scelta accentratrice di cui al citato art. 117 Cost. rispetto al ruolo, tutto decentrato, che impegna sui diversi fronti le Regioni ed i Comuni nella gestione delle politiche dell'immigrazione.

È auspicabile che il legislatore domestico, chiamato a recepire le recenti direttive UE 2011-2013, possa assumere l'iniziativa di adeguare l'ordinamento interno nel senso di introdurre efficaci misure per avvicinare la fase della normazione (tutta statale) con quella della amministrazione (prevalentemente decentrata).

La distribuzione delle competenze di gestione in senso decentrato, invero, è frutto dell'applicazione alla materia dell'immigrazione del principio di sussidiarietà verticale (Frosini 2008; Cerulli Irelli 2004; Moscarini 2003; Chessa 2002; Poggi 2001; Vipiana 2002; Roversi Monaco 1997) predicato dall'art. 118, comma 1, Cost., in virtù del quale presso i



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

comuni sono allocate in via preferenziale le funzioni amministrative. Va detto, peraltro, che proprio in tema di gestione delle politiche di protezione internazionale (e, in generale, di accoglienza dei flussi migratori) l'applicazione del criterio della sussidiarietà verticale ha comportato frequentemente disfunzioni e disagi sia per i destinatari della protezione che per le collettività residenti nei luoghi in cui si svolge l'accoglienza; in particolare, gravano *in toto* sui Comuni le ricadute del fenomeno migratorio in termini di ordine pubblico e sicurezza senza che corrisponda a tali ricadute un'adeguata assegnazione di funzioni amministrative e poteri in grado di gestire il fenomeno nella sua complessità.

Tali disfunzioni sono connesse, oltre che alle incertezze interpretative sulla distribuzione delle competenze normative (destinate a rimanere irrisolte anche nell'ipotesi di approvazione del d.d.l. costituzionale citato), alla scelta del legislatore di affidare i poteri alle diverse autorità presenti su ciascun livello territoriale (si pensi a titolo esemplificativo al riparto delle funzioni amministrative fra questure e prefetture) e di istituire nel tempo una cospicua serie di organi ed enti *ad hoc* (commissione nazionale, commissioni territoriali, centri di accoglienza, centri di identificazione e espulsione, sportelli immigrazione, ecc.) dando vita a un apparato spesso pletorico e inefficiente.

Spostando l'attenzione al profilo del procedimento per il rilascio dei titoli di riconoscimento dello *status* di beneficiario di protezione internazionale, occorre premettere che la normativa applicabile in Italia, allo stato, è quella posta dal d.lgs. n. 25/2008 con il quale è stata recepita la direttiva *Procedure* 2005/85/CE in attesa che si conduca a termine l'*iter* per il recepimento della nuova direttiva 2013/32/UE.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Ai sensi dell'art. 18 del citato d.lgs. n. 25/2008 ai procedimenti diretti alla valutazione delle domande di protezione internazionale si applicano le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990 di cui ai capi I (con esclusione delle norme sul termine di conclusione del procedimento), II, IV-*bis* e V, nonché agli artt. 7, 8 e 10 del capo III. L'esclusione dell'applicazione di alcune disposizioni, seppur astrattamente giustificabile in ragione della peculiarità della materia e della sussistenza di regole procedurali proprie poste con il medesimo d.lgs. n. 25/2008, non convince rispetto ad alcuni istituti di "democrazia procedimentale" quali il c.d. preavviso di diniego disciplinato dall'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.

Il d.lgs. n. 25/2008 disciplina con particolare puntualità la fase istruttoria del procedimento prevedendo le garanzie di cui gode il richiedente nelle more della conclusione dell'*iter* procedimentale (diritto di permanenza sul territorio dello Stato, divieto di trattenimento salvo tassative eccezioni, diritto ad essere ospitato in un centro di accoglienza), nonché la necessità di promuovere un effettivo contraddittorio tramite l'audizione personale dell'istante; appare significativo, proprio con riferimento al tema dell'istruttoria, che il decreto in esame prescriva come la determinazione finale debba fondarsi su valutazioni (evidentemente maturate nell'ambito di un'istruttoria «congrua, precisa ed aggiornata») «individuali, obiettive ed imparziali» (art. 8, comma 1, d.lgs. n. 25/2008).

Il provvedimento finale può avere esito positivo (tramite il riconoscimento dello *status* richiesto, il rilascio del permesso per asilo o del permesso per protezione sussidiaria) o esito negativo (tramite il rigetto dell'istanza con indicazione della motivazione in punto di fatto e diritto).

Va tenuta distinta dalle fattispecie sopra indicate quella del permesso di soggiorno per motivi umanitari, disciplinato dal t.u. immigrazione



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

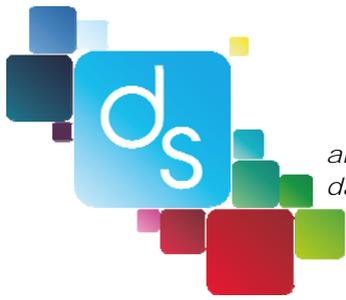
(art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/1998) per il rilascio del quale il legislatore riconosce un'ampia discrezionalità dell'autorità amministrativa competente (le questure) chiamata a valutare la sussistenza dei presupposti indicati in via generale dalla norma (coincidenti con i casi di divieto di respingimento di cui al successivo art. 19, comma 1).

L'ultimo aspetto sul quale è opportuno soffermarsi riguarda la tutela giurisdizionale rispetto ai provvedimenti amministrativi sfavorevoli adottati nei confronti del richiedente protezione internazionale. La questione involge il tema della natura della posizione giuridica soggettiva vantata dall'istante, ovvero se essa debba configurarsi alla stregua di interesse legittimo o piuttosto di diritto soggettivo.

Anche su questo versante, invero, nel nostro ordinamento pesa la confusione – imputabile a un *deficit* legislativo – fra le nozioni di asilo e quelle delle altre forme di protezione (rifugiato, beneficiario di protezione sussidiaria, umanitaria, ecc.).

Per quel che riguarda l'asilo, infatti, è l'art. 10 della Costituzione che connota la relativa situazione giuridica attiva alla stregua di un diritto. Più problematica è la qualificazione della situazione giuridica del rifugiato, delineata dalla giurisprudenza ora in termini di diritto soggettivo ora in termini di interesse legittimo, con conseguente spostamento della giurisdizione dal giudice ordinario a quello amministrativo.

Al riguardo va segnalato l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con sentenza 26 maggio 1997, n. 4674, hanno statuito che la giurisdizione in materia di diritto di asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3 della Costituzione spetta al giudice ordinario, trattandosi per l'appunto di un diritto soggettivo, al quale non è applicabile la disciplina sullo *status* di rifugiato (art. 5 del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

con l. 28 febbraio 1990, n. 39) in base alla quale la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

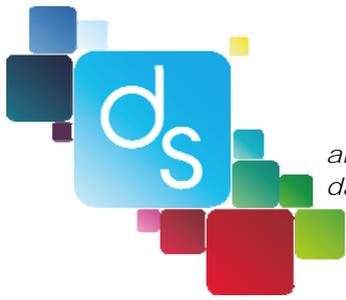
Successivamente, con sentenza SS. UU. 17 dicembre 1999, n. 907 – preso atto dell’abrogazione dell’art. 5 della l. n. 39/1990 ad opera del t.u. Immigrazione – la Corte di Cassazione ha dichiarato la nuova giurisdizione del giudice ordinario tenuto conto della qualificazione alla stregua di diritti soggettivi della posizione giuridica del richiedente asilo e del rifugiato introdotta dal legislatore del 1998¹².

Pur nel risolto conflitto fra giurisdizioni, permasero delle pronunce di giudici amministrativi che rivendicavano la propria competenza a decidere su ricorsi avverso provvedimenti di diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato¹³. E ciò fino all’intervento della l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. Bossi-Fini) che ha fissato la giurisdizione del giudice ordinario sulla materia. A questo punto, pur ancora con qualche resistenza, anche i giudici amministrativi hanno adeguato il proprio orientamento alle originarie indicazioni della Suprema Corte dichiarando il proprio difetto di giurisdizione sui ricorsi volti all’annullamento di provvedimenti di diniego di misure di protezione internazionale¹⁴.

¹² L’orientamento è rimasto invariato nelle successive pronunce della Suprema Corte. In tal senso, da ultimo, Cass. civ., sez. VI, 9 dicembre 2011, n. 26481; SS. UU., 17 giugno 2013, n. 15115; SS. UU., 9 settembre 2009, n. 19393.

¹³ Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6710.

¹⁴ TAR Lazio 11 luglio 2006, n. 5379; più recentemente, Cons. Stato, sez. III, 28 agosto 2014, n. 4413; 24 marzo 2014, n. 1398; 9 maggio 2013, n. 2524; 5 settembre 2012, n. 4714; 5 giugno 2012, n. 3309.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Infine, con il d.lgs. n. 25/2008 è stata ulteriormente confermata la giurisdizione del giudice ordinario su tutte le questioni inerenti provvedimenti amministrativi di diniego del riconoscimento delle diverse forme di protezione internazionale (art. 35, comma 1).

Quanto al rito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, comma 2 del d.lgs. n. 25/2008 e 19 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, trova applicazione per queste controversie il c.d. rito sommario di cognizione che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto assicurare snellezza nella fase istruttoria e speditezza dei procedimenti giurisdizionali.

Invero, l'esperienza applicativa seppur recente di questo rito offre un bilancio negativo che pesa in maniera grave nelle vicende processuali dei richiedenti protezione internazionale nelle quali ad essere oggetto di giudizio sono questioni che implicano la tutela di diritto fondamentali della persona.

In questo senso, al netto delle considerazioni generali che possono farsi sulla natura delle posizioni giuridiche coinvolte (Tropea 2009, 195; Cacciari 2004, 3913; Sirianni 2000, 898), va osservato che lo stato attuale della legislazione italiana sulla tutela giurisdizionale dei richiedenti protezione internazionale non è rispettoso dei vincoli posti dalla 2005/85/CE né tantomeno di quelli, più rigorosi, fissati dalla Direttiva 2013/32/UE.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Bibliografia

Barbati, C. (2009), *La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (cur.), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli: Rubettino, p. 40.

Benvenuti, M. (2007), *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova: Cedam.

Cacciari, A. (2004), *La tutela giurisdizionale nelle vicende del cittadino extracomunitario*, in *Foro Amm. TAR*, 10, p. 3913.

Cangelli, F. (2009), *Diritto di asilo e norme antiterrorismo*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (cur.), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli: Rubettino, p. 48.

Caponio, T. (2004), *Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di welfare e politiche di sviluppo*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 5, p. 805.

Cavasino, E. (2013), *Le trasformazioni del diritto d'asilo*, in *Nuove Autonomie*, 2-3, p. 398.

Cerulli Irelli, V. (2003), *Sussidiarietà (Dir. Amm.)* (voce), in *Enciclopedia Giuridica.*, XXX, Roma: Treccani.

Cerulli Irelli, V. (2004), *Sussidiarietà (Dir. Amm.)* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, Agg. XII, Roma: Treccani.

Chessa, O. (2002), *La sussidiarietà (verticale) come "precepto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in *Dir. pubbl., comp. eur.*, 2, p. 1442.

Chieffi, L. (2004), *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, p. 44.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Corsi, C. (2003), *I servizi sociali in favore degli immigrati*, in A. Albanese, C. Marzuoli (cur.), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna: il Mulino, p. 789

D'Orazio, G. (1992), *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova: Cedam.

Esposito C. (1958), *Asilo (diritto di) – Diritto costituzionale* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, p. 222.

Frosini, T.E. (2008), *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)* (voce), in *Enciclopedia del Diritto, Annali, II*, Milano: Giuffrè.

Lenzerini, F. (2009), *Asilo e diritti umani*, Milano: Giuffrè.

Moscarini, A. (2003), *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova: Cedam.

Panella, L. (2008), *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Poggi, A. (2001), *Le autonomie funzionali fra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano: Giuffrè.

Roversi Monaco, F. (cur.) (1997), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini: Maggioli.

Ruggeri, A. (2007), *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it.

Ruggeri, A. (2008), *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Ruggeri, A., C. Salazar (2004), *“Ombre e nebbia” nel riparto di competenze fra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V*, in *Quaderni Regionali*, p. 27.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Ruotolo, G.M. (2008), *Diritto di asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 4, p. 1818.

Sirianni G. (2000), *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. Pubbl.*, 3. p. 898

Tropea, G. (2009), *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (cur.), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli: Rubettino, p. 195.

Vipiana, P. (2002), *Il principio di sussidiarietà verticale: attuazioni e prospettive*, Milano: Giuffè.

Zanghì, C. (2007), *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Abstract

Italy, Foreigners and International Protection

The contribution deals with the study of the Italian legal framework on the international protection of migrants in relation to the provisions introduced in the EU / non EU States. Moreover, some aspects on the division of competences between State and Regions as well as the problematic issues concerning the administrative procedure for issuing residence permits in Italy and the judicial protection, are further deepened.

Keywords: migrants, international protection, Italian regulation, administrative procedure, Italian judicial protection.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

La Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e la tutela dei richiedenti asilo in Italia

di Francesca Perrini *

1. Brevi cenni sul contenuto della Convenzione di Ginevra

A distanza ormai di parecchi anni dalla sua adozione ed entrata in vigore, la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati¹ continua ad essere oggetto di attenzione ed analisi in dottrina (Saulle 2002; Benvenuti 2006, Cherubini, 2012), nonché a rivestire grande importanza sotto il profilo normativo e giurisprudenziale.

In particolare, per quanto concerne alcuni aspetti, ancora oggi la Convenzione viene in rilievo, soprattutto ove si consideri lo spirito che

* Ricercatrice di Diritto internazionale – Università degli Studi di Messina. Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).

¹ Adottata il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954, ratificata dall'Italia con la l. 24 luglio 1954, n. 722. La Convenzione è stata poi integrata da un Protocollo adottato nel 1967 con il quale si è voluto abolire il limite temporale e geografico contenuto nell'art. 1 della Convenzione ai sensi del quale questa si applica agli «avvenimenti verificatisi anteriormente al 1° gennaio 1951 in Europa».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

anima il contenuto del testo che ruota interamente intorno alla persona costretta ad abbandonare il proprio Paese di origine ed avente come unico obiettivo quello di offrire a tali categorie di persone una adeguata forma di assistenza.

Come è noto, la Convenzione si inserisce nel settore del diritto internazionale che è dedicato alla tutela dei diritti umani con l'intento di assicurare a coloro i quali acquistano lo *status* di rifugiato il più ampio esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

Nel suo lungo periodo di vigenza il testo convenzionale ha avuto un seguito particolarmente importante ove si consideri la rilevanza delle due norme che possono ritenersi fondamentali: quella sulla definizione di rifugiato e quella riguardante il principio di *non refoulement*.

Per quanto concerne la definizione di rifugiato, viene in rilievo l'art. 1.A.2, ai sensi del quale per rifugiato si intende colui che «temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non vuole o non può ritornarvi per il timore di cui sopra».

Pertanto, in tale definizione sono già contenuti i requisiti necessari per l'acquisto dello *status* di rifugiato, vale a dire: il timore motivato di essere oggetto di atti di persecuzione per una delle cause di cui al citato articolo della Convenzione; la lontananza dal proprio Paese; l'assenza di tutela da parte del proprio Stato.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Per quanto concerne il primo requisito si può rilevare che esso, facendo riferimento al «fondato timore di persecuzione», pone in evidenza una condizione soggettiva, in quanto la valutazione della posizione dell'individuo deve avvenire, in primo luogo, prendendo in esame le sue dichiarazioni sulla situazione esistente nel Paese di origine e le sue paure in merito ai rischi che potrebbe correre se rimanesse all'interno dei confini del proprio Stato di appartenenza. Tuttavia, deve trattarsi di timore «fondato» e, quindi, le testimonianze del soggetto richiedente protezione devono essere corredate da elementi obiettivi (per esempio, le dichiarazioni di altri soggetti appartenenti al medesimo gruppo oggetto di persecuzione o altri dati che permettono di ricostruire la situazione di pericolo nel Paese di origine). Non è invece necessario, stando a un'interpretazione letterale della norma in oggetto, che la persecuzione abbia già avuto luogo e che il soggetto sia stato, quindi, vittima di atti persecutori.

Per persecuzione, in assenza di una sua esplicita definizione nel testo della Convenzione, deve intendersi, stando alla lettura del citato articolo 1 in combinato disposto con l'art. 33 (di cui si dirà oltre), qualsiasi minaccia alla vita e alla libertà per motivi razziali, religiosi, sociali, etnici e politici. Proprio l'assenza di una definizione tassativa del concetto di persecuzione ha consentito un ampliamento della nozione di rifugiato. Grazie, infatti, a un'interpretazione estensiva delle suddette norme è stato possibile estendere, nel corso degli anni, la categoria di persone cui si può riconoscere lo *status* di rifugiato.

In particolare, si ritiene, ormai, che le cause di persecuzione indicate nella Convenzione di Ginevra non possano essere considerate esaustive e che, proprio in considerazione dell'oggetto e dello scopo della Convenzione, nonché di tutti gli altri strumenti di diritto internazionale posti a tu-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

tela dei diritti fondamentali della persona, possono rientrare nella categoria di atti di persecuzione anche violazioni particolarmente gravi dei diritti umani e comportamenti discriminatori. Sebbene, infatti, la discriminazione in sé non possa certamente essere equiparata alla persecuzione, è alle conseguenze di un comportamento discriminatorio che deve aver luogo riguardo. Pertanto, nella misura in cui tale comportamento produca conseguenze gravi e pregiudizievoli per la persona che ne è oggetto si può ritenere che si sia in presenza di violazioni gravi dei diritti fondamentali al punto da essere equiparate a trattamenti persecutori. È il caso, per esempio, della discriminazione fondata sul genere o sull'orientamento sessuale (considerate come rientranti nella condizione «appartenenza ad una determinata categoria sociale» di cui all'art. 33), che, nel caso produca danni particolarmente gravi per la persona che ne è oggetto, potrebbe essere causa di riconoscimento dello *status* di rifugiato (Franchini 2011).

Proprio tale tipo di interpretazione estensiva in materia di persecuzione, determinando un ampliamento delle categorie dei beneficiari dello status di rifugiato, fa sì che la definizione di cui all'art. 1 A della Convenzione può bene adattarsi al mutamento dei tempi e fare della Convenzione stessa uno strumento sempre attuale.

Altro requisito per l'acquisto dello *status* di rifugiato è rappresentato dall'aver abbandonato il Paese di origine. In virtù di tale condizione gli Stati sono tenuti a esaminare su base individuale la richiesta di asilo presentata da coloro i quali si trovano già nel territorio di uno Stato o vi hanno fatto ingresso per fuggire al pericolo, anche nel caso in cui l'ingresso sia avvenuto in maniera irregolare. In tal senso, infatti, dispone, l'art. 31 della Convenzione prevedendo che «Gli Stati non applicheranno sanzioni penali, per ingresso o soggiorno irregolare, a quei rifu-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

giati che, provenienti direttamente dal paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata nel senso previsto dall'art. 1, entrano o si trovano sul loro territorio senza autorizzazione, purchè si presentino senza indugio alle autorità ed espongano ragioni ritenute valide per il loro ingresso o la loro presenza irregolari».

Infine, con riferimento al terzo requisito per il riconoscimento dello status di rifugiato, vale a dire, la mancanza di tutela dello Stato di appartenenza del richiedente asilo, esso comporta che venga concretamente accertata l'impossibilità per il soggetto in questione di avere avuto accesso ad un meccanismo di tutela.

Sempre in tema di condizioni per l'acquisto dello status di rifugiato, inoltre, la Convenzione, all'art. 1.F, elenca tre categorie di persone per le quali è espressamente escluso che possa avvenire tale riconoscimento, individuandole tra «quelle persone nei confronti delle quali si hanno serie ragioni per ritenere: a) che abbiano commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, come definito negli strumenti internazionali elaborati per stabilire disposizioni riguardo a questi crimini; b) che abbiano commesso un crimine grave di diritto comune al di fuori del Paese di accoglimento e prima di esservi ammesse in qualità di rifugiati; c) che si siano rese colpevoli di azioni contrarie ai fini e principi delle Nazioni Unite».

La Convenzione, inoltre, viene in rilievo anche per quanto concerne il trattamento da garantire allo straniero al quale sia riconosciuto lo *status* di rifugiato. Posto che il nucleo dei diritti contemplati nella Convenzione rappresenta uno *standard* minimo di trattamento e che la Convenzione stessa contiene una clausola di apertura con la quale si salvaguardano quei trattamenti più favorevoli o quelle situazioni più vantaggiose di cui



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

i rifugiati potrebbero beneficiare in virtù di altre norme², le Parti contraenti sono tenute a riconoscere ai rifugiati che si trovano sul loro territorio l'esercizio di una serie di diritti che valgono anche per i cittadini (come il diritto di praticare la propria religione, di ricevere l'istruzione pubblica e l'assistenza pubblica) e altri diritti che valgono per gli immigrati regolari (come l'acquisto di beni mobili e immobili, la libertà di associazione, l'esercizio di attività salariate o di un lavoro autonomo e di libere professioni, in materia di alloggio e di libertà di circolazione).

La Convenzione lascia, invece, ampia discrezionalità agli Stati parti contraenti in merito alla scelta della procedura ed alle modalità con cui può avvenire il riconoscimento.

Con riferimento all'*iter* del riconoscimento, la Convenzione impone agli Stati contraenti di impegnarsi a collaborare con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) per favorire il più possibile l'applicazione della Convenzione e per fornire all'organizzazione ogni genere di informazione che possa risultare utile al suo lavoro³.

² Ai sensi dell'art. 5: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può ledere gli altri diritti e vantaggi accordati ai rifugiati indipendentemente dalla Convenzione stessa».

³ L'art. 35 così recita: «1. Gli Stati contraenti si impegnano a cooperare con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, od ogni altra istituzione delle Nazioni Unite che dovesse succedergli, nell'esercizio delle sue funzioni e, in particolare, a facilitare il suo compito di sorveglianza dell'applicazione delle disposizioni della presente Convenzione. 2. Al fine di permettere all'Alto Commissariato, o ad ogni altra istituzione delle Nazioni Unite che dovesse succedergli, di presentare rapporti agli organi competenti delle Nazioni Unite, gli Stati contraenti si impegnano a fornir loro in forma appropriata le informazioni ed i dati statistici richiesti relativi: a) allo status dei rifugiati; b)



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Per quanto attiene, invece, alla questione del trattamento dei richiedenti asilo occorre rilevare che l'unica norma della convenzione che (sebbene indirettamente) si riferisce a tale problematica è quella di cui all'art. 33 che impone agli Stati l'obbligo di *non refoulement*⁴. In virtù di tale obbligo gli Stati non possono respingere coloro i quali rischiano di subire nel Paese di origine atti che pongano in pericolo la loro vita e la loro libertà per motivi di razza, religione, nazionalità, condizione sociale, opinioni politiche. Sebbene l'art. 33 faccia espresso riferimento al divieto di respingimento per i rifugiati, si ritiene che esso non possa che riferirsi anche ai richiedenti asilo, in ragione del fatto che il riconoscimento dello status di rifugiato ha, come è noto, natura dichiarativa e non costitutiva ed è, quindi, da considerarsi implicita la necessità di tutelare il richiedente asilo dal rischio di subire gravi violazioni dei diritti fondamentali con conseguenze irreparabili⁵.

all'applicazione della presente Convenzione; c) alle leggi, regolamenti e decreti che sono o entreranno in vigore per quanto riguarda i rifugiati».

⁴ L'art. 33 così recita: «1. Nessuno Stato contraente potrà espellere o respingere – in nessun modo – un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza ad una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche. 2. Il beneficio di detta disposizione non potrà tuttavia essere invocato da un rifugiato per il quale vi siano gravi motivi per considerarlo un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova, oppure da un rifugiato il quale, essendo stato oggetto di una condanna già passata in giudicato per un crimine o un delitto particolarmente grave, rappresenti una minaccia per la comunità di detto Stato».

⁵ In proposito v. Benvenuti (2006, 168), in cui si legge: «Il principio del divieto di respingimento si applica al richiedente asilo – non diversamente da come si applica a colui al quale sia stato riconosciuto lo stato di rifugiato – come tutela prodromica rispetto all'esito della procedura. A prescindere dalla circostanza che ogni diversa soluzione sarebbe incon-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

L'importanza e l'ampia portata della previsione convenzionale di cui all'art. 33 sono inevitabilmente alla base della sua trasformazione in norma di natura consuetudinaria⁶, deducibile non solo dalla circostanza che l'art. 42 della Convenzione elenca l'articolo in esame tra le norme cui gli Stati non possono apporre riserve, ma anche dalla presenza dello stesso divieto in altri strumenti di diritto internazionale, nonché dalle affermazioni dello stesso UNHCR che lo qualifica come norma di carattere imperativo⁷.

La Convenzione, per il resto, non si occupa degli altri aspetti relativi al trattamento del richiedente asilo (sistemi di accoglienza, tempi di esame della domanda di asilo, ecc.); materia questa che, oltre ad essere di grande attualità, soprattutto, per gli Stati destinatari di ingenti flussi migratori, come l'Italia, solleva, come vedremo, anche delicate problematiche in tema di rispetto dei diritti umani.

gruente con una interpretazione coerente del sistema, ciò si spiega con la circostanza che la decisione relativa all'asilo non è costitutiva dello *status*, bensì ricognitiva di uno *status* che si acquista *ex tunc* in relazione alla presenza dei requisiti per l'eleggibilità. In altri termini, la Convenzione del 1951 definisce rifugiato, non già colui che è stato formalmente riconosciuto come tale, bensì una persona che soddisfi le condizioni previste a prescindere dalla circostanza che non sia stato (ancora) formalmente riconosciuto come tale ai sensi di una procedura di diritto interno. L'operare del principio del *non-refoulement* a favore del richiedente l'asilo costituisce, sotto altro profilo, una necessaria misura cautelare rispetto al pericolo imminente di un danno grave, ingiusto, irreparabile per la persona».

⁶ Sulla natura consuetudinaria del principio di *non refoulement v.*, tra gli altri, Salerno (2010), Benvenuti (2006, 167). In Terrasi (2009, 600) si legge: «L'obbligo di *non refoulement* (...) è oggetto di previsioni *ad hoc* in svariati strumenti convenzionali di cui gli Stati contraenti la CEDU sono parte, nonché (...) di una norma di carattere consuetudinario».

⁷ UNHCR, Executive Committee, *Conclusion N. 25 (XXXIII) "General"*, 1982, par. b.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

2. Alcuni aspetti problematici dell'attuale condizione dei richiedenti asilo in Italia

Proprio in materia di trattamento dei richiedenti asilo il sistema italiano di accoglienza è stato (e continua a essere) oggetto di critiche.

A tale proposito, occorre preliminarmente indicare i punti essenziali della procedura prevista dall'ordinamento italiano per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

L'*iter* ha avvio con la presentazione della domanda di asilo alla questura competente che ha anche il compito di procedere all'identificazione del richiedente e di trasmettere entro due giorni la richiesta con la relativa documentazione alla Commissione territoriale incaricata di effettuare la valutazione della domanda di asilo⁸. Entro tre giorni dalla presentazione della domanda la questura deve rilasciare al richiedente asilo uno speciale permesso, con il quale si consente al richiedente di rimanere nel territorio dello Stato. La commissione territoriale, nell'assumere la decisione sul riconoscimento dello status di rifugiato, deve avere riguardo alla situazione esistente nel Paese di origine, alle dichiarazioni rese dall'interessato ed alle eventuali documentazioni allegate dal richiedente. Attenzione particolare deve essere dedicata alla situazione personale del richiedente sotto il profilo della sua condizione sociale, segnatamente il genere e l'età.

Per quanto concerne, invece, l'accoglienza ed il trattenimento sono le questure ad occuparsi della collocazione dei richiedenti asilo rispettiva-

⁸ Le Commissioni territoriali sono state istituite con la legge n. 189 del 30 luglio 2002 (c.d. "legge Bossi-Fini"), col compito di affiancare la Commissione nazionale per il diritto di asilo che attualmente svolge funzioni di coordinamento e controllo delle Commissioni territoriali.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

mente nei CARA (Centri di accoglienza dei richiedenti asilo), per le ipotesi di cui all'art. 20 del d.lgs n. 25/2008⁹ e nei CIE (Centri di identificazione ed espulsione) per i casi di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 25/2008¹⁰.

⁹ Ai sensi dell'art. 20: «1. Il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda. 2. Il richiedente è ospitato in un centro di accoglienza richiedenti asilo nei seguenti casi: a) quando è necessario verificare o determinare la sua nazionalità o identità, ove lo stesso non sia in possesso dei documenti di viaggio o di identità, ovvero al suo arrivo nel territorio dello Stato abbia presentato documenti risultati falsi o contraffatti; b) quando ha presentato la domanda dopo essere stato fermato per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo; c) quando ha presentato la domanda dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare; d) quando ha presentato la domanda essendo già destinatario di un provvedimento di espulsione adottato ai sensi dall'articolo 13, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, ovvero di un provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, anche se già trattenuto in uno dei centri di cui all'articolo 14 del medesimo decreto legislativo. 3. Nel caso di cui al comma 2, lettera a), il richiedente è ospitato nel centro per il tempo strettamente necessario agli adempimenti ivi previsti e, in ogni caso, per un periodo non superiore a venti giorni. Negli altri casi il richiedente è ospitato nel centro per il tempo strettamente necessario all'esame della domanda innanzi alla commissione territoriale e, in ogni caso, per un periodo non superiore a trentacinque giorni. Allo scadere del periodo di accoglienza al richiedente è rilasciato un permesso di soggiorno temporaneo valido tre mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda. 4. La residenza nel centro non incide sull'esercizio delle garanzie inerenti alla sua domanda, né sulla sfera della sua vita privata, fatto salvo il rispetto delle regole di convivenza previste nel regolamento di cui al comma 5, che garantiscono comunque la facoltà di uscire dal centro nelle ore diurne. Il richiedente può chiedere al prefetto un permesso temporaneo di allontanamento dal centro per un periodo di tempo diverso o superiore a quello di uscita, per rilevanti motivi personali o per motivi attinenti all'esame della domanda, fatta salva la compatibilità con i tempi della procedura per l'esame della domanda. Il provvedimento di diniego sulla richiesta di autorizzazione all'allontanamento è motivato e comunicato all'interessato ai sensi dell'articolo 10, comma 4. 5. Con il regolamento di cui all'articolo 38 sono fissate, le caratteristiche e le modalità di gestione, anche in collaborazione con l'ente locale, dei centri di accoglienza richiedenti asilo, che devono garantire al richiedente una ospitalità



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

La situazione dei richiedenti asilo in Italia pone una serie di problemi di cui a vario titolo si sono occupati importanti organismi internazionali operanti nel settore. Un rilievo del tutto particolare è, ovviamente, da attribuire alle posizioni assunte al riguardo dall'UNHCR, consacrate nel testo *Recommendations on Important Aspects of Refugee Protection in Italy*, July 2013¹¹.

In particolare, il documento si sofferma sull'accesso alla procedura di richiesta di asilo, sottolineando le difficoltà dal punto di vista organizzativo (mancanza di informazioni e di assistenza legale, oltreché ostacoli di

che garantisca la dignità della persona e l'unità del nucleo familiare. Il regolamento tiene conto degli atti adottati dall'ACNUR, dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea. L'accesso alle strutture è comunque consentito ai rappresentanti dell'ACNUR, agli avvocati ed agli organismi ed enti di tutela dei rifugiati con esperienza consolidata nel settore, autorizzati dal Ministero dell'interno».

¹⁰ L'art. 21 prevede che: «1. È disposto il trattenimento, nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, del richiedente: a) che si trova nelle condizioni previste dall'articolo 1, paragrafo F, della Convenzione di Ginevra; b) che è stato condannato in Italia per uno dei delitti indicati dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; c) che è destinatario di un provvedimento di espulsione, salvo i casi previsti dall'articolo 20, comma 2, lettera d). 2. Il provvedimento di trattenimento è adottato dal questore con le modalità di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Quando è già in corso il trattenimento, il questore chiede al tribunale in composizione monocratica la proroga del periodo di trattenimento per ulteriori trenta giorni per consentire l'espletamento della procedura di cui all'articolo 28. 3. L'accesso ai centri di permanenza temporanea e assistenza è comunque garantito ai rappresentanti dell'ACNUR, agli avvocati ed agli organismi di tutela dei rifugiati con esperienza consolidata nel settore autorizzati dal Ministero dell'interno».

¹¹ Il documento è consultabile sul sito www.unhcr.org.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

natura amministrativa) presenti nei CIE, che possono anche determinare il rischio che il richiedente venga rimpatriato prima ancora che venga esaminata la sua domanda di asilo¹². L'UNHCR è altrettanto critico con riferimento alla durata della procedura, nonostante l'incremento degli organi competenti ad esaminare le richieste di asilo (le c.d. commissioni territoriali)¹³. In proposito l'UNHCR, pur esprimendo un giudizio positivo sulle norme italiane in materia di procedura di asilo e sul lavoro delle commissioni territoriali, auspica che l'Italia si doti di un «mechanism of systematic quality monitoring» che assicuri un approccio uniforme nell'operato delle varie commissioni territoriali e capace di fornire «*minimum quality standards, particularly on procedural aspects*»¹⁴. Proprio con riferimento alle suddette commissioni l'UNHCR rileva alcune problematicità in merito alla loro composizione, nella misura in cui non è previsto che i membri debbano soddisfare i requisiti di competenza ed

¹² UNHCR, *Recommendations on Important Aspects of Refugee Protection in Italy*, July 2013, p. 6: «Difficulties in accessing the asylum procedure also continue to be reported from Expulsion and Identification Centers (CIEs), due to lack of legal information and assistance as well as administrative obstacles. Moreover, the lack of standard procedures concerning asylum applications by persons detained in CIE have led, in some instances, to delays in the transmission of asylum applications to the competent Immigration Office. These delays may expose asylum-seekers to the risk of repatriation prior to consideration of their asylum applications, which could create the risk of refoulement».

¹³ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects...*, cit., p. 7: «Currently, as an average and based on UNHCR observation, an asylum-seeker may wait approximately 4 to 6 months from registration of the asylum application until the decision from a Territorial Commission. In some cases, waiting periods lasting over 12 months have been reported».

¹⁴ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects*, cit., p. 8.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

esperienza in materia di asilo e non è altresì disposta l'incompatibilità del loro mandato con l'esercizio di altre funzioni¹⁵.

Passando a esaminare le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, l'UNHCR sottolinea il forte aumento del numero dei richiedenti asilo avvenuto a seguito dell'emergenza nord-africana. Ciò ha determinato un sovrappollamento nei centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) con conseguente degrado delle condizioni di accoglienza. A tal proposito, l'UNHCR raccomanda al governo italiano di effettuare un'armonizzazione della normativa in materia di accoglienza che tenga conto delle differenze tra le varie tipologie di centri esistenti (CARA, SPRAR, ecc.)¹⁶ e della differente posizione tra il richiedente asilo ed il rifugiato¹⁷, nonché delle singole

¹⁵ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects*, cit., p. 8: «As regards the Territorial Commissions, it should be noted that members are not required by law to possess prior experience and expertise in the field of asylum and they sometimes fill other positions during their tenure as members of Territorial Commissions. The specialization of decision-makers and interpreters are not adequately guaranteed through regular induction and compulsory trainings».

¹⁶ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects*, cit., p. 20: «Reception conditions and standards in all reception facilities need to be harmonized at an acceptable level of quality. Given the structural differences between the various types of facilities (CARAs, CDAs, SPRAR projects, metropolitan area facilities and facilities established in the context of the emergency reception plan), the current approach could be reviewed in order to ensure adequate standards for all asylum seekers. Such a review should also examine ways to avoid hosting asylum-seekers in large facilities for long periods of time».

¹⁷ UNHCR, *Recommendations on Important Aspects*, cit., p. 20: «Measures are also needed to ensure services provided to asylum-seekers and refugees are tailored to their distinct needs, offering the former the assistance they need pending a decision on their status, whilst providing refugees with the support they require to facilitate their integration in Italian society».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

condizioni dei soggetti interessati, che possono avere esigenze diverse in ragione dell'età, del sesso, dello stato di salute, ecc.

Proprio in conseguenza di tali problematiche del sistema italiano in materia di accoglienza dei richiedenti asilo e di procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato, sono allo studio del nostro Parlamento dei disegni di legge sulla protezione umanitaria ed il diritto di asilo¹⁸. L'obiettivo che il legislatore intende perseguire (anche per dare seguito alla riserva di legge di cui all'art. 10 della nostra Costituzione¹⁹) è quello di riunire in un unico testo di riferimento la normativa fin qui prodotta e di ampliare le categorie di beneficiari della protezione, nonché di rendere più equa la procedura di riconoscimento.

Da più parti, infatti, è auspicato un intervento legislativo di tale tenore e, proprio, sotto gli auspici dell'UNHCR è stato elaborato un documento dal titolo *Tavolo sull'Asilo: Proposte per una futura legge organica*²⁰, con l'ausilio di associazioni ed enti a vario titolo impegnati nel settore²¹.

¹⁸ Si segnalano a tale proposito i seguenti documenti: N. 1238-1554-1738-3847-3857-3883-A.C.; N. 1570 A.S.; N. 3546 A.C., consultabili sul sito www.parlamento.it.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 10, 3° comma della Costituzione: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

²⁰ Consultabile sul sito www.unhcr.it.

²¹ Associazione Nazionale dei Comuni Italiani (ANCI) – Servizio Centrale del Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati, ARCI, Caritas, Casa dei Diritti Sociali/Focus, Centro Astalli/JRS, Comunità di Sant'Egidio, Consiglio Italiano per i Rifugiati (CIR), Consorzio Italiano di Solidarietà (ICS), Servizio Rifugiati e Migranti - Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia, Medici Senza Frontiere (MSF), Senzaconfine, Servizio Sociale Internazionale - in collaborazione con Amnesty International.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nel documento in oggetto, dopo avere sottolineato come «La mancanza di una legge organica in materia di asilo comporta, sotto vari profili, gravi difficoltà non solo per i richiedenti asilo e rifugiati, ma anche per gli stessi operatori chiamati ad applicare una normativa lacunosa e talvolta contraddittoria», si pongono i punti fondamentali che la legge dovrebbe disciplinare e che riguardano le differenti posizioni dei richiedenti asilo e dei rifugiati sia sotto il profilo dell'accoglienza che del procedimento di esame delle domande con le relative garanzie procedurali. Rilevante appare il riferimento al rispetto della normativa internazionale nella parte in cui si afferma che «una legge organica in materia di asilo dovrebbe essere inserita nel contesto più ampio della normativa sugli stranieri in generale ed altresì riflettere gli obblighi internazionali assunti dall'Italia in base *inter alia* alla Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* di rifugiato ed alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

3. Recenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla situazione dei richiedenti asilo in Italia

Proprio con riferimento al trattamento dei richiedenti asilo da parte dello Stato italiano viene in rilievo la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Occorre preliminarmente sottolineare che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non contiene alcuna norma che espressamente ponga il divieto di respingimento di un individuo verso uno Stato in cui corra il rischio di subire trattamenti crudeli,



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

inumani o degradanti. Tuttavia, come è noto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha fatto ricorso alla c.d. protezione *par ricochet*, ampliando considerevolmente la portata dell'art. 3 della Convenzione («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene inumane o degradanti»). Il diritto di un individuo a non subire tale tipo di trattamento, infatti, non può incontrare alcun limite e non conosce alcuna deroga. Uno Stato che proceda all'extradizione o al respingimento verso un Paese in cui la persona oggetto del provvedimento rischia di essere sottoposta a tortura o trattamento inumano o degradante commette violazione dell'art. 3 della Convenzione (Saccucci 2011, Cherubini 2012).

Su questi temi e, più in generale, sulla situazione dei richiedenti asilo in Italia si sono pronunciati recentemente i giudici di Strasburgo.

Con sentenza del 21 ottobre 2014 relativa al caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*²², la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 4, Protocollo 4 (divieto di espulsioni collettive di stranieri) e dell'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti). L'Italia è stata condannata, altresì, per avere violato l'art. 13 sul diritto ad un ricorso effettivo, in combinato disposto con gli altri due articoli.

I fatti all'origine del caso riguardano 35 ricorrenti (32 cittadini afgani, 2 cittadini sudanesi, un cittadino eritreo) che avevano lasciato i propri Stati per cercare rifugio e protezione in uno dei Paesi dell'Unione europea. I 35 ricorrenti giunsero, in momenti diversi, tra il 2007 e il 2008, in varie città italiane (Bari, Ancona e Venezia), passando prima dalla Gre-

²² Questa e le altre sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo citate nel testo sono consultabili sul sito www.coe.int.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

cia. Le autorità italiane respinsero i ricorrenti verso la Grecia, Paese di prima accoglienza. Degli originari 35 ricorrenti solo una parte ha mantenuto i contatti con il proprio legale rappresentante e, pertanto, solo con riferimento a questi la Corte di Strasburgo si è pronunciata, ritenendo che gli altri non avessero più l'interesse a proseguire nel giudizio.

Con riferimento alle constatazioni fatte nei confronti del comportamento delle autorità italiane, la Corte ha analizzato le singole presunte violazioni, partendo dall'art. 4 del Protocollo 4. Dopo avere richiamato la sentenza relativa al caso *Hirsi e altri c. Italia* del 23 febbraio 2012²³, la Corte ricorda l'impossibilità per le Parti contraenti di ricorrere a pratiche incompatibili con la Convenzione e con i suoi Protocolli neanche di fronte alle difficoltà che hanno gli Stati (come è appunto il caso dell'Italia) di gestire i flussi migratori e i richiedenti asilo²⁴. Pertanto, l'Italia rinviando in Grecia

²³ Sul tema dei respingimenti operati dall'Italia v. Palmisano (2009), Maccioni (2012), Terrasi (2009); Di Filippo (2012, 110) in cui, a proposito della sentenza relativa al caso *Hirsi*, si legge: «Occorre (...) sottolineare che la Corte europea dei diritti umani ha recentemente affermato che il divieto di espulsioni collettive previsto nell'art. 4 Protocollo CEDU n. 4 include il divieto di svolgere operazioni di intercettazioni in alto mare e di forzata riconduzione al Paese di partenza, senza aver proceduto ad alcun accertamento dell'identità e della situazione individuale delle persone interessate. Ne consegue che, per lo meno nell'ambito europeo, le pratiche di c.d. respingimento collettivo in alto mare (o quelle in frontiera) sono contrarie a una norma internazionale (nella specie, l'art. 4 Prot. N. 4) senza che sia necessario dimostrare che nel Paese verso cui sono ricondotte le persone sussista un grave rischio di subire uccisioni arbitrarie, torture o trattamenti vietati». Sul caso *Hirsi v. Cellamare* (2012), Lenzerini (2012), Liguori (2012), Villani (2012), Mori (2014).

²⁴ A tale proposito la Corte afferma: «Sans remettre en cause ni le droit dont disposent les États d'établir souverainement leur politique en matière d'immigration, éventuellement dans le cadre de la coopération bilatérale, ni les obligations découlant de leur appartenance à l'Union européenne, la Cour entend souligner que les difficultés qu'ils



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

i ricorrenti, in virtù della regola di cui al regolamento Dublino, che affida allo Stato membro dell'Unione europea in cui avviene il primo ingresso la competenza ad esaminare la richiesta di asilo, ha compiuto un'espulsione collettiva e indiscriminata violando così l'art. 4 del Protocollo 4.

Sulla violazione dell'art. 3, la Corte richiama sia la citata sentenza relativa al caso *Hirsi*, sia la sentenza relativa al caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011 sotto il profilo dell'obbligo che incombe allo Stato che intende procedere al respingimento di assicurarsi, seppure nel quadro del sistema di Dublino, che il Paese di destinazione offra adeguate garanzie che la persona respinta non sia successivamente inviata nello Stato di origine senza che vi sia stata una valutazione dei rischi che potrebbe correre in tale ultimo Paese.

Già nella sentenza relativa al caso *M.S.S.*, i giudici di Strasburgo avevano condannato il Belgio per lo stesso tipo di violazione. Allo stesso modo, nel caso in oggetto, l'Italia non avrebbe potuto procedere all'espulsione dei ricorrenti verso la Grecia senza una preventiva indagine sulla politica e sulla normativa in materia di asilo vigente nell'ordinamento greco. Tale analisi, infatti, sarebbe stata volta a verificare se vi fossero o meno dei rischi per i ricorrenti di essere espulsi dalla Grecia verso il loro Paese di provenienza dove avrebbero rischiato di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti²⁵.

peuvent rencontrer dans la gestion des flux migratoires ou dans l'accueil des demandeurs d'asile ne sauraient justifier le recours à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles» (par. 224).

²⁵ Si tratta dell'ipotesi del cosiddetto "*refoulement indirect*", descritto anche nei citati casi *M.S.S* e *Hirsi* e sul quale la Corte così si esprime: «il appartient à l'État qui procède



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

La Corte, dopo avere accertato, nel caso di specie, la violazione da parte della Grecia dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 in ragione della mancanza nel sistema greco di una possibilità di accedere alla richiesta di asilo e del rischio per i ricorrenti di essere espulsi verso l'Afghanistan con la conseguenza di essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, ritiene che, con riferimento al comportamento delle autorità italiane, non possa che concludere nel senso della responsabilità dell'Italia per violazione dell'art. 3 nei riguardi dei 5 ricorrenti afgani, collettivamente respinti verso la Grecia (parr. 234 e 235)²⁶.

Da segnalare che, a pochi giorni di distanza dalla pronuncia in oggetto, la Corte, con sentenza del 4 novembre 2014, relativa al caso *Tarakhel c. Svizzera*, torna a occuparsi della situazione dei richiedenti asilo in Italia. Anche in questo caso i giudici di Strasburgo stabiliscono che la statuizione di cui al Regolamento Dublino non può derogare all'obbligo per gli Stati parti contraenti della CEDU di garantire sempre il rispetto dei

au refoulement de s'assurer, même dans le cadre du système de Dublin, que le pays de destination offre des garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'elle court» (par. 232).

²⁶ In particolare, al par. 234 la Corte così si pronuncia: «Quant à la responsabilité de l'Italie découlant du refoulement des requérants vers la Grèce, la Cour ne voit pas de raison valables de s'écarter des conclusions auxquelles elle est parvenue dans l'arrêt M.S.S. c. Belgique et Grèce, précité (§§344-359) à l'égard de la Belgique. De surcroît, alors que dans l'arrêt M.S.S. c. Belgique et Grèce (ibidem) la Cour avait tout de même constaté que le requérant avait pu bénéficier de diverses formes d'examen individuel de sa situation par les autorités belges et de suivi de celle-ci après son refoulement vers la Grèce, rien de similaire ne se trouve établi dans la présente affaire, où les requérants ont été victimes d'expulsion collectives».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

diritti umani. Pertanto, il rinvio di uno o più migranti verso lo Stato membro dell'Unione in cui era avvenuto il primo ingresso deve avvenire solo dopo un'accurata indagine sulla situazione individuale dei singoli individui e solo dopo avere adeguatamente esaminato il sistema di asilo previsto nello Stato verso cui si vuole operare il respingimento.

I fatti all'origine del ricorso risalgono al luglio 2011, quando una famiglia di origine afgana (i genitori con 6 figli minorenni) sbarca sulle coste calabre e, successivamente, viene trasferita in un CARA di Bari. Da qui la famiglia, abbandonando il centro di accoglienza, si trasferisce in Austria ed in tale Stato presenta richiesta di asilo, che, però, viene respinta dalle autorità austriache, in quanto, essendo stata accertata la provenienza dall'Italia, quest'ultimo è lo Stato competente ad esaminare la domanda. A questo punto i ricorrenti lasciano l'Austria per trasferirsi in Svizzera dove presentano una nuova richiesta. La Svizzera adotta un provvedimento di espulsione verso l'Italia e i ricorrenti, dopo aver esaurito le vie di ricorso interne previste dall'ordinamento elvetico, si rivolgono alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione degli artt. 3, 8 e 13 della CEDU.

La Corte non accoglie il ricorso per presunta violazione dell'art. 8 e si pronuncia sulle altre due doglianze.

Per accertare la presunta violazione dell'art. 3 i giudici di Strasburgo si trovano a dover effettuare un'indagine sul sistema previsto dall'ordinamento italiano in materia di accoglienza dei richiedenti asilo.

In particolare, tale indagine avviene prendendo in esame tre aspetti. Un primo aspetto riguarda la durata della procedura di identificazione, con riferimento alla quale la Corte non constata, nel caso di specie, alcun ritardo da parte delle autorità italiane, essendosi conclusa dopo dieci giorni dall'arrivo dei ricorrenti sul territorio italiano.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

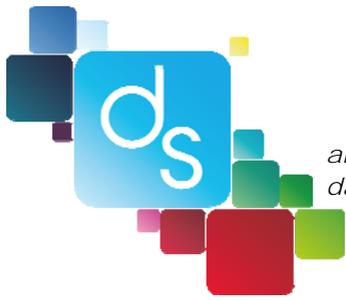
Un secondo aspetto riguarda la capienza dei centri di accoglienza. Con riferimento a tale questione la Corte non può che rilevare quanto sia complesso e variegato il sistema di accoglienza in Italia e quanto sia, comunque, insufficiente a garantire un posto all'interno delle varie strutture ad ogni richiedente asilo.

Infine, l'ultimo aspetto preso in esame dalla Corte attiene alle condizioni in cui versano i migranti nelle strutture di accoglienza, avvalendosi delle Raccomandazioni dell'UNHCR del 2013, riguardanti importanti aspetti della protezione dei rifugiati in Italia e del Rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa del 2012. Pur nelle difficoltà oggettive date dall'elevato numero di migranti, in tali documenti si sottolineano gli sforzi fatti dall'Italia per fronteggiare la situazione.

Pertanto, la Corte rileva che non si può minimamente paragonare l'accoglienza italiana a quella greca che era stata alla base della decisione nel caso *M.S.S.*

Resta, però, il fatto che esistono in Italia problemi di sovraffollamento dei centri di accoglienza che possono determinare il rischio che non vi sia un posto per tutti i richiedenti asilo e che vengano sacrificati il diritto alla *privacy*, o il diritto ad un ambiente salubre e sicuro, ovvero altri diritti di portata ancora più rilevante (par. 115).

Passando ad esaminare il comportamento delle autorità italiane con riferimento alla valutazione delle singole posizioni dei richiedenti asilo, la Corte sottolinea la presenza, nel caso di specie, di minori. Circostanza questa che fa sì che l'accoglienza che l'Italia si impegna a fornire avrebbe dovuto essere adeguata all'età dei soggetti e avrebbe dovuto, altresì, garantire l'unità della famiglia. Sul punto, invece, l'Italia si è limitata a comunicare alla Svizzera il luogo in cui sarebbe stata prestata



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

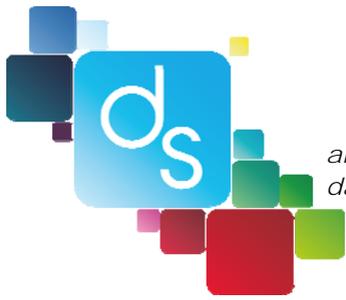
l'accoglienza, individuandolo in un centro di Bologna sostenuto dal Fondo europeo per i rifugiati. La Corte ritiene che tale semplice comunicazione sia insufficiente (par. 121), dichiarando, pertanto, che la Svizzera compierebbe una violazione dell'art. 3 laddove inviasse i ricorrenti in Italia in assenza di garanzie da parte italiana sulla congruità delle condizioni di accoglienza alla minore età dei richiedenti asilo ed alla necessità di tutelare l'unità familiare.

Pertanto, si può ritenere che la Corte, in materia di trattamento dei richiedenti asilo, ponga sempre come base essenziale ai governi per ogni loro scelta a riguardo, la condizione di tutelare i diritti umani e di evitare provvedimenti che costituirebbero anche solo un rischio di possibile violazione di tali diritti.

4. Conclusioni

La citata giurisprudenza della Corte di Strasburgo pone in evidenza un dato fondamentale: la tutela del richiedente asilo rientra nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani. La salvaguardia dei diritti fondamentali deve essere sempre il primo obiettivo degli Stati e non può mai cedere il passo di fronte ad altri precetti normativi. Ed è proprio in tale orientamento che si inserisce la Convenzione di Ginevra, rivelandosi nella sua importante attualità.

Già il dato che la Convenzione di Ginevra continua, ad oggi, a essere richiamata nella principale normativa di riferimento (nazionale ed euro-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

pea²⁷) in materia di politiche di asilo e nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (fino alle più recenti), induce a ritenere che la Convenzione sia ancora uno strumento cui occorre ispirarsi. Del resto, è la stessa Convenzione a prevedere che il suo contenuto costituisca uno *standard* minimo di tutela per i rifugiati, che possono, comunque, beneficiare di una protezione più ampia laddove quest'ultima sia prevista da altri strumenti di tutela dei diritti umani. Ciò appare pienamente in linea anche con un dato di tipo formale che attiene al contenuto "essenziale" delle fattispecie previste nella Convenzione e dei diritti ivi garantiti. Contenuto che, dovendosi adeguare al mutato contesto sociale, politico e storico rispetto alla data di approvazione della Convenzione, può bene essere ampliato per via interpretativa, anche andando a ricomprendere, per esempio, categorie di beneficiari dello *status* di rifugiato non espressamente previste nel testo convenzionale, come è il caso dell'esodo di numerosi gruppi di persone che fuggono dai loro Paesi in cui sono in atto conflitti armati.

Del resto, sebbene si sia detto come i diritti previsti nella Convenzione si riferiscano a coloro i quali hanno già acquisito lo status di rifugiato, è dallo spirito del testo convenzionale, alla luce del suo oggetto e del suo scopo, che si deduce il rispetto dei diritti umani anche nei confronti dei richiedenti asilo.

Vero è che le situazioni di particolare gravità sono molto difficili da gestire da parte degli Stati di accoglienza (come è, appunto, il caso dell'Italia

²⁷ Per la disciplina dell'Unione europea in materia si rinvia al contributo di Anna Pitrone, qui pubblicato.

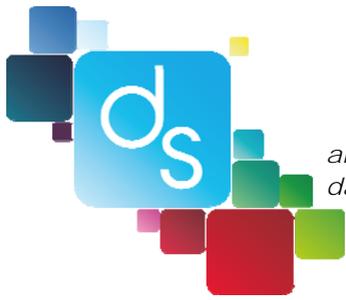


anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

a seguito dell'emergenza nord-africana), ma è altrettanto vero che la richiesta di asilo, proprio per la delicatezza della situazione che si intende tutelare, contiene in sé la necessità che venga esaminata in tempi brevi e con una procedura facilmente accessibile da parte dell'interessato, il quale è, in ogni caso, titolare dei diritti umani fondamentali e, in caso di accoglimento della domanda di asilo, potrà immediatamente beneficiare dei diritti connessi allo *status* di rifugiato previsti nella Convenzione di Ginevra.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Bibliografia

Benvenuti, P. (2006), *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano: Giuffrè, pp. 151-172.

Cellamare, G. (2012), *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2-3, pp. 491-508.

Cherubini, F. (2012), *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari: Cacucci.

Di Filippo, M. (2012), *L'ammissione di cittadini stranieri*, in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (cur.), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova: Cedam, pp. 81-126.

Franchini, C. (2011), *Lo status di rifugiato nella Convenzione di Ginevra*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova: Cedam, pp. 73-103.

Lenzerini, F. (2012), *Il principio del non refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, pp. 721-761.

Liguori, A. (2012), *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di diritto internazionale*, pp. 415-443.

Maccioni, V. (2012), *Respingimenti in mare e diritti umani dei migranti (Nota a sentenza)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, p. 740 ss.

Mori, P. (2014), *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, pp. 127-144.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Palmisano, G. (2009), *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, pp. 509-539.

Saccucci, A. (2011), *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova: Cedam, pp. 147-184.

Salerno, F. (2010), *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4, p. 487 ss.

Saulle, M.R. (2002), *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, Roma: La Sapienza Editrice.

Terrasi, A. (2009), *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, pp. 591-607.

Villani, U. (2012), *Osservazioni sulla sentenza Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2, p. 5.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Abstract

The Geneva Convention on Refugees Status and Protection of Asylum Seekers in Italy

The Geneva Convention on refugees status is still an important document of international law, especially for the questions concerning the definition of refugee and the principle of non refoulment. There aren't in the Convention norms relating the treatment of asylum seekers. This is an important question of actuality, above all for those countries (like Italy) of destination of migration flows. In Italy there are a lot of problems in the reception system of asylum seekers and European Court of Human Rights has condemned our State in several judgments. The respect of Geneva Convention and of European Convention of Human Rights always imposes the supremacy of fundamental rights for each person in all circumstances.

Keywords: asylum seekers, Geneva Convention, refugees, human rights, international law.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Sugli obblighi internazionali in materia di salvataggio di migranti in mare e sulla necessità di adottare misure europee di solidarietà

di Francesco Battaglia *

1. Considerazioni introduttive

Nel corso degli ultimi dieci anni si è verificato un continuo aumento dei flussi migratori lungo l'asse centro-mediterraneo, cioè quello che ha come punto di partenza i Paesi dell'Africa settentrionale, prevalentemente Libia e Tunisia, e come destinazione le coste meridionali europee, in particolare l'Italia, il cui principale porto di sbarco è Lampedusa, e Malta.

Questo *trend*, ad eccezione del 2009, quando, a seguito dell'Accordo di Bengasi fra Italia e Libia¹, il numero di migranti giunti in Italia si è ri-

* Dottore di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani - Università di Roma "Sapienza". Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).

¹ *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamaheiria araba libica popolare socialista*, Bengasi, 30 agosto 2008; ratificato con la l. n. 7 del 6 Febbraio 2009; pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, n. 40 del 18 febbraio 2009.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

doto in maniera considerevole, dal 2005 al 2011 ha visto una crescita costante, con un contenuto aumento annuo dei flussi. A partire dal 2011, invece, con il radicamento dei movimenti di rivolta della c.d. Primavera araba, che hanno determinato l'avvio di conflitti interni e mutamenti di regime in Egitto, Libia e Tunisia, il numero di migranti che ha tentato di attraversare il Mediterraneo è cresciuto a dismisura², in proporzioni sempre maggiori di anno in anno. Questa situazione di emergenza, che con il passare degli anni ha assunto un carattere consolidato più che eccezionale, si è ulteriormente aggravata negli ultimi due anni. Basti notare che, rispetto ai circa 60.000 migranti giunti nell'UE tramite le rotte mediterranee nel 2013, dei quali più di 40.000 sono arrivati in Italia, la cifra dei soli primi nove mesi del 2014 è quasi triplicata, raggiungendo un totale di 160.000. Di questi, 120.000 sono sbarcati in Italia³. Tenendo conto dell'ulteriore peggioramento della situazione, non solo in Siria, ma

² L'*International Centre for Migration and Policy*, Europol e Frontex hanno condotto uno studio statistico che ha portato all'elaborazione di una mappa interattiva che mostra l'evoluzione dei flussi migratori, fino al 2013, dalle frontiere esterne meridionali verso l'Unione europea (V. www.imap-migration.org). La mappa mostra come delle quattro assi prese in considerazione, mediterraneo occidentale; mediterraneo centrale; mediterraneo orientale e balcanica, quella del mediterraneo centrale è la più consistente e, soprattutto è quella che negli ultimi anni ha registrato la crescita più importante.

V. anche *International Organization for Migration (IOM)*, *Fatal journeys: tracking lives lost during migration*, 2014.

³ Secondo un *report* dell'UNHCR, da gennaio ad ottobre 2014 circa 165.000 migranti hanno tentato di attraversare il mediterraneo, partendo da Libia e Tunisia, per raggiungere i porti maltesi e italiani, a fronte dei quasi 60.000 di tutto il 2013. V. UNHCR, *So close, yet so far from safety*, disponibile on line su: <http://www.unhcr.org/542c07e39.html> (ultimo accesso 13 ottobre 2014).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

in tutto il Medio-oriente, oltre che in alcuni Paesi africani, come la Libia, nei prossimi mesi, con ogni probabilità, il numero di persone che tenterà di lasciare il proprio Paese per provare a fare ingresso nell'Unione europea attraverso il Mediterraneo continuerà ad aumentare ulteriormente. A tal proposito, occorre sottolineare che l'Italia, sebbene per ragioni geografiche sia il principale Paese di destinazione, è considerata dalla larga maggioranza dei migranti come luogo di transito, dato che, di regola, i migrati poi proseguono verso altri Stati dell'UE.

A prescindere, comunque, dalla meta ambita, l'inevitabile conseguenza del continuo aumento del fenomeno migratorio irregolare attraverso la rotta centro-mediterranea, sono i sempre più frequenti naufragi che si verificano e che hanno portato questa porzione di mare a balzare agli onori della cronaca per l'impressionante numero di persone che ogni anno perde la vita nel tentativo di raggiungere le coste meridionali dell'Unione europea. Fra questi, il più drammatico, in termini numerici, è sicuramente quello dell'ottobre 2013, nel quale sono morte circa 400 persone. A seguito di tale evento, gli Stati membri dell'UE hanno cominciato a discutere sulle eventuali misure da adottare per evitare ulteriori tragedie. Tuttavia, l'Italia è stato l'unico Paese a prendere importanti misure al riguardo, con l'avvio dell'operazione *Mare Nostrum*, che ha cessato di essere attiva dal primo novembre 2014.

La decisione dell'Italia di sospendere *Mare Nostrum* e il continuo aumento di morti nel Mediterraneo, che nei soli primi nove mesi del 2014 ha superato il totale di quelli registrati nel 2013, impone una riflessione sugli obblighi, pattizi e consuetudinari, che sono in capo agli Stati in materia di ricerca e salvataggio, cioè quegli obblighi di natura positiva che gli Stati devono porre in essere per tutelare il diritto alla vita dei migran-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ti. In questo contesto, inoltre, occorrerà soffermarsi anche sulle politiche che l'Unione europea sta adottando a supporto degli Stati maggiormente interessati da questo complesso fenomeno migratorio. Sebbene, infatti, eguagli in termini numerici quello che interessa altri Stati dell'UE, come ad esempio la Germania, il fenomeno di cui si discute presenta delle caratteristiche peculiari tali da rendere necessario un maggiore sforzo, anche in termini economici, per tutelare la vita dei migranti. È, infatti, palese che la traversata via mare, essendo più insidiosa di quella via terra, esponga a maggiori rischi i migranti e renda più complicato ed oneroso organizzare le operazioni di ricerca e salvataggio. Questa particolare situazione, quindi, può indurre a chiedersi se, anche in applicazione del principio di solidarietà sancito dall'art. 80 TFUE, sia necessario o meno rafforzare, in termini operativi, l'intervento dell'UE a sostegno dell'Italia e degli altri Paesi interessati, con l'obiettivo di salvaguardare la vita delle centinaia di migliaia di persone che ogni anno, ammassati in condizioni inumane a bordo di barconi fatiscenti, rischiano la vita nel tentativo di raggiungere i confini dell'UE.

2. Il quadro normativo internazionale sul salvataggio in mare

Riprendendo le parole utilizzate dall'Assemblea generale del Consiglio d'Europa nella risoluzione 1821 del 2011, il salvataggio dei migranti è un atto di tale importanza e di così basilare umanità che non dovrebbe essere considerato semplicemente come un obbligo di natura giuridica,



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ma anche morale, anche se, ovviamente, ciò non comporta un ulteriore responsabilità da parte degli Stati⁴. Peraltro, l'obbligo di rendere assistenza alle imbarcazioni che si trovano in pericolo è sancito da diversi Trattati internazionali. Innanzitutto, è disciplinato dalla Convenzione sul diritto del mare, il cui articolo 98, par. 1 dispone che «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa; c) presti soccorso, in caso di abbordo, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e qual è il porto più vicino presso cui farà scalo⁵». Questa disposizione, quindi, non prevede un obbligo di intervento diretto da parte dello Stato. Quest'ultimo, infatti, deve semplicemente garantire che le navi battenti la propria bandiera, qualora si trovino in presenza di un'imbarcazione in pericolo, intervengano tempestivamente per prestare assistenza. A tal fine, tuttavia, lo Stato dovrebbe porre in essere tutte le condizioni necessarie per favorire il soccorso. Fra queste, ad

⁴ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants*, Resolution 1821 (2011), 21 June 2011.

⁵ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, Montego Bay, 10 December 1982, entered into force on 16 November 1994. La Convenzione conta 166 Parti contraenti, di cui 155 Stati e l'UE.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

esempio, quella di garantire che il comandante delle nave che eventualmente rende assistenza non rischi di risultare penalmente responsabile di favoreggiamento all'immigrazione clandestina, per aver trasportato i migranti irregolari dal mare internazionale al territorio di uno Stato⁶. Negli ultimi anni, infatti, non sono mancati i casi in cui non è stato prestato il soccorso dovuto per il timore di una simile conseguenza o, ancor peggio, che nei confronti dei comandanti di alcune imbarcazioni che hanno prestato soccorso siano stati avviati i procedimenti penali⁷.

Su quest'aspetto, proprio dopo il tragico evento dell'ottobre 2013, ha richiamato l'attenzione il Parlamento europeo, che tramite la risoluzione 2827 ha invitato gli Stati membri «a modificare o a rivedere eventuali normative che infliggono sanzioni a coloro che prestano assistenza ai migranti in peri-

⁶ A proposito di salvataggio in mare da parte di imbarcazioni private, agli inizi di novembre ha terminato le proprie attività l'unica nave privata allestita con l'obiettivo specifico di salvare vite in mare. Si tratta della Phoenix, un'imbarcazione di 40 metri di proprietà della *Migrant Offshore Aid Station* (MOAS), fondazione creata da una famiglia maltese che ha deciso, anche se per un periodo di soli due mesi, di impegnarsi per prestare soccorso ai migranti in pericolo in mare. V. in proposito http://www.repubblica.it/cronaca/2014/11/11/news/noi_la_famiglia_che_ha_salvato_dalla_morte_in_mare_tremila_migranti-100247661/ (ultimo accesso 12 gennaio 2016).

⁷ Si veda, ad esempio il caso della *Cap Anamur*, un'imbarcazione, qualificata come *cargo ship* e al contempo "nave umanitaria", battente bandiera tedesca che il 20 giugno 2004 ha prestato soccorso a un'imbarcazione di 37 migranti irregolari e li ha trasportati fino a Porto Empedocle. In quella circostanza, al Capitano della Nave, al Primo ufficiale ed al Presidente dell'associazione *Cap Anamur*, proprietaria della nave, è stato contestato il reato di compimento di attività dirette a favorire l'immigrazione clandestina (art. 110 c.p. e art. 12 comma 1, 3 e 3-bis d.lgs. n. 286/98), modificato dalla legge n. 189/2002). Nei loro confronti il pubblico ministero aveva chiesto 4 anni di reclusione, 400.000 euro di multa e il sequestro della nave. V. Trib. Agrigento, I sez. pen., 7 ottobre 2009, n. 1122/06.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

colo in mare» e la Commissione «a rivedere la direttiva 2002/90/CE del Consiglio volta a definire le sanzioni in caso di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, al fine di chiarire che la prestazione di assistenza umanitaria ai migranti che si trovano in pericolo in mare va considerata positivamente e non costituisce in alcun modo un'azione sanzionabile»⁸. In termini simili, anche l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, in una risoluzione del 24 gennaio 2014, ha invitato gli Stati «to abolish factors which dissuade private vessels from carrying out rescues, by ensuring that the people rescued will be allowed to land quickly and by ending the threat of prosecution on charges of aiding and abetting irregular immigration which give rise to moral and financial damages»⁹.

Tornando alla normativa internazionale vigente, oltre alla disposizione appena menzionata sulle azioni di salvataggio condotte dalle imbarcazioni private, la Convenzione sul diritto del mare prevede anche un obbligo di intervento diretto dal parte dello Stato costiero. Secondo il paragrafo 2 dell'art. 98, infatti, «ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali»¹⁰. Si tratta di obblighi abbastanza generi-

⁸ Risoluzione del Parlamento europeo *sui flussi migratori nel Mediterraneo, con particolare attenzione ai tragici eventi al largo di Lampedusa*, 23 ottobre 2013, 2013/2827(RSP).

⁹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1999, 24 January 2014. V. anche Resolution 1872, 24 April 2012.

¹⁰ Un simile obbligo è presente anche nella Convenzione per la salvaguardia della vita in mare (SOLAS) del 1974. International Convention for the Safety of Life at Sea, Lon-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ci, che per trovare concreta applicazione necessitano di un coordinamento, in ambito internazionale, fra i Paesi limitrofi, in modo da poter condurre efficacemente le operazioni di salvataggio qualora si verifichi una situazione di pericolo. Per questo motivo, entrambe le Convenzioni possono costituire solo una cornice giuridica di riferimento, che deve essere necessariamente completata da accordi che delineino in maniera più precisa gli obblighi in capo agli Stati. Al riguardo, la Convenzione sulla ricerca e il salvataggio (SAR), ha l'obiettivo appunto di creare un sistema di coordinamento fra gli Stati costieri limitrofi per garantire un efficiente sistema di ricerca e salvataggio, individuando per ciascuno Stato una specifica zona marittima di competenza all'interno della quale si assume la responsabilità di condurre tali operazioni¹¹.

Nonostante il quadro normativo di riferimento sia abbastanza ampio, recentemente, soprattutto a seguito della forte pressione migratoria dovuta alle numerose crisi internazionali degli ultimi anni, gli Stati costieri dell'Europa meridionale, in particolar modo Italia e Malta, sono state spesso in disaccordo su come interpretare tali disposizioni, manifestando dis-

don, 1 November 1974, Chapter V, regulation 15: «(a) Each Contracting Government undertakes to ensure that any necessary arrangements are made for coast watching and for the rescue of persons in distress at sea round its coasts. These arrangements should include the establishment, operation and maintenance of such maritime safety facilities as are deemed practicable and necessary having regard to the density of the seagoing traffic and the navigational dangers and should, so far as possible, afford adequate means of locating and rescuing such persons. (b) Each Contracting Government undertakes to make available information concerning its existing rescue facilities and the plans for changes therein, if any».

¹¹*International Convention on Maritime Search and Rescue*, Hamburg, 27 aprile 1979, entrata in vigore il 22 giugno 1985.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

senso quindi, sulla portata degli obblighi a cui sono vincolati¹². Come sottolineato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nonostante siano in vigore diversi strumenti convenzionali che disciplinano la materia in maniera soddisfacente, gli Stati non concordano sull'interpretazione da adottare, per cui sorgono controversie sugli obblighi ai quali sono soggetti. La stessa delimitazione delle rispettive zone SAR è stata oggetto di disputa fra Italia e Malta. Sebbene, infatti, la Convenzione SAR preveda che le aree di ricerca e salvataggio, istituite con accordo fra le Parti, debbano essere sufficientemente e contigue, quella italiana e quella maltese in alcuni punti si sovrappongono. Inoltre, la zona istituita dal governo della Valletta e, andando ben oltre il principio del «sufficientemente» ampia, ha un'espansione sproporzionata rispetto al territorio maltese, risultando circa settecento volte più vasta di quest'ultimo, anche se è evidente che quel governo non ha la capacità d'azione necessaria per controllare un'area così vasta.

A tal proposito, occorre notare che il governo maltese ha delimitato la zona SAR in modo da renderla perfettamente sovrapponibile alla sua *Flight Information Region (FIR)*¹³, già gestita dalla Gran Bretagna quando

¹² Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1821, 21 June 2011, par. 5: «The Assembly notes that measures to manage these maritime arrivals raise numerous problems, of which five are particularly worrying: 5.1. despite several relevant international instruments which are applicable in this area and which satisfactorily set out the rights and obligations of states and individuals applicable in this area, interpretations of their content appear to differ. Some states do not agree on the nature and extent of their responsibilities in specific situations and some states also call into question the application of the principle of non-refoulement on the high seas».

¹³ Convention on international civil aviation, Chicago, 7 December 1944, annex 11: «The world's airspace is divided into a series of contiguous flight information regions (FIRs) within which air traffic services are provided. [...] The prime objective of air traf-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Malta era un suo possedimento, dalla quale ricava un rilevante introito economico. Circa i motivi che hanno spinto Malta ad identificare una così vasta SAR si può osservare che, nonostante non vi sia alcun collegamento fra le area SAR e area FIR, Malta, qualora rinunciasse a parte della propria zona SAR, potrebbe ricevere pressioni internazionali per limitare anche l'area della FIR, subendo così un danno economico. Un'altra ipotesi sollevata, anche se priva, allo stato, di conseguenze giuridiche dirette, è che una zona SAR così vasta avrebbe rappresentato un vantaggio in prospettiva della futura delimitazione della Zona economica esclusiva (ZEE) e della piattaforma continentale.

Tuttavia, a prescindere dalle considerazioni che hanno portato a una simile decisione, la conseguenza di una regione SAR così ampia è che spesso le imbarcazioni in pericolo, pur trovandosi all'interno dell'area di competenza maltese, si trovano più vicino alle coste italiane, facendo sorgere una controversia fra i due governi relativamente allo Stato che deve intervenire per prestare soccorso e all'individuazione del c.d. porto sicuro dove devono essere accompagnati i migranti. Su questi aspetti, purtroppo, le norme internazionali non pongono obblighi precisi e, quindi, possono essere suscettibili di interpretazioni da parte degli Stati interessati tese ad escludere la propria responsabilità.

fic services, as defined in the Annex, is to prevent collisions between aircraft, whether taxiing on the manoeuvring area, taking off, landing, en route or in the holding pattern at the destination aerodrome. The Annex also deals with ways of expediting and maintaining an orderly flow of air traffic and of providing advice and information for the safe and efficient conduct of flights and alerting service for aircraft in distress. To meet these objectives, ICAO provisions call for the establishment of flight information centres and air traffic control units».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Quanto al primo aspetto, infatti, cioè all'avvio delle operazioni di salvataggio, ad esempio, la Convenzione SAR fa riferimento all'obbligo di cooperazione fra gli Stati costieri limitrofi, ma non indica con esattezza quello su cui grava la responsabilità d'intervento. A tal proposito, la convenzione - indica due criteri, apparentemente alternativi fra loro: a) quello della regione SAR all'interno della quale si trova l'imbarcazione in *distress*; e b) quello del Paese che per primo riceve la chiamata d'aiuto e che, quindi, viene a conoscenza della situazione di emergenza.

Dato che la convenzione non precisa esattamente come i detti criteri debbano essere applicati in caso di concorrenza, si pone il problema di individuare lo Stato responsabile nei casi in cui la richiesta di soccorso perviene ad uno Stato diverso da quello responsabile della regione SAR entro cui si trova l'imbarcazione¹⁴. In tali circostanze, avvenute di fre-

¹⁴ Nel 2011, ad esempio, un'imbarcazione in *distress* con a bordo 72 persone è stata per diversi giorni in avaria, senza ricevere concorso, perché né Malta né Italia, in applicazione dei due alternativi criteri, ritenevano di essere competenti ad agire. Nel caso in questione, tuttavia, l'imbarcazione pur trovandosi fuori da entrambe le regioni SAR, era riuscita a contattare il centro di coordinamento italiano che, grazie al supporto del centro maltese, ne aveva identificato la posizione. Nonostante ciò, si è deciso di non avviare alcuna azione perché nessuno dei due Stati si considerava responsabile. Secondo il governo maltese, infatti, non sarebbe spettato loro il compito di soccorrere l'imbarcazione, perché a ricevere per primo la chiamata di soccorso era stato il centro di coordinamento italiano, cioè il comando della Guardia Costiera. Il governo italiano, invece, ha sostenuto di essere esente da responsabilità perché l'imbarcazione non si trovava all'interno della propria zona SAR, ma in quella libica. Per questo motivo l'Italia avrebbe dovuto dare la priorità alle situazioni di emergenza, dati i continui sbarchi che si stavano compiendo in quel periodo nell'isola di Lampedusa, all'interno della propria zona SAR e non avrebbe potuto prestare adeguato soccorso all'imbarcazione in questione. V. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Lives lost in the Mediterranean sea: who is responsible?*, 29 March 2012.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

quente nel contesto migratorio che si sviluppa lungo l'asse centro-mediterraneo, ci si potrebbe domandare se lo Stato che riceve la chiamata d'aiuto abbia semplicemente il dovere di informare il governo competente o se, in particolar modo di fronte al rifiuto di quest'ultimo di intervenire, debba eventualmente far partire le operazioni di salvataggio, per tutelare la vita delle persone di cui conosce la condizione di pericolo. La Convenzione SAR, a tal proposito, si limita ad affermare che il Paese competente della regione di ricerca e salvataggio entro la quale si devono effettuare le operazioni di soccorso eserciterà la *primary responsibility for ensuring such co-ordination*¹⁵, lasciando, pertanto, ampi margini di interpretazione sulla questione. Un'eventuale mancanza di volontà o di possibilità del Paese di competenza, tuttavia, non dovrebbe escludere la responsabilità di altri Stati venuti a conoscenza della situazione, in particolar modo di quello che ha per primo ricevuto la richiesta di soccorso.

Nel caso specifico, fra l'altro, trattandosi di Paesi parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), si potrebbe ritenere che essi, una volta venuti a conoscenza della situazione, siano obbligati ad intervenire anche per garantire la tutela del diritto alla vita, stabilito dall'articolo 2 di tale fonte. In tal senso, anche qualora si trovino in acque internazionali, le imbarcazioni in *distress* potrebbero ricadere sotto la giurisdizione dello Stato, ai sensi dell'articolo 1 della CEDU, in virtù dell'avvenuta ricezione della chiamata di soccorso e dell'individuazione della posizione della barca in pericolo. L'essere venuto a conoscenza di una situazione in cui delle persone si trovano in una condizione di pericolo, che mette a rischio la

¹⁵*International Convention on Maritime Search and Rescue, cit.*, art. 3.1.9.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

loro vita, e non agire potrebbe, cioè, configurare la violazione per lo Stato parte degli obblighi positivi discendenti dall'art. 1 CEDU e più volte ribaditi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁶. Su quest'aspetto, tuttavia, è opportuno notare che, anche se la Corte europea non ha mai affrontato una fattispecie di questo tipo, in diverse circostanze ha tuttavia riconosciuto l'*extra-territorial jurisdiction* di Stati parte quando intercettano barche in alto mare. Conseguentemente, appare ipotizzabile che la ricezione della chiamata e l'individuazione dell'esatta posizione della barca, qualora si constati l'esistenza di un concreto rischio della vita dei migranti, sia suscettibile di far sorgere un obbligo di intervento.

Un altro elemento controverso della Convenzione SAR è quello del c.d. *place of safety*, cioè del porto sicuro dove condurre i migranti per considerare le operazioni di salvataggio concluse¹⁷. A tal proposito, il governo maltese in diverse circostanze ha ritenuto che le imbarcazioni soccorse, anche se in zona SAR maltese, dovessero essere accompagnate in Italia, perché, essendo questo il porto più vicino era anche quello da

¹⁶European Court of Human Rights, *Leyla Şahin v. Turkey*, 10 Novembre 2005, appl. N. 44774/98, par. 106. V. anche *Refah Partisi (the welfare party) and others v. Turkey*, 13 Febbraio 2003, appl. N. 41340/98, par. 103; *Leela Förderkreis E.V. and others v. Germany*, 6 Novembre 2008, appl. n. 58911/00, par. 99; *Calvelli and Ciglio v. Italy*, 17 gennaio 2002, appl. n. 32967/96, par. 49.

¹⁷European Court of Human Rights, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 Febbraio 2012, appl. n. 27765/09, par. 25-27. Sulla definizione di *place of safety* V. anche, *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, 20 May 2004, par. 6.12: «a place of safety can be defined as a location where rescue operations are considered to terminate, where the survivors' safety or life is no longer threatened, basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met and transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

doversi considerare come *sicuro* così come indicato dalla Convenzione SAR. Al contrario, il governo italiano ha sostenuto che le operazioni di sbarco debbano essere svolte nel Paese responsabile della regione SAR entro la quale si trova l'imbarcazione soccorsa.

Data la segnalata incertezza degli obblighi previsti dalla Convenzione SAR, nel 2009 l'IMO ha adottato delle linee guida sul salvataggio in mare nelle quali ha specificato che «if disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SRR *should* accept the disembarkation»¹⁸. Tali precisazioni, tuttavia, non sono servite a risolvere la disputa fra Italia e Malta relativamente alla definizione della nozione di "porto sicuro". A parte il fatto che, come ribadito più volte dal governo maltese, le linee guida non sono vincolanti, esse utilizzano una terminologia abbastanza imprecisa. In particolare, infatti, l'utilizzo della forma verbale «*should*» piuttosto che «*shall*», infatti, continua a lasciare agli Stati ampi margini di interpretazione degli obblighi loro incombenti.

L'incertezza giuridica delle norme in materia, in particolar modo quelle della Convenzione SAR, e l'incapacità degli Stati, nel caso in esame Malta ed Italia, di avviare una proficua cooperazione per salvare le vite dei migranti in mare ha spesso portato ad un eccessivo ritardo, sia nella fase di avvio che di conclusione, delle operazioni di salvataggio. Tale ritardo, in alcune circostanze, ha contribuito a rendere il numero di vittime più alto di quello che probabilmente si sarebbe avuto se si fosse

¹⁸ Facilitation Committee of the International Maritime Organization, 22 January 2009, FAL.3/Circ.194, *Principles relating to administrative procedures for disembarking persons rescued at sea*. Enfasi aggiunta.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

intervenuti in maniera tempestiva ed efficace. A fronte di tale situazione, nel corso della riunione del 2010 del sottocomitato sulla ricerca e il salvataggio dell'IMO, è stata avanzata la proposta di avviare i negoziati per concludere un «Regional Agreement on concerted procedures relating to the disembarkation of persons rescued at sea in the Mediterranean Basin», in forma di *Memorandum of Understanding*. Tuttavia, nel corso delle poche riunioni finora tenutesi, alle quali hanno partecipato Italia, Malta e Spagna, è emersa un'evidente difficoltà nel trovare un punto d'incontro fra gli Stati interessati, per cui sembra improbabile che l'accordo venga approvato in tempi rapidi¹⁹.

Se la situazione fra Italia e Malta dovesse continuare a restare quella di una totale assenza di collaborazione l'unica soluzione ipotizzabile per tutelare concretamente la vita delle persone che tentano di attraversare il Mediterraneo è che uno Stato si assuma l'onere di condurre le operazioni di salvataggio in maniera autonoma, a prescindere dalle zone di mare in cui si trovano le barche in pericolo²⁰. Questa ipotesi, per ovvie ragioni,

¹⁹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *The "Left-to-die" boat: actions and reactions, report of the Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons*, 26 April 2013, par. 96: «As I was informed in a letter from IMO of 7 February 2012, IMO took the initiative to help drafting a non-binding Memorandum of Understanding (MoU) on procedures to facilitate the disembarkation of the persons rescued in the Mediterranean Sea. Its objective is to improve the coordination of participating governments with regard to the provision of suitable ports or places of safety for survivors, as quickly as possible. It wouldn't create further obligations on State parties. By June 2013, in further correspondence, IMO informed that the consideration of a regional MoU had not been yet successful and that the drafting was still ongoing».

²⁰ Questa è la politica che ha seguito l'Italia dopo l'inizio dell'operazione *Mare Nostrum*. Basti pensare che nel 2013, su un totale di 281 imbarcazioni soccorse, in 66 occa-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

benché tuteli la vita delle persone, non sembra attuabile o quantomeno, anche se la si volesse adottare per affrontare una situazione di emergenza, non può avere natura permanente. Nel lungo periodo, infatti, occorre che gli Stati trovino un punto di incontro e che l'Unione europea adotti misure più efficaci per supportarli, in attuazione del principio di solidarietà.

Questa seconda strada, a parere di chi scrive, è quella che può permettere il raggiungimento di risultati effettivi. Sebbene, infatti, l'assunzione di responsabilità da parte dell'Italia, attraverso l'attivazione dell'operazione *Mare Nostrum*, abbia prodotto risultati apprezzabili in ambito di ricerca e salvataggio, c'è la necessità di un maggiore impegno anche da parte dell'Unione europea, per far fronte ad un numero sempre crescente, dovuto anche al peggioramento delle crisi internazionali, di migranti che tentano di attraversare il Mediterraneo in condizioni estremamente pericolose per la loro vita. In questo contesto, la conclusione della operazione *Mare Nostrum*, se non si dovessero avviare efficaci politiche europee, potrebbe determinare un tragico aumento delle morti in mare. Come recentemente ricordato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, infatti, «it is time for Europe to take a new direction in order to provide a more structured and comprehensive response to these challenges»²¹.

sioni ha operato nella zona SAR libica, in 79 in quella maltese e le restanti 136, quindi meno della metà, nella regione SAR italiana. V. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *The large-scale arrival of mixed migratory flows on Italian shores, report of the Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons*, 9 giugno 2014, par. 14.

²¹ Ivi, p. 1.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

3. L'operazione *Mare Nostrum*

L'operazione *Mare Nostrum*, avviata a seguito del tragico naufragio del 3 ottobre 2013²², si pone in discontinuità con le politiche in precedenza adottate dall'Italia, prevalentemente basate sulla collaborazione con i Paesi di origine per ridurre gli arrivi, e che avevano portato anche alla condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Hirsi*. L'operazione, infatti, benché sia stata istituita non solo a fini umanitari, cioè per prestare soccorso alle imbarcazioni in *distress*, ma anche di sicurezza, per rafforzare il pattugliamento alle frontiere esterne e produrre così un effetto deterrente²³, durante il suo primo, e unico²⁴, anno di attività

²² V. Presidenza del Consiglio dei ministri, *Immigrazione: al via "Operazione Mare Nostrum"*, 14 ottobre 2013. Il comunicato è disponibile *on line* su: <http://www.governo.it/Notizie/Palazzo%20Chigi/dettaglio.asp?d=73282> (ultimo accesso il 5 novembre 2014).

Contestualmente all'avvio dell'operazione *Mare Nostrum*, il Governo, il 15 ottobre 2013, ha adottato il decreto-legge n. 12, convertito dalla legge 13 dicembre 2013, recante misure di riequilibrio della finanza pubblica e in materia di immigrazione. L'art. 1 del decreto-legge prevede un incremento di 20 milioni di euro per l'anno 2013 del Fondo nazionale per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati (comma 1) ed istituisce un Fondo presso il Ministero dell'interno per far fronte ai problemi indotti dal fenomeno dell'immigrazione, con una dotazione di 190 milioni di euro per l'anno 2013 (comma 2).

²³ Su questo punto la posizione del governo italiano è recentemente mutata. A distanza di pochi mesi dall'inizio dell'operazione, infatti, si è ritenuto che, piuttosto che avere un effetto deterrente, *Mare Nostrum* ha determinato un incremento delle partenze dalla Libia, perché le organizzazioni criminali che gestiscono il traffico spesso approfittano dell'operazione di pattugliamento svolta dalle nostre navi militari. V. Senato della Repubblica, Commissioni 3^a e 4^a riunite, resoconto n. 5 del 29 aprile 2014. Disponibile *on line* su: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=762973> (ultimo accesso 12 gennaio 2016).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ha operato esclusivamente nell'ambito della ricerca e salvataggio.

Come sottolineato in un recente rapporto di Amnesty International, attualmente «it constitutes the only step taken so far by a European State to assist migrants who face the perilous sea crossing to seek safety in Europe»²⁵.

Anche la Commissione europea, nel constatare il forte incremento di migranti nel 2013, ha ritenuto che la causa principale di tale dato sia imputabile all'operazione *Mare Nostrum*. Secondo i dati forniti, «L'area del Mediterraneo centrale, dove il numero di rilevamenti è quadruplicato (superando i 40.000 casi) rispetto al 2012, è stata la principale rotta nel 2013. Nei primi quattro mesi del periodo di riferimento per cui sono disponibili statistiche (novembre 2013 - febbraio 2014), il numero di casi è quasi quadruplicato rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente (9.175 rilevamenti rispetto a 2.177). Mentre a novembre 2013 si è registrata una diminuzione dei rilevamenti rispetto al 2012, nel dicembre 2013 il totale ha superato quello dello stesso mese del 2012 di cinque volte, e a gennaio e febbraio 2014 di 58 e 61 volte rispettivamente rispetto agli stessi mesi dell'anno precedente [...]. L'aumento nel numero di rilevamenti può essere attribuito all'operazione *Mare Nostrum*, varata nell'ottobre 2013 dalla Marina militare italiana». V. Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, quinta relazione semestrale sul funzionamento dello spazio Schengen, 1 novembre 2013 - 30 aprile 2014, COM/2014/0292 final. Disponibile *on line* su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0292&rid=2> (ultimo accesso 5 novembre 2014).

²⁴ Il Ministro dell'interno italiano ha annunciato la conclusione di *Mare Nostrum* a partire dal 1° novembre 2014, anche se ha ribadito l'impegno dell'Italia a rispettare i propri obblighi di ricerca e salvataggio. V. Camera dei deputati, *Informativa urgente del Governo sugli sviluppi delle iniziative in materia di gestione dei flussi di migranti nel Mediterraneo*, 16 ottobre 2014.

²⁵ V. Amnesty International, *Lives adrift, refugees migrants in peril in the central mediterranean*, September 2014. Sempre nello stesso rapporto viene precisato che «with the exception of Slovenia, which in December 2013 lent a Slovenian Navy patrol boat with 40 officers to OMN for a few weeks, no other country has contributed to the Italian operation».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Fra l'altro la *Mare Nostrum* non si è limitata ad agire solo nelle zone di competenza italiane, ma in diverse circostanze ha soccorso imbarcazioni che si trovavano in zona SAR maltese e libica, conducendole successivamente in Italia²⁶. Questa decisione è stata presa per evitare che l'incapacità di avviare una leale collaborazione fra Italia e Malta determinasse, come avvenuto in diversi casi prima del suo dispiegamento, situazioni in cui le barche, una volta soccorse, continuassero a restare diversi giorni in mare nell'attesa che si decidesse il porto sicuro dove concludere le operazioni.

Per questo motivo, il recente annuncio della sua conclusione ha destato non poche preoccupazioni. Essendo, infatti, la *Mare Nostrum* l'unica operazione che conduce nelle acque della rotta centro-mediterranea operazioni di ricerca e salvataggio, la sua chiusura potrebbe determinare un aumento dei disastri in mare e, quindi, di persone che perdono la vita. Allo stesso tempo, tuttavia, l'operazione italiana non può essere considerata come una soluzione permanente per gestire i flussi migratori che dal Nord Africa tentano di raggiungere le coste meridionali dell'Unione europea, in quanto la responsabilità del salvataggio delle vite in mare nel Mediterraneo centrale non può gravare su un unico Stato. Come chiaramente espresso dalle norme internazionali vigenti, infatti, è neces-

²⁶ Si deve precisare che la decisione di trasferire tutte le barche soccorse in Italia è stata presa in corso d'opera. In fase di annuncio dell'operazione, infatti, il Ministro dell'Interno aveva dichiarato che una volta soccorse le imbarcazioni in pericolo si sarebbe valutato quale fosse stato il *place of safety* dove concludere le operazioni. Persistendo, però, l'atteggiamento di chiusura da parte di Malta e non potendo essere considerata la Libia un porto sicuro, si è dovuto optare per scortarle tutte verso i porti italiani.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

sario che si instauri una stretta collaborazione fra gli Stati interessati. Inoltre, sarebbe necessario anche un intervento più incisivo dell'UE. Fermo restando l'obbligo in capo ai singoli Stati di mantenere il controllo e la sorveglianza delle frontiere esterne, l'UE, in applicazione del principio di solidarietà stabilito dall'articolo 80 del TFUE, dovrebbe offrire una maggiore assistenza agli Stati che ormai da più di tre anni stanno affrontando un'emergenza umanitaria in continua crescita. In tal senso, infatti, per garantire una reale tutela della vita dei migranti via mare, non può ritenersi esaustivo né il semplice cofinanziamento finora assicurato né l'attività svolta dall'agenzia FRONTEX.

4. Le misure adottate dall'Unione europea nel quadro di FRONTEX

Le misure adottate dall'Unione europea sulla gestione dei flussi migratori sono inquadrabili nel capo 2 del titolo V del TFUE, relativo alla creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il cui articolo 77 prevede che l'UE sviluppa una politica volta ad instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne (Caggiano 2014; Panella 2011). A tal fine, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure necessarie per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne. Inoltre, il successivo articolo 78 prevede la possibilità di adottare misure di carattere transitorio in caso di crisi migratorie, stabilendo che qualora «più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati». Tali politiche, come specificato nell'art. 80, sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario (Manca 2012). Sebbene, quindi, il controllo alle frontiere esterne sia una responsabilità degli Stati membri, i Trattati prevedono la possibilità di un intervento in questo settore dal parte dell'UE, soprattutto in situazioni di emergenza che un singolo Stato può avere difficoltà ad affrontare autonomamente.

In questo contesto, è stato adottato il regolamento 2007/2004²⁷ che ha istituito FRONTEX, l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, con lo scopo di garantire il coordinamento delle azioni intraprese dagli Stati membri in attuazione delle misure UE in materia di gestione delle frontiere esterne. A tal fine, i compiti originariamente affidati all'Agenzia, ai sensi del regolamento istitutivo, comprendevano il coordinamento della cooperazione operativa tra gli Stati membri nella gestione delle frontiere esterne, l'assistenza nella formazione del corpo nazionale delle guardie di confine ed il supporto nell'organizzazione di *joint return operations*. Difficilmente, quindi, ai sensi del regolamento istitutivo, avrebbe potuto ricoprire il ruolo di supporto agli Stati che, di fronte ad una forte pressione migratoria, devono rispettare gli obblighi internazionali in materia di salvataggio in mare. Finalità quest'ultima,

²⁷Regolamento (CE) del Consiglio n. 2007/2004, che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, 26 ottobre 2004, in *GUUE* n. L 349 del 25 novembre 2004, p. 1.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

fra l'altro, non contemplata nel regolamento istitutivo che, invece, fa riferimento alle sole operazioni di rimpatrio. I palesi limiti del regolamento del 2004 hanno reso necessaria l'adozione di successive misure di modifica. Il primo intervento è stato realizzato dal regolamento 863/2007, con il quale si è tentato di ampliare il mandato di FRONTEX nei casi di particolari emergenze migratorie. Questo, infatti, prevede che uno Stato membro il quale deve fare fronte a sollecitazioni urgenti ed eccezionali, specie in caso di afflusso massiccio alle frontiere esterne di cittadini di paesi terzi, possa richiedere all'Agenzia l'invio nel proprio territorio di squadre di intervento rapido alle frontiere (RBIT), composte da esperti di altri Stati membri opportunamente addestrati, affinché assistano temporaneamente le sue guardie di frontiera. Tali squadre agiscono sulla base di istruzioni impartite dallo Stato membro ospitante, anche se l'Agenzia, tramite il suo agente di coordinamento, al quale deve essere garantita la massima assistenza e il pieno accesso in qualsiasi momento alla squadra, può comunicare i suoi pareri allo Stato ospitante, che ne dovrà tenere conto.

Le funzioni delle RBIT devono essere interpretate anche alla luce del successivo regolamento 1168/2011 che, oltre a fornire la nuova denominazione di «squadre europee di guardie di frontiera», ha ampliato il mandato di FRONTEX anche al soccorso in mare. Il nuovo regolamento, infatti, introduce all'articolo 2 la lettera *d* bis, secondo la quale l'Agenzia «assiste gli Stati membri in circostanze che richiedono una maggiore assistenza tecnica e operativa alle frontiere esterne, tenendo conto del fatto che alcune situazioni possono comportare emergenze umanitarie e il soccorso in mare».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Già a seguito delle modifiche introdotte dal regolamento del 2011 è possibile affermare che l'UE ha la competenza per adottare misure a sostegno degli Stati membri i quali, a seguito di un improvviso e sostanziale aumento della pressione migratoria, hanno difficoltà a tutelare la vita delle persone in mare. Fra l'altro, si deve tener conto che il regolamento modificativo del 2011 è stato adottato proprio per garantire la tutela dei diritti umani nello svolgimento delle operazioni coordinate dall'Agenzia.

Le maggiori novità introdotte, infatti, oltre a quella relativa al soccorso in mare, riguardano infatti i ripetuti riferimenti alla tutela dei diritti fondamentali, ai quali si faceva solo un marginale richiamo nei regolamenti del 2004 e del 2007. In particolar modo, all'articolo 1 viene specificato che l'Agenzia espleta le proprie funzioni nel pieno rispetto della pertinente normativa dell'Unione, fra cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del diritto internazionale pertinente, compresa la Convenzione relativa allo *status* di rifugiati firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di non respingimento, e dei diritti fondamentali. Inoltre, introduce il nuovo articolo 26-*bis*, secondo il quale l'Agenzia elabora, sviluppa e attua la sua strategia in materia di diritti fondamentali e istituisce un meccanismo efficace per monitorare il rispetto di tali diritti in tutte le proprie azioni²⁸, prevedendo anche che il Parlamento europeo

²⁸ Il paragrafo 2 dispone anche che «Un forum consultivo è istituito dall'Agenzia per assistere il direttore esecutivo e il consiglio di amministrazione in questioni legate ai diritti fondamentali. L'Agenzia invita l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, l'Agenzia per i diritti fondamentali, l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati e altre pertinenti organizzazioni a partecipare al forum consultivo. Su proposta del direttore



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

o il Consiglio possano invitare il direttore esecutivo a riferire sull'esercizio delle sue funzioni in quest'ambito.

Nonostante le novità introdotte, tuttavia, le attività di FRONTEX hanno continuato a ricevere critiche per la scarsa tutela dei diritti umani che garantiscono. Soprattutto, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha invitato l'Agenzia ad una maggiore protezione dei diritti umani. In una risoluzione del 2013, ad esempio, ha evidenziato «the lack of clarity over Frontex's responsibility in co-ordinating and implementing joint land, air, sea and return operations with member States and regarding liabilities for human rights violations or other breaches of international law resulting from the Agency's actions. In addition, there are problems of transparency regarding operations and activities and their human rights implications».

In merito, poi, alle modifiche del regolamento istitutivo del 2004, che hanno inserito diverse disposizioni sulla tutela dei diritti umani ha affermato che «the Assembly remains concerned about whether these changes alone address all the human rights issues at stake and whether some of the changes are operable and effective, even if member States and Frontex do everything they can to implement them²⁹».

Anche per quanto riguarda, nello specifico, la tematiche del soccorso in mare, l'Assemblea parlamentare ha fatto una serie di raccomandazio-

esecutivo, il consiglio di amministrazione decide la composizione e i metodi di lavoro del forum consultivo nonché le modalità di trasmissione delle informazioni allo stesso».

²⁹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Res. 1932, 25 April 2013, parr. 3, 5.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ni³⁰ all' Agenzia e agli Stati membri che con essa collaborano, fra cui «ensuring that vessels and equipment provided are in line with human rights standards (namely are appropriate for carrying out search and rescue at sea or humanitarian tasks with direct implications in terms of human rights)». In questo modo, quindi, ha richiesto che le attività di FRONTEX non fossero limitate al semplice controllo alle frontiere esterne, ma ricomprendessero anche le operazioni di ricerca e salvataggio.

Le raccomandazioni del Consiglio d'Europa sono state in parte accolte nel recente regolamento del maggio 2014³¹, che introduce una serie di nuovi criteri ai quali devono essere conformi i piani operativi³² sia delle

³⁰ Ivi: «8. The Assembly also calls on Frontex to tackle a number of structural problems that have human rights implications by [...]8.5. integrating into the risk analysis the likelihood of search and rescue at sea as a factor to conduct joint sea operations; integrating human rights criteria in data collection and analysis and considering the human rights situation in third countries when reporting on risk;8.6. pre-checking that vessels provided have equipment allowing for search and rescue at sea;introducing search and rescue in training for patrolling and making it obligatory for deployed officers to undergo such training. 9. The Assembly also calls on the European Union to ensure that its member States and Frontex comply with their human rights obligations, by: 9.1. revising the Schengen Borders Code to take into account the fact that European Union member States and Frontex have responsibilities that go beyond border surveillance, in particular in relation to non-refoulement , search and rescue activities and other interceptions at sea».

³¹Regolamento (UE) n. 656/2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall' Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione, 15 maggio 2014, in GUUE n. L 189/93 del 27 giugno 2014.

³²Il piano operativo è concordato dal direttore esecutivo e dallo Stato membro ospitante (o Stato membro richiedente, nel caso dell'invio di squadre) e definisce nel dettaglio le condizioni per la realizzazione dell'operazione, fra cui una descrizione del *modus operandi* e degli obiettivi da raggiungere, la durata e l'area geografica in cui si svolgerà.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

operazioni congiunte sia delle squadre europee di guardie di frontiera. Questo, in primo luogo, specifica, nel secondo considerando, che ai sensi del principio di solidarietà, le politiche dell'UE nella gestione delle frontiere devono promuovere la ripartizione degli oneri anche attraverso il trasferimento, su base volontaria, dei beneficiari di protezione diplomatica. Una simile interpretazione dell'articolo 80 del TFUE dovrebbe valere soprattutto nei casi in cui, come sta avvenendo ultimamente, a seguito di prolungate crisi umanitarie, uno Stato diventa il principale paese destinatario dei flussi migratori, all'interno dei quali, tenendo conto del contesto di provenienza, la larga maggioranza delle persone ha probabilmente diritto a godere di protezione internazionale.

Altro elemento interessante del nuovo regolamento è la novità del richiamo ai principali strumenti internazionali di protezione dei diritti umani, fra cui segnatamente la CEDU, il Patto sui diritti civili e politici, la Convenzione ONU contro la tortura e quella sui diritti del fanciullo.

Ai fini più specifici dell'analisi svolta nel presente lavoro, inoltre, il regolamento del 2014 introduce una serie di novità importanti già nel primo considerando, nel quale, per la prima volta, viene precisato che l'obiettivo della politica dell'Unione nel settore delle sue frontiere esterne non è solo quello di controllarne l'attraversamento, ma anche quello di proteggere e salvare vite, facendo successivamente espresso richiamo alle Convenzioni a) sul diritto del mare; b) sulla salvaguardia della vita umana in mare; c) sulla ricerca e salvataggio marittimo.

Successivamente, nella parte dispositiva, sono dedicati alla materia due ampi articoli, il 9 e il 10, che hanno ad oggetto le «situazioni di ricerca e soccorso» e lo «sbarco». L'articolo 9 indica le misure che un'operazione istituita nel quadro di FRONTEX deve assumere nel mo-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

mento in cui intercetta o riceve una richiesta di soccorso³³ da parte di un'imbarcazione in pericolo. A tal proposito, viene fatta chiarezza in merito ad un aspetto che in alcuni casi è stato interpretato in maniera discutibile dagli Stati per giustificare il proprio mancato intervento, cioè quello di «situazione di pericolo». Il regolamento precisa che il fatto per cui l'imbarcazione sia capace di muoversi in maniera motorizzata, cioè non sia in una situazione di avaria, non esenta l'operazione dall'obbligo di intervenire in soccorso. La possibilità di *distress*, infatti, deve essere valutata tenendo in considerazione una pluralità di fattori come a) la navigabilità del natante e la probabilità che non raggiunga la destinazione finale; b) il numero di persone a bordo rispetto alla sua capacità; c) la presenza di scorte necessarie per raggiungere la costa; d) presenza di un equipaggio qualificato; e) l'esistenza di dispositivi di sicurezza; f) la presenza di persone che necessitano assistenza medica o di donne in stato di gravidanza; g) le condizioni e previsioni metereologiche.

Di fronte ad una simile situazione di pericolo, la prima misura che deve adottare l'operazione è trasmettere tempestivamente tutte le informazioni disponibili al centro di coordinamento del soccorso competente per la regione SAR in cui si è verificata la situazione e mettersi a sua disposizione, adottando, nel frattempo, tutte le misure necessarie

³³ Si deve precisare che ai sensi dell'articolo 9 un natante deve essere considerato in fase di pericolo anche quando, in seguito ad una fase di allarme, ulteriori tentativi falliti di stabilire un contatto e più estese richieste di informazioni senza esito portino a pensare alle probabilità che esista una situazione di pericolo. L'obbligo di intervento, quindi, sussiste non solo quando si ha la certezza di una situazione di pericolo, ma anche quando le circostanze lasciano credere che ci sia la concreta possibilità di una tale situazione.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

per salvaguardare l'incolumità delle persone interessate. Anche in caso di rifiuto d'assistenza da parte dell'imbarcazione si deve continuare ad adempiere al proprio obbligo di diligenza e continuare a tutelare l'incolumità delle persone interessate. Qualora lo Stato responsabile della regione SAR entro la quale avvengono le operazioni sia uno Stato terzo che non risponda alle informazioni trasmesse e, quindi, non presti il dovuto soccorso, l'unità partecipante deve contattare il centro di coordinamento del soccorso dello Stato ospitante a meno che non ritenga che un altro Stato si in grado di assumere in maniera più efficace il coordinamento della situazione di ricerca e soccorso.

Anche per quanto riguarda il luogo di sbarco, cioè il «porto sicuro» entro cui devono concludersi le operazioni, il regolamento del 2014 contiene obblighi abbastanza precisi. L'unità partecipante, infatti, deve collaborare con il centro di soccorso competente al fine di individuare il *place of safety* dove condurre le persone soccorse in maniera rapida ed efficace. Nel caso in cui l'unità partecipante all'operazione FRONTEX non sia in grado di identificare il porto sicuro in coordinamento con il centro di soccorso competente in tempi ragionevoli è autorizzata a effettuare lo sbarco delle persone soccorse nello Stato membro ospitante. In questo modo, quindi, il regolamento cerca di trovare una soluzione a quei casi in cui un'eventuale controversia sull'identificazione del porto sicuro possa determinare un ritardo nelle operazioni di soccorso tale da mettere a rischio la vita delle persone, identificando uno Stato che in ogni caso ha l'obbligo in tempi rapidi di accettare le operazioni di sbarco.

Anche nel caso di semplici intercettazioni in alto mare, se lo sbarco non fosse possibile nello Stato da cui si presume che il natante sia partito, ad esempio perché ciò comporterebbe una violazione dell'obbligo di



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

non-refoulement, lo Stato che ospita l'operazione deve consentire lo sbarco nel proprio territorio. A completamento di tali disposizioni, tuttavia, è previsto che gli Stati membri che non partecipano all'operazione istituita nel quadro di FRONTEX non sono soggette agli obblighi previsti dal regolamento. Questo, inoltre, non pone dei precisi obblighi nemmeno nei confronti degli Stati membri partecipanti responsabili delle regioni SAR entro cui avvengono le operazioni. Dalla lettura del regolamento, infatti, non sembra che questi siano obbligati a consentire le operazioni di sbarco nel caso in cui l'unità ritenga che debbano avvenire sul suo territorio. L'unico Stato vincolato a un simile dovere è quello che ospita l'operazione. Resta, quindi, fondamentale il requisito della collaborazione fra gli Stati, che devono decidere di partecipare all'operazione e quindi essere vincolati agli obblighi finora esaminati. Collaborazione che, però, finora non è stata efficace nel mediterraneo centrale.

5. Conclusioni

Dall'analisi fin qui svolta è emerso come, nonostante la situazione di emergenza migratoria, gli Stati continuano ad essere vincolati agli obblighi sulla ricerca e il soccorso delle imbarcazioni in pericolo, in modo da tutelare la vita dei migranti. La decisione, quindi, del governo italiano di terminare l'operazione *Mare Nostrum*, qualora non dovessero essere prese ulteriori misure per condurre le operazioni di soccorso in maniera efficace, è suscettibile di far sorgere una violazione degli obblighi internazionali sopra richiamati che le incombono in quanto parte contraente dei detti strumenti internazionali.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

A fronte di ciò, tuttavia, è stato sottolineato come, sebbene resti implicata a responsabilità dei singoli Stati, in una situazione di emergenza come quella che si ha nel Mediterraneo centrale, sarebbe auspicabile un più incisivo intervento dell'UE per sostenere gli Stati membri non solo nel controllo alle frontiere esterne, ma anche nelle azioni di salvataggio. Tale auspicio, fra l'altro, è sostenuto dal contenuto dei recenti regolamenti modificativi di Frontex che sono intervenuti proprio in questa direzione.

A tal proposito, è lecito avanzare qualche breve considerazione sull'operazione *Triton*, attivata nel contesto delle operazioni congiunte di FRONTEX dal 1° novembre 2014. L'operazione attualmente prevede la partecipazione di 15 Stati, fra cui anche l'Italia, Paese ospitante, e Malta e ha un *budget mensile* per il 2014 di circa 2 milioni e mezzo al mese, un terzo di quelli stanziati per *Mare Nostrum*.

Come ben noto, l'avvio della nuova operazione ha sollevato la questione se questa sostituirà *Mare Nostrum*, come auspicato dal governo italiano, o avrà altri compiti. A tal riguardo, il direttore esecutivo di FRONTEX, Arias Fernandez, ha affermato che *Triton* non potrà rimpiazzare l'operazione italiana perché a) non ha i mezzi e le risorse necessarie; b) ha il mandato di sorvegliare una zona di mare più ristretta, che si estende fino a 30 miglia dalle coste italiane; c) essendo un'operazione istituita nell'ambito FRONTEX, deve tener conto della missione delle competenze dell'Agenzia, che sono quelle di controllo delle frontiere e non di ricerca e salvataggio, benché il controllo possa in alcuni casi comportare la necessità di prestare soccorso; d) la responsabilità di con-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

durre le operazioni di ricerca e salvataggio resta una responsabilità degli Stati e l'UE può solo prestare un supporto³⁴.

Dall'analisi finora svolta, tuttavia, è evidente come una simile posizione non sia pienamente condivisibile. Benché, infatti, sia ovvia la responsabilità degli Stati, è emerso come i regolamenti che hanno modificato l'originale competenza di Frontex hanno sempre di più esteso le competenze dell'Agenzia nell'ambito della ricerca e salvataggio. In particolar modo il regolamento del 2014 ha introdotto una disciplina precisa alla quale devono conformarsi i mandati delle operazioni istituite nell'ambito di Frontex. Lo stesso regolamento, fra l'altro, precisa che per controllo delle frontiere si deve intendere anche il salvataggio delle persone. Quest'ultimo obiettivo non è secondario rispetto a quello di sorvegliare le frontiere.

A prescindere, quindi, dagli annunci fatti, sarebbe auspicabile che la nuova operazione agisse attivamente per salvare le vite in mare dei migranti, che potrebbero essere messe a rischio dalla chiusura di *Mare Nostrum*. Una simile azione, fra l'altro, in considerazione dell'emergenza migratoria nel Mediterraneo centrale, sarebbe utile per rafforzare il principio di solidarietà sancito dall'articolo 80 TFUE. Su quest'aspetto si è impegnato il nuovo Presidente della Commissione europea Juncker che, oltre a designare un commissario incaricato delle migrazioni, ha sottolineato la necessità di rafforzare il mandato di FRONTEX, ribadendo che

³⁴ V. *Immigrazione: Frontex, Triton non sostituirà Mare Nostrum*, notizia battuta dal sito dell'Ansa del 16 ottobre 2014. Disponibile on line su http://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/semestre_italiano/2014/10/16/immigrazione-frontex-triton-non-sostituira-m-nostrum_d9dd6cae-9b06-4b52-9a3c-19f7c69ffc00.html.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

il controllo alle frontiere esterne dell'UE incombe a tutti gli Stati membri, in uno spirito di solidarietà. Anche il neo Commissario alle Migrazioni e agli affari interni, Dimitris Avramopoulos, nella sua audizione davanti al Comitato LIBE del Parlamento europeo ha sottolineato come *«we need to make sure that European Border Guard Teams are put into action at the sections of our external borders with the highest pressure, with the participation of all Member States to become a rule. In addition, we need to look at the feasibility and need for further reinforcing the Frontex Agency»*³⁵.

Al di là, quindi, delle posizioni espresse, sarà interessante vedere se, nei fatti, la nuova operazione opererà tenendo conto delle recenti norme adottate dall'UE e, allo stesso tempo, se l'Italia, dopo la *Mare Nostrum*, prenderà, a prescindere dalle iniziative europee, le misure necessarie per continuare a conformarsi agli obblighi disposti dal diritto internazionale.

³⁵Answers to the European Parliament questionnaire to the Commissioner-designate Dimitris Avramopoulos , Migration and Home Affairs.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Bibliografia

Borelli, S., B. Stanford (2014), *Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights*, in *Review of International Law and Politics*, 10, p. 1 ss.

Caffio, F. (2010), *L'emergenza immigrazione riaccende la tensione tra Italia e Malta*, in *AffarInternazionali*, 22 aprile 2010, disponibile on line <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1440#sthash.6BputLiw.dpuf> (ultimo accesso 30 ottobre 2014).

Caggiano, G. (2010), *Attività e prospettiva di intervento dell'agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in E. Triggiani (cur.) *Europa e Mediterraneo: le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli: Editoriale scientifica, p. 403 ss.

Caggiano, G. (2014), *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino: Giappichelli.

Curti Gialdino, C., (2015), *L'elezione del Presidente della Commissione europea: profili giuridico-istituzionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, p. 137 ss.

De Vittor, F. (2014), *Il diritto di attraversare il Mediterraneo... o quanto meno di provarci*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 63-81.

Klepp, S. (2011), *A Double Bind: Malta and the Rescue of Unwanted Migrants at Sea, a Legal Anthropological Perspective on the Humanitarian Law of the Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, pp. 538-557.

Liguori, A., N. Ricciutti (2012), *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, p. 539 ss.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Manca, L. (2012), *Art. 80 TFUE*, in C. Curti Gialdino (cur.), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli: Simone, pp. 870-871.

Morgese G. (2014), *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in C. Caggiano (cur.), *I percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento internazionale*, Torino: Giappichelli, p. 365 ss.

Mungianu, R. (2013), *Frontex: Towards a Common Policy on External Border Control*, in *European Journal of Migration and Law*, p. 359 ss.

Nascimbene, B., A. Di Pascale (2011), *L'eccezionale afflusso di persone dal Nord Africa e l'Unione europea: una colpevole assenza?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, p. 17 ss.

Panella, L. (2011), *The migration flows: a challenge for the European Union*, in G. Guarino, I D'Anna (cur.), *International institutions and co-operation: terrorism, migrations, asylum*, Napoli: Satura, p. 977 ss.

Papastavridis, E. (2013), *The Interception of Vessels on the High Seas, Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*, Oxford: Hart.

Tavernier, P. (2003), *La Cour européenne des droits de l'homme et la mer*, in V. Coussirat Coustère (dir.), *La mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris : A. Pedone, pp. 575-589.

Trevisanut, F. (2010), *Search and rescue operations in the Mediterranean: Factor of cooperation or conflict?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, pp. 523-542.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Abstract

International Obligations about Rescuing Migrants from Boats and the Need to adopt European Measures of Solidarity

This article analyses the management of migrations flows in the Mediterranean, focusing on the question of migrants that from the North Africa arrive to the southern cost of Italy with the intent to move into others EU countries. Because of the emergency situation caused by the increasing numbers of migrants through this route during the last five years, the European countries should strengthen their activities to rescue boat in distress and to protect the fundamental rights of migrants. As underlined in the article, this responsibility should be shared by EU countries in compliance with the principle of Solidarity stated by the Lisbon Treaty. Starting from this observation, the article will take under consideration the Italian choice to suspend the operation Mare Nostrum and the EU decision to start Triton within the framework of FRONTEX.

Keywords: migrants, FRONTEX, Mare Nostrum, Triton.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Detenzione in assenza di reato: il trattenimento amministrativo degli stranieri

di Giulia Colavecchio *

*«Le porte possono anche essere sbarrate, ma il problema non si risolverà,
per quanto massicci possano essere i lucchetti. Lucchetti e catenacci
non possono certo domare o indebolire le forze che causano l'emigrazione;
possono contribuire a occultare i problemi alla vista e alla mente,
ma non a farli scomparire.»*

(Bauman 2002)

1. Introduzione

Il nostro “comune sentire giuridico” ci porta ad associare le misure di privazione della libertà a delle sanzioni comminate a persone condannate in giudizio o accusate di aver commesso una determinata fattispecie di reato. In molti Paesi del mondo queste misure riguardano, invece, an-

* Dottoranda di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani - Università di Roma “Sapienza”. Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

che gli stranieri, per il solo motivo di essere sprovvisti di un titolo legale di ingresso o di soggiorno nel territorio di un determinato Stato. Questi migranti sono rei di trovarsi in un Paese senza i documenti necessari, la loro detenzione non è una misura del sistema penale, ma una “banale” questione di natura amministrativa (Broeders-Engbersen 2007).

La “questione migratoria” è l’esempio per eccellenza in cui si palesa la più profonda antinomia del diritto internazionale tra universalismo e particolarismo: la tutela dei diritti umani e la prerogativa della sovranità statale di escludere. Le misure di privazione della libertà, unitamente all’esternalizzazione delle frontiere, rientrano in uno spettro più ampio di politiche e produzioni normative securitarie, che tendono verso una sempre maggiore criminalizzazione della migrazione (García Hernández 2014).

La detenzione amministrativa è stata oggetto di molta attenzione da parte degli organismi di monitoraggio dei diritti umani, che nei loro *report* hanno sottolineato l’enorme impatto sui diritti degli stranieri causato dall’abuso dei poteri detentivi. Lo *Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants* ha ripetutamente trattato l’argomento, sottolineando come l’ampio ricorso da parte degli Stati alla detenzione amministrativa, utilizzata come misura cautelare chiamata a garantire l’efficacia delle politiche di controllo della frontiera, appaia ingiustificato alla luce dell’impatto che essa ha sulle libertà degli stranieri¹. Secondo il *Working Group on Arbitrary Detention*, criminalizzare l’ingresso non regolare nel territorio di un Paese eccede l’interesse legittimo degli Stati rispetto al controllo e alla regolazione

¹ UN General Assembly, Report to the Seventh Session of the Human Rights Council - Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Rapporteur Leïla Zerrougui, 10 gennaio 2008, A/HRC/7/4.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

dell'immigrazione, conducendo a detenzioni non necessarie²; i migranti in situazione irregolare non dovrebbero essere qualificati o trattati come criminali ed essere visti solo attraverso la lente della sicurezza nazionale³. Se vogliamo utilizzare un filtro, può solo essere quello della dignità umana e dei diritti fondamentali garantiti alla persona in quanto tale.

La detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo viene utilizzata da molti Stati in modo ampio, se non sistematico⁴, come strumento politico di controllo delle migrazioni (Wilsher 2004; Flynn-Cannon 2010): una sorta di deterrente, nel tentativo di scoraggiare i flussi migratori indesiderati, con l'obiettivo di fermarli o comunque di diminuire la pressione sui confini⁵. La detenzione amministrativa lancia un messaggio chiaro degli Stati

² Ivi, par. 53: «criminalizing illegal entry into a country exceeds the legitimate interest of States to control and regulate irregular immigration and leads to unnecessary detention».

³ UN Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Rapporteur Manuela Carmena Castrillo, 16 febbraio 2009, A/HRC/10/21, par. 68: «In conclusion, the Working Group feels duty bound to reiterate that immigrants in irregular situations should not be qualified or treated as criminals and be viewed only from the perspective of national security».

⁴ Cfr. Council of Europe, Report of the Committee on Migration, Refugees and Population, Refugees and Population on the Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants in Europe, Rapporteur Ana Catarina Mendonça, 11 gennaio 2010, Doc. No. 12105 (2010).

⁵ Council of Europe – Parliamentary Assembly, Resolution 1707 (2010), par. 3: «Whilst it is universally accepted that detention must be used only as a last resort, it is increasingly used as a first response and also as a deterrent. This results in mass and needless detention. The Parliamentary Assembly is concerned by this excessive use of detention and the long list of serious problems which arise as a result and which are regularly highlighted, not only by Council of Europe human rights monitoring bodies such as the European Court of Human Rights, the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), the Human



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

verso l'esterno: «“our” immigration policies are not a soft touch» (Walters 2002, 286). Tuttavia, la detenzione risulta essere una misura pressoché inefficace come deterrente (Nagin 1998), non influenzando in modo tangibile sui tassi di migrazione.

Stiamo assistendo a un processo generale di criminalizzazione che espone i migranti a una serie di violazioni dei diritti umani, di natura procedurale e sostanziale, a partire dalla privazione della libertà personale⁶. Possiamo notare, infatti, nella prassi, un effettivo deterioramento dello *status* giuridico dello straniero.

In molti Stati, i migranti ed i richiedenti protezione internazionale soggetti a misure di privazione della libertà godono di garanzie più blande rispetto a coloro che sono soggetti a misure detentive di natura penale. Vengono, infatti, sottoposti a forme di detenzione gestite spesso volte in modo poco trasparente dalle autorità preposte, con un conseguente considerevole aumento del rischio di abusi⁷ (Huysmans 2000 e 2006, Guild 2009).

La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare, definita dagli studiosi anglofoni *crimmigration* (Majcher 2013, Stumpf 2007, Cole 2003), si pone in chiaro contrasto con la normativa internazionale di tutela dei diritti umani. Già nel 1948, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, oltre a tutelare espressamente il diritto alla libertà di movi-

Rights Commissioner and the Assembly's Committee on Migration, Refugees and Population, but also by other international and national organisations».

⁶ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, 2 aprile 2012, A/HRC/20/24.

⁷ Sotto questo profilo appare anche rilevante il nesso tra migrazione e sicurezza, tra violenza e legittimazione politica, sull'argomento vedi (Huysmans-Squire 2010, 175).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

mento⁸, prevede, all'articolo 9, che: «no one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile»⁹. Il successivo Patto sui diritti civili e politici all'articolo 9, paragrafo 1, dopo aver affermato il diritto di ciascun individuo alla libertà e alla sicurezza della persona, statuisce che nessuno possa essere sottoposto a misure di privazione della libertà se non per i motivi e secondo le procedure previste dalla legge¹⁰.

⁸ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), art. 13: «1- Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state. 2- Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country».

⁹ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), art.9.

¹⁰ UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 dicembre 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, art. 9: «1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law. 2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him. 3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement. 4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful. 5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Il Comitato dei diritti dell'uomo¹¹, organo di monitoraggio del Patto sui diritti civili e politici, nel *general comment* n. 8, ha chiarito, inoltre, che il paragrafo 1 dell'art. 9 si applica a tutte le tipologie di privazioni della libertà, abbiano o meno natura penale, compreso il controllo dell'immigrazione¹².

Norme e *standard* internazionali stabiliscono che provvedimenti di privazione della libertà personale non devono essere adottati automaticamente come misura di controllo dell'immigrazione, ma devono essere utilizzati come *extrema ratio*¹³, esclusivamente se altre misure meno restritti-

¹¹ Il Comitato dei Diritti dell'Uomo – Human Rights Committee – è previsto dal Patto sui Diritti Civili e Politici all'articolo 28.

¹² Human Rights Committee, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 8 (1994), General Comment 8, Article 9 (Sixteenth session, 1982) par. 1: «Article 9 which deals with the right to liberty and security of persons has often been somewhat narrowly understood in reports by States parties, and they have therefore given incomplete information. The Committee points out that paragraph 1 is applicable to all deprivations of liberty, whether in criminal cases or in other cases such as, for example, mental illness, vagrancy, drug addiction, educational purposes, immigration control, etc.».

¹³ UN Human Rights Council, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, Rapporteur Manuela Carmena Castrillo, 16 febbraio 2009, A/HRC/10/21, parr. 67 e 82; Council of Europe, Committee of Ministers, *Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures*, 1 luglio 2009, principio XI.1: «Detention of asylum seekers should be the exception»; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Conclusions Adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees*, dicembre 2009, 1975-2009, Conclusion n. 7, XXVIII, 1977, Expulsion, par. e: «Recommended that an expulsion order should only be combined with custody or detention if absolutely necessary for reasons of national security or public order and that such custody or detention should not be unduly prolonged». Cfr. anche Conclusion n. 44 (XXXVII) 1986 Detention of refugees and asylum seekers, par. b: «Expressed the opinion that in view of the hardship which it involves, detention should normally be avoided. If necessary, detention may be resorted to only on grounds prescribed by law to verify identity; to determine



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ve, come l'obbligo di segnalazione o restrizioni sulla residenza, non siano compatibili con il singolo caso. La normativa convenzionale europea, tuttavia, assicura una tutela meno stringente e consente la detenzione breve ai fini del controllo dell'immigrazione senza valutare misure alternative¹⁴.

La Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie è anch'esso uno strumento che mira a proteggere il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona, prevedendo che tutti i lavoratori migranti, indipendentemente dal loro *status* giuridico, hanno diritto a non essere soggetti a misure di detenzione o di arresto arbitrario individualmente o collettivamente. Essi hanno, inoltre, diritto a non essere privati della libertà se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge¹⁵. Questo trattato non ha valenza globale essendo stato ratificato soltanto da Stati appartenenti al c.d. gruppo dei *Paesi in Via di Sviluppo* che sono prevalentemente Stati di partenza dei flussi migratori; tuttavia sono ad esso giuridicamente vincolati alcuni degli Stati c.d. *di transito* come la Libia¹⁶ e l'Egitto¹⁷, dove la

the elements on which the claim to refugee status or asylum is based; to deal with cases where refugees or asylum-seekers have destroyed their travel and/or identity documents or have used fraudulent documents in order to mislead the authorities of the State in which they intend to claim asylum; or to protect national security or public order».

¹⁴ Corte Edu, *Saadi c. Regno Unito*, application n. 13229/03, sentenza del 29 gennaio 2008, parr. 70-74.

¹⁵ UN General Assembly, *Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, Resolution 45/1581 of 18 Dicembre 1990, Treaty Series, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/15, art. 16, parr. 1 e 4.

¹⁶ La Libia ha ratificato la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie il 18 giugno 2004; gli aggiornamenti relativi alle ratifiche (nonche alle riserve formulate) si possono ritrovare all'interno del



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

detenzione degli stranieri è quantitativamente estesissima e qualitativamente lesiva della più basilare dignità umana.

2. Trattenimento, accoglienza, smistamento: restrizione della libertà di circolazione o privazione della libertà personale?

I nomi che vengono utilizzati negli ordinamenti nazionali per qualificare i centri detentivi sono i più disparati e variano da centro di «trattenimento», di «accoglienza», di «smistamento», di «identificazione», di «espulsione». Ciò nonostante, non sempre *nomen (est) omen*.

Alcuni studiosi hanno fornito una definizione della detenzione molto ampia, arrivando a includere al suo interno qualsiasi restrizione alla libertà di movimento o di viaggio comminata ad uno straniero (Helton 1989). Questa interpretazione appare, tuttavia, non condivisibile, inglo-

sito *web*: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en. Sulle condizioni di detenzione in Libia si veda da ultimo il rapporto di Human Right Watch *Lybia: Whipped, beaten, and Hung from Trees* pubblicato a seguito di una visita effettuata nell'aprile 2014 presso 9 centri di detenzione in Lybia, reperibile al sito: <http://www.hrw.org/news/2014/06/22/libya-whipped-beaten-and-hung-trees> (ultima consultazione per entrambi i siti 12 gennaio 2016).

¹⁷ L'Egitto ha ratificato la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie il 19 febbraio 1993, la convenzione è entrata in vigore in data 1 luglio 1993 secondo le modalità previste dall'articolo 87 della stessa. Circa le modalità di detenzione in Egitto si veda il rapporto di Global Detention Project dal titolo *Egypt Detention Profile* aggiornato a settembre 2014 e reperibile al sito: <http://www.globaldetentionproject.org/countries/africa/egypt/introduction.html> (ultima consultazione 12 gennaio 2016).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

bando in sé due concetti distinti: la privazione della libertà personale e la restrizione alla libera circolazione. Spesso non è semplice stabilire quando un soggetto subisca una restrizione alla libertà di movimento oppure quando venga *de facto* privato della libertà personale.

La detenzione, secondo le norme di diritto internazionale, si deve qualificare valutandola in concreto¹⁸ e la definizione *de jure* che viene fornita dal diritto interno non è determinante per stabilire se un individuo sia o meno privato della propria libertà. Un esempio ci è offerto dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo resa nel caso *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*: lì la Corte rileva, in particolare, che ai ricorrenti non era stata riconosciuta la libertà di lasciare il quartiere generale della polizia o il centro di «ammissione e alloggio per stranieri». Alla luce di questo elemento la Corte ha stabilito che la definizione di detenzione data dal Governo turco non possa essere considerata accettabile. A parere della Corte: «the applicants' placement in the aforementioned facilities amounted to a "deprivation of liberty" given the restrictions imposed on them by the administrative authorities despite the nature of the classification under national law. It therefore concludes that the applicants have been deprived of their liberty»¹⁹.

¹⁸ Corte Edu, *Amuur v. France*, application n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, par. 42; *Nolan e K. v. Russia*, application n. 2512/04, sentenza del 12 febbraio 2009, parr.93-96; *Abdolkhani e Karimnia v. Turkey*, application n. 30471/08, sentenza del 22 settembre 2009, parr. 125-127; *Ashingdane v. United Kingdom*, application n. 8225/78, sentenza del 28 marzo 1985, par. 42.

¹⁹ Corte Edu, *Abdolkhani e Karimnia v. Turkey*, application n. 30471/08, sentenza del 22 settembre 2009, par. 127: «The Court further observes that the applicants have not been free to leave the Hasköy police headquarters or the Kırklareli Foreigners' Admission and Accommodation Centre. Besides, they are only able to meet a lawyer if the latter can present



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nel valutare di volta in volta se, secondo il diritto internazionale dei diritti umani, determinate restrizioni alla libertà di circolazione possano essere considerate privazioni della libertà è necessario tenere in considerazione una serie di elementi: il tipo di misura adottata, la durata, gli effetti e le modalità di implementazione²⁰. La natura delle restrizioni alla libertà e delle privazioni della libertà è, infatti, da considerarsi analoga: la differenza è nel grado di intensità²¹. Per stabilire se vi sia stata privazione della libertà non ci si può basare su un singolo criterio, ma occorre analizzare la complessa situazione di fatto. Neanche la durata limitata di una restrizione, ad esempio di alcune ore, consente di concludere in

to the authorities a notarised power of attorney. Furthermore, access by the UNHCR to the applicants is subject to the authorisation of the Ministry of the Interior. In the light of these elements, the Court cannot accept the definition of “detention” submitted by the Government, which in fact is the definition of pre-trial detention in the context of criminal proceedings. In the Court’s view, the applicants’ placement in the aforementioned facilities amounted to a “deprivation of liberty” given the restrictions imposed on them by the administrative authorities despite the nature of the classification under national law. It therefore concludes that the applicants have been deprived of their liberty».

²⁰ Corte Edu, *Austin e A. v. United Kingdom*, applications nn. 39692/09, 40713/09 e 41008/09, sentenza 15 marzo 2012, par. 57; *Engel e al. v. Nederland*, applications n. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, n. 5354/72, n. 5370/72, sentenza dell’8 giugno 1986, par. 59; *Guzzardi v. Italy*, application n.7367/76, sentenza del 6 novembre 1980, par. 92.

²¹ Corte Edu, *Guzzardi c. Italia*, application n. 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980, Series A n. 39, par. 93: «The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance. Although the process of classification into one or other of these categories sometimes proves to be no easy task in that some borderline cases are a matter of pure opinion, the Court cannot avoid making the selection upon which the applicability or inapplicability of Article 5 (art. 5) depends».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

modo automatico che essa possa qualificarsi come una restrizione alla libertà di circolazione anziché una privazione della libertà.

Altri fattori la cui presenza deve essere presa in considerazione sono: la struttura *chiusa* o *aperta*, la sussistenza dell'elemento di coercizione²² o l'insieme degli effetti che la situazione produce sulla persona, compresi il disagio fisico o la sofferenza mentale²³. Una serie di misure che, considerate singolarmente, costituirebbero una restrizione, cumulativamente possono costituire una privazione della libertà. Ad esempio, nel caso *Guzzardi c. Italia*²⁴, al ricorrente erano stati applicati l'obbligo di soggiorno in una determinata area e una misura speciale di sorveglianza, la quale implicava l'imposizione di un coprifuoco, con il divieto di rincasare dopo e di uscire di casa prima di una certa ora, l'obbligo di presentarsi alle autorità due volte al giorno e una restrizione della libertà di comunicazione che prevedeva la possibilità di avere con l'esterno contatti limitati e sorvegliati. La Corte ha concluso condannando l'Italia per un'ingiustificata privazione della libertà *ex* articolo 5 della CEDU.

I luoghi dove i migranti vengono detenuti sono molteplici. Alcuni Stati utilizzano dei centri pensati specificamente a questo scopo; altri Paesi usano una serie di strutture in base alla posizione giuridica in cui si trova il migrante; altri ancora improvvisano, facendosi scudo con la logica emergenziale. Questa realtà complessa e articolata è stata riconosciuta ed

²² Corte Edu, *Foka v. Turkey*, application n. 28940/95, sentenza del 24 giugno 2008; *Nolan e K. v. Russia*, application n. 2512/04, sentenza del 12 febbraio 2009.

²³ Corte Edu, *Guzzardi v. Italy*, application n. 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980; *H.L. v. United Kingdom*, application n. 45508/99, sentenza del 5 ottobre 2004.

²⁴ Corte Edu, *Guzzardi v. Italy*, application n. 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

efficacemente sintetizzata nella nota *Deliberation No. 5*, che prevede dieci principi concernenti le garanzie di cui dovrebbe godere lo straniero in custodia e che sono rilevanti al fine di determinare il carattere arbitrario o meno della privazione della libertà. Il Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria delle Nazioni Unite ha chiarito, infatti, che i luoghi di privazione della libertà cui si riferisce questa serie di principi possono essere: luoghi di custodia situati nelle zone di frontiera, posti di polizia, locali sotto l'autorità dell'amministrazione penitenziaria, centri *ad hoc* (*centres de rétention*), centri di raccolta, enti ospedalieri o ancora le c.d. "zone internazionali" o "di transito" nei porti o negli aeroporti internazionali²⁵.

La *zona di transito* non è un luogo idoneo al trattenimento delle persone, poiché essa è destinata all'accoglienza dei passeggeri per periodi di tempo molto brevi e ha caratteristiche che possono far nascere nei detenuti un sentimento di solitudine: nessun accesso all'esterno per camminare o fare esercizio fisico, né strutture interne di ristoro, né contatti col mondo esteriore²⁶.

²⁵ UN Commission on Human Rights, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, Annex II *Deliberation No. 5: Situation regarding immigrants and asylum-seekers*, 28 dicembre 1999, E/CN.4/2000/4: «The places of deprivation of liberty concerned by the present principles may be places of custody situated in border areas, on police premises, premises under the authority of a prison administration, ad hoc centres (*centres de rétention*), so called "international" or "transit zones" in ports or international airports, gathering centres or certain hospital premises».

²⁶ Corte Edu, *Riad e Idiab v. Belgium*, applications n. 29787/03 e 9810/03, sentenza del 24 gennaio 2008, par. 104: «The transit zone was not an appropriate place in which to detain the applicants. By its very nature it is a place designed to accommodate people for very short periods. With characteristics liable to give those detained there a feeling of solitude, with no access outside to take a walk or have physical exercise, without internal



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo è, infatti, da considerarsi inaccettabile che un individuo possa essere detenuto in condizioni che non tengano minimamente in considerazione i suoi bisogni essenziali²⁷. La Corte non ha accolto l'argomentazione addotta dalle autorità nazionali – teoria della “prigione a tre pareti” – secondo la quale non vi era stata privazione della libertà poiché la persona interessata avrebbe potuto distogliersi dallo stato di fermo presso l'aeroporto prendendo un volo in uscita dal Paese²⁸.

La possibilità di lasciare il territorio statale non è da valutare in linea teorica, bensì deve essere considerata in maniera pratica con attenzione al caso specifico e non deve concretarsi in una violazione del divieto di *refoulement*. Il trattenimento di stranieri nella zona internazionale comporta una restrizione della libertà. Questa misura deve essere accompagnata da garanzie adeguate e deve durare per un periodo di tempo che non si prolunghi in maniera eccessiva. In caso contrario la semplice «restrizione» della libertà diventa una «privazione» della libertà²⁹.

catering arrangements or contact with the outside world, the transit zone is wholly inappropriate to the needs of a stay of more than ten days».

²⁷ Ivi, par. 106: «The Court considers it unacceptable that anyone might be detained in conditions in which there is a complete failure to take care of his or her essential needs».

²⁸ Corte Edu, *Amuur v. France*, application n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996; Standard CPT, Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti e Pene Inumane e Degradanti (CPT), CoE Doc. CPT/Inf/E (2002) 1 - Rec. 2010, Strasburgo, dicembre 2010 (“Standard CPT”), pp. 53-54.

²⁹ Corte Edu, *Amuur v. France*, application n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, par. 43: «Holding aliens in the international zone does indeed involve a restriction upon liberty, but one which is not in every respect comparable to that which obtains in centres for the detention of aliens pending deportation. [...] Such holding should not be prolonged excessively, otherwise there would be a risk of it turning a mere restriction on liberty [...]».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Le restrizioni meno gravi, che per grado di intensità non costituiscono una privazione della libertà personale, sono da considerare relative al diritto alla libertà di circolazione³⁰. Nel caso *Celipli c. Svezia*, il ricorrente,

³⁰ UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 dicembre 1966, 999 UNTS 171, art. 12: «1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own. 3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant. 4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country»; Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasburgo, 16 settembre 1963, art. 2 - Freedom of movement: «1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own. 3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. 4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society»; Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, art. 22: «1. Every person lawfully in the territory of a State Party has the right to move about in it, and to reside in it subject to the provisions of the law. 2. Every person has the right to leave any country freely, including his own. 3. The exercise of the foregoing rights may be restricted only pursuant to a law to the extent necessary in a democratic society to prevent crime or to protect national security, public safety, public order, public morals, public health, or the rights or freedoms of others. 4. The exercise of the rights recognized in paragraph 1 may also be restricted by law in designated zones for reasons of public interest. 5. No one can be expelled from the territory of the state of which he is a national or be deprived of the right to enter it. 6. An alien lawfully in the territory of a State Party to this Convention may be expelled from it only pursuant to a decision reached in accordance



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

cittadino straniero di etnia curda, era soggetto a un'ordinanza di espulsione e gli era stato imposto l'obbligo di residenza nel territorio comunale unitamente all'obbligo di notificare la sua presenza tre volte a settimana. Il Comitato dei diritti umani ha ritenuto che le misure applicate al ricorrente non rientrassero nella fattispecie della privazione della libertà,

with law. 7. Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes. 8. In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions. 9. The collective expulsion of aliens is prohibited»; Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter"), 27 giugno 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), art. 12: «1. Every individual shall have the right to freedom of movement and residence within the borders of a State provided he abides by the law. 2. Every individual shall have the right to leave any country including his own, and to return to his country. This right may only be subject to restrictions, provided for by law for the protection of national security, law and order, public health or morality. 3. Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with laws of those countries and international conventions. 4. A non-national legally admitted in a territory of a State Party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law. 5. The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsion shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups»; League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, 15 settembre 1994, art. 20: «Everyone residing on the territory of a State shall have freedom of movement and freedom to choose the place of residence in any part of the territory, within the limits of the law» e art. 21: «Citizens shall not be arbitrarily or illegally deprived from leaving any Arab country, including their own, or their residency restricted to a particular place, or forced to live in any area of their country».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ma fossero da considerare una restrizione alla libera circolazione in violazione dell'art. 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³¹.

3. Detenzione legittima: bilanciamento tra sovranità statale e libertà individuale

La detenzione amministrativa degli stranieri è caratterizzata dalla dicotomia tra le prerogative sovrane dello Stato e i diritti fondamentali riconosciuti universalmente alla persona umana, indipendentemente dal suo *status* giuridico.

In linea con questa visione dicotomica sono gli studi di Michael Flynn, secondo il quale il cuore del fenomeno della detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo è da ricercarsi nella tensione irrisolta tra due *concorrenti*, entrambi ancorati saldamente ed inequivocabilmente al diritto internazionale: la libertà personale e la sovranità statale (2002, 11). Più radicale Wilsher, che ritiene che ogni diritto umano relativo al rispetto della libertà di uno straniero confligga con il sostanzialmente illimitato diritto degli Stati di controllare l'ingresso e l'espulsione dei non-cittadini conferito loro sia dal diritto interno che dal diritto pubblico internazionale (2004, 898).

Se è vero che gli Stati hanno un ampio margine di discrezionalità rispetto al rilascio delle autorizzazioni per entrare e risiedere all'interno

³¹ *Celepli c. Svezia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 456/1991, decisione del 26 luglio 1994, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/456/1991 (1994).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

dei propri confini, la decisione di detenere o di allontanare uno straniero è, tuttavia, vincolata al rispetto di determinate norme e principi.

La detenzione è una misura eccezionale e può essere giustificata esclusivamente se attuata per uno scopo legittimo. In assenza di un tale scopo, la detenzione è da considerarsi arbitraria, anche se l'ingresso sul territorio è avvenuto in maniera illegale³². I motivi della detenzione devono essere definiti chiaramente e tassativamente nella legislazione, inoltre sarebbe opportuno considerare illegittima la privazione della libertà a carico di individui che non possono essere identificati o espulsi per motivi di cui non possono essere considerati responsabili³³. Tuttavia,

³² *A. v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 560/1993, decisione del 30 aprile 1997, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, par. 9.4: «The Committee observes however, that every decision to keep a person in detention should be open to review periodically so that the grounds justifying the detention can be assessed. In any event, detention should not continue beyond the period for which the State can provide appropriate justification. For example, the fact of illegal entry may indicate a need for investigation and there may be other factors particular to the individuals, such as the likelihood of absconding and lack of cooperation, which may justify detention for a period. Without such factors detention may be considered arbitrary, even if entry was illegal. In the instant case, the State party has not advanced any grounds particular to the author's case, which would justify his continued detention for a period of four years, during which he was shifted around between different detention centres. The Committee therefore concludes that the author's detention for a period of over four years was arbitrary within the meaning of article 9, paragraph 1».

³³ UN Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Rapporteur: Manuela Carmena Castrillo, A/HRC/10/21, 16 febbraio 2009, par. 67: «[...] Grounds for detention must be clearly and exhaustively defined and the legality of detention must be open for challenge before a court and regular review within fixed time limits. Established time limits for judicial review must even stand in "emergency situations" when an exceptionally large number of undocumented immigrants enter the terri-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

non è sufficiente che la detenzione sia prevista dalla legge perché essa non sia da considerarsi arbitraria.

In questo contesto giuridico il principio di proporzionalità e il principio di necessità agiscono da argini a tutela della libertà individuale rispetto ai poteri sovrani degli Stati. Il principio di proporzionalità dispone che qualsiasi decisione di privare una persona della sua libertà deve essere *proporzionata* a fini specifici stabiliti dalla legge. Inoltre, secondo il principio di necessità, l'attuazione di misure detentive deve essere *necessaria* rispetto al raggiungimento dello scopo prefissato, che non potrebbe essere raggiunto attraverso l'uso di misure meno afflittive rispetto alla libertà dell'individuo, secondo una valutazione da effettuarsi caso per caso.

4. La legittimità della detenzione nelle decisioni dello *Human Rights Committee*

Lo *Human Rights Committee* può ricevere comunicazioni di violazione del Patto sui diritti civili e politici da parte di individui che si trovino sotto la giurisdizione di uno Stato che abbia aderito al Protocollo opzio-

tory of a State. Provisions should always be made to render detention unlawful if the obstacle for identifying immigrants in an irregular situation or carrying out removal from the territory does not lie within their sphere, for example, when the consular representation of the country of origin does not cooperate or legal considerations – such as the principle of non-refoulement barring removal if there is a risk of torture or arbitrary detention in the country of destination – or factual obstacles – such as the unavailability of means of transportation – render expulsion impossible».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

nale. Tale protocollo configura un ruolo quasi giurisdizionale per il Comitato dei diritti dell'uomo.

La giurisprudenza del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha fornito un grande impulso rispetto all'interpretazione e all'applicazione dei principi di proporzionalità e di necessità per stabilire la legittimità o l'arbitrarietà rispetto ai casi di detenzione amministrativa degli stranieri.

Il caso di scuola per eccellenza è *A. v. Australia*, nel quale un richiedente asilo, di nazionalità cambogiana, solleva una questione di proporzionalità nel valutare la necessità e la potenziale arbitrarietà delle misure detentive che gli sono state comminate. Il Comitato – pur affermando che non vi sia una norma di diritto internazionale, generale o pattizio, che possa far ritenere che la detenzione dei richiedenti asilo sia intrinsecamente arbitraria³⁴ – ha stabilito che l'Australia non è riuscita a fornire una giustificazione idonea a tenere una persona in stato di detenzione per più di quattro anni, sostenendo che il trattenimento può essere considerato arbitrario se non è necessario rispetto alle circostanze del caso – ad esempio per impedire la fuga o l'occultamento delle prove – in queste circostanze rileva l'elemento della proporzionalità³⁵. La misura di priva-

³⁴ *A. v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 560/1993, decisione del 30 aprile 1997, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, par. 9.3: «The Committee agrees that there is no basis for the author's claim that it is per se arbitrary to detain individuals requesting asylum. Nor can it find any support for the contention that there is a rule of customary international law which would render all such detention arbitrary».

³⁵ *Ivi*, par. 9.2: «On the first question, the Committee recalls that the notion of "arbitrariness" must not be equated with "against the law" but be interpreted more broadly to include such elements as inappropriateness and injustice. Furthermore, remand in cus-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

zione della libertà deve essere interrotta nel caso in cui lo Stato non possa fornire una giustificazione adeguata rispetto al suo scopo, o se le ragioni che l'abbiano determinata siano cessate³⁶.

Il Comitato riafferma nuovamente il principio di necessità, qualche anno dopo, nel caso *C. v. Australia*. I giudici, richiamando quanto già sostenuto nella sentenza *A. v. Australia*, hanno stabilito che, affinché una misura privativa della libertà non sia arbitraria, lo Stato deve sempre fornire una motivazione adeguata per giustificare la detenzione individuale anche alla luce del passaggio del tempo e del mutare delle circostanze. Nel caso in specie, il ricorrente è un cittadino iraniano, che durante i due anni di detenzione ha sofferto di problemi psichiatrici. Il Comitato – nel condannare l'Australia per violazione dell'art. 9 par. 1 del Patto sui diritti civili e politici – evidenzia che lo Stato deve dimostrare di non poter raggiungere gli scopi perseguiti attraverso l'utilizzo di misure meno invasive, alternative alla detenzione, come l'obbligo di presentarsi periodicamente davanti alle autorità o il deposito di una cauzione, tenute conto le condizioni specifiche dell'individuo³⁷. Si colloca esattamente nello stesso solco

today could be considered arbitrary if it is not necessary in all the circumstances of the case, for example to prevent flight or interference with evidence: the element of proportionality becomes relevant in this context. The State party however, seeks to justify the author's detention by the fact that he entered Australia unlawfully and by the perceived incentive for the applicant to abscond if left in liberty. The question for the Committee is whether these grounds are sufficient to justify indefinite and prolonged detention».

³⁶ Ivi, par. 9.4, vedi nota 37.

³⁷ *C. v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 900/1999, decisione del 28 ottobre 2002, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1050/2002, par. 8.2: «As to the claims relating to the first period of detention, in terms of article 9, paragraph 1, the Committee recalls its



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

giurisprudenziale la sentenza resa nel caso di *D and E, and their two children*, nella cui pronuncia il Comitato condanna l'Australia per la aver detenuto questa famiglia iraniana in modo arbitrario, per tre anni³⁸.

jurisprudence that, in order to avoid a characterization of arbitrariness, detention should not continue beyond the period for which the State party can provide appropriate justification. In the present case, the author's detention as a non-citizen without an entry permit continued, in mandatory terms, until he was removed or granted a permit. While the State party advances particular reasons to justify the individual detention (para. 4.28 et seq.), the Committee observes that the State party has failed to demonstrate that those reasons justify the author's continued detention in the light of the passage of time and intervening circumstances. In particular, the State party has not demonstrated that, in the light of the author's particular circumstances, there were not less invasive means of achieving the same ends, that is to say, compliance with the State party's immigration policies, by, for example, the imposition of reporting obligations, sureties or other conditions which would take account of the author's deteriorating condition. In these circumstances, whatever the reasons for the original detention, continuance of immigration detention for over two years without individual justification and without any chance of substantive judicial review was, in the Committee's view, arbitrary and constituted a violation of article 9, paragraph 1».

³⁸ *D. and E., and their two children v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 1050/2002, decisione del 9 agosto 2006, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1050/2002, par. 4.2: « [...] the State party [...] argues that the prohibition against the deprivation of liberty is not absolute since the travaux préparatoires show that the drafters explicitly contemplated detention of non-citizens for immigration control as an exception to the general prohibition. Furthermore, it argues that the term "law" refers to law in the domestic legal system and that detention must be not only lawful, but reasonable in all the circumstances. (4) It recalls that there is no indication in the Committee's jurisprudence that detention for a particular length of time could be considered arbitrary per se. It also recalls that detention of unauthorised arrivals is not arbitrary per se, and that the main test is whether the detention is reasonable, proportionate, appropriate and justifiable in all the circumstances. (5) With regard to the present case, it argues that the claim is without merit. It explains that detention of unauthorised arrivals allows for an assessment of whether the person has a lawful right to remain in the country and for checks to be completed before the person is permitted ac-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Concludendo l'analisi di questo ristretto, ma rappresentativo, gruppo di sentenze dello Human Rights Committee, un breve passaggio deve essere fatto relativamente al caso del sig. *Omar Sharif Baban*, di nazionalità irachena ed etnia curda, attivista della Patriotic Union of Kurdistan (PUK), sempre contro il Governo australiano. Il Comitato, nella pronuncia resa, ha ritenuto che l'impossibilità di eseguire un provvedimento di espulsione è una causa di sopraggiunta illegittimità della detenzione stessa, in quanto lo scopo perseguito non è realisticamente raggiungibile³⁹.

Da questa disamina appare evidente come il Comitato dei diritti umani, nello stabilire la presenza o meno di violazioni del Patto rispetto ai casi di detenzione amministrativa dei migranti, abbia preso in consi-

cess to the general community. Detention is thus for administrative, not correctional purposes. The authors were placed in immigration detention in accordance with section 189(1) of the Migration Act. The State party argues that their detention was not arbitrary since their initial detention was proportionate to the objective sought, namely to allow the authorities to process their asylum application and for the Refugee Review Tribunal and Minister to review this decision. It argues further that the circumstances leading to their detention has been subject to review, by both the Refugee Review Tribunal and Minister, but the decision to deny the authors a visa was confirmed and the authors remained in detention, pending their removal from the country. Consequently, the detention of the authors was reasonable and necessary in all the circumstances».

³⁹ *Omar Sharif Baban v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 1014/2001, del 18 settembre 2003, 2003CCPR/C/78/D/1014/2001, par. 7.2: «[...] In the present case, the author's detention as a non-citizen without an entry permit continued, in mandatory terms, until he was removed or granted a permit. While the State party advances particular reasons to justify the individual detention (para. 4.15 et seq.), the Committee observes that the State party has failed to demonstrate that those reasons justified the author's continued detention in the light of the passage of time and intervening circumstances such as the hardship of prolonged detention for his son or the fact that during the period under review the State Party apparently did not remove Iraqis from Australia [...]».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

derazione non solo i requisiti formali delle misure di privazione della libertà, ma abbia anche valutato nel merito le ragioni sostanziali.

Lo *Human Rights Committee* effettua in concreto un giudizio di ragionevolezza, proporzionalità e necessità, non accettando l'ipotesi dell'operare automatico della detenzione amministrativa dei migranti in quanto tali.

5. La legittimità della detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è lo strumento regionale di tutela dei diritti umani più avanzato al mondo, soprattutto grazie allo strumento giurisdizione obbligatoria della Corte europea dei diritti dell'uomo che consente di dare effettività ai diritti da essa tutelati (Delmas-Marty 1992; Nascimbene 2002; Van Dijk, Van Hoof *et al.* 2006; Jacobs, Ovey *et al.* 2006).

Nonostante ciò, la giurisprudenza della Corte, rispetto alla detenzione amministrativa dei migranti, nell'operare un bilanciamento tra il diritto alla libertà e le prerogative sovrane degli Stati parte, sembra pretendere per la maggiore garanzia di queste ultime. Come notato da Campesi «questa giurisprudenza ha [...] scontato numerosi limiti, non riuscendo a costruire un argine contro la proliferazione dei centri per migranti in tutta Europa. Tali limiti evidenziano senza dubbio una certa deferenza nei confronti degli Stati firmatari, la cui prerogativa sovrana sui confini non è stata minimamente messa in questione» (2013, 89).

L'articolo 5 della CEDU prevede che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà» salvo poi fornire un



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

elenco esaustivo di eccezioni a questa regola, ponendo una riserva di legge. Tra i motivi che legittimano il ricorso a misure restrittive della libertà personale troviamo *sic et simpliciter* la detenzione amministrativa degli stranieri. Ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettera f) è infatti consentito «[l']arresto o [la] detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione»⁴⁰.

⁴⁰ Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 novembre 1950, ETS 5, art. 5 - Right to liberty and security: «1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court; (b) the lawful arrest or detention of a person for noncompliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law; (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so; (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority; (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants; (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition. 2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him. 3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial. 4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the de-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Ogni privazione della libertà, per non essere considerata arbitraria, deve essere prevista dalla legge, effettuata in buona fede e deve essere strettamente connessa allo scopo perseguito⁴¹.

La Commissione europea dei diritti umani, sin dagli anni '70, ha ritenuto che la detenzione non è da considerarsi legittima se il provvedimento di espulsione non viene eseguito con la *dovuta diligenza* e senza causare inutili ritardi⁴² (Nedjati 1978, 91). Il provvedimento restrittivo della libertà personale viene considerato una misura ancillare al controllo dei confini o al decreto di espulsione, ragion per cui non necessita di ulteriori giustificazioni.

A partire dagli anni '90, abbiamo assistito ad un aumento dei rapporti e delle raccomandazioni pubblicate dagli organi del Consiglio d'Europa,

tention is not lawful. 5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation».

⁴¹ Corte Edu, *Čonka v. Belgium*, application n. 51564/99, sentenza del 5 febbraio 2002, par. 39: «Where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question whether “a procedure prescribed by law” has been followed, the Convention refers essentially to the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law, but it requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness»; *Saadi v. the United Kingdom*, application n. 13229/03, sentenza del 29 gennaio 2008, par. 74: «To avoid being branded as arbitrary, therefore, such detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be appropriate, bearing in mind that “the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country” and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued».

⁴² Corte Edu, *Lynas v. Switzerland*, application n. 7317/75, sentenza del 6 ottobre 1976, in Decisions and Reports 6, par. 167.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

che esprimevano preoccupazione in merito all'uso/abuso della detenzione amministrativa da parte degli Stati. Tuttavia, la Corte non ha effettuato alcun *revirement* nella sua giurisprudenza in materia, che, al contrario è stata costantemente confermata.

5.1 La Corte di Strasburgo ed il principio di necessità: il caso *Chahal c. Regno Unito*

La sentenza *Chahal c. Regno Unito* esprime, in maniera inequivocabile, la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente al *principio di necessità*, che – come evidenziato in precedenza – si era già affermato nella giurisprudenza del Comitato dei diritti umani: in particolare, la Corte si è interrogata sulla sua imprescindibilità nel giudizio di legittimità di una misura di privazione della libertà.

Il caso riguarda un provvedimento di allontanamento verso l'India di un separatista Sikh per ragioni di sicurezza nazionale. La Corte di Strasburgo ha constatato che il Regno Unito ha violato l'art. 3 della CEDU posto che, nel caso di specie, l'espulsione avrebbe esposto il ricorrente al rischio di subire torture.

Rispetto al periodo che il sig. Chahal ha trascorso in stato di detenzione in attesa dell'espulsione, invece, la Corte ha all'unanimità affermato l'avvenuta violazione dell'articolo 5.4, che garantisce il diritto accesso al controllo giurisdizionale sulla legittimità della detenzione. Mentre, a maggioranza di tredici voti contro sei, ha concluso per una non violazione dell'articolo 5.1.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

La Corte, richiamando l'art. 5, comma 1 lettera *f*, ha ritenuto che la Convenzione non richiede che la detenzione di una persona, contro la quale è in corso un provvedimento di espulsione, debba essere sottoposta ad un giudizio di proporzionalità e di necessità. Nella misura in cui il procedimento di espulsione è in corso, la detenzione amministrativa può essere considerata legittima senza necessità di provare l'esistenza di altre condizioni giustificative⁴³.

5.2 Legittimità del trattenimento presso le transit zone: Il caso *Amuur c. Francia*

Nella sentenza *Amuur v. France*⁴⁴, la Corte ha focalizzato la sua attenzione sul principio di legalità sancito dall'articolo 5.1, giudicando la detenzione presso la *transit zone* come arbitraria. A parere dei giudici, la

⁴³ Corte Edu, *Chahal v. United Kingdom*, application n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996, par. 112: «The Court recalls that it is not in dispute that Mr Chahal has been detained "with a view to deportation" within the meaning of Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) (see paragraph 109 above). Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) does not demand that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary, for example to prevent his committing an offence or fleeing; in this respect Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) provides a different level of protection from Article 5 para. 1 (c) (art. 5-1-c). Indeed, all that is required under this provision (art. 5-1-f) is that "action is being taken with a view to deportation". It is therefore immaterial, for the purposes of Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f), whether the underlying decision to expel can be justified under national or Convention law».

⁴⁴ Corte Edu, *Amuur v. France*, application n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, di cui si è già parlato rispetto alla definizione del concetto di "detenzione" nel paragrafo 1 di questo articolo.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Francia ha trattenuto in stato di detenzione i signori Amuur al di fuori di un regime giuridico chiaro, violando, per cui, il principio di legalità formale.

La condanna non è, tuttavia, priva di ambiguità: nonostante la constatazione dell'avvenuta violazione, la Corte afferma, infatti, che confinare gli stranieri nella zona internazionale di un aeroporto non è una misura equiparabile al trattenimento presso i centri creati *ad hoc* per detenere gli stranieri in attesa di espulsione. Tale sentenza può, quindi, essere interpretata anche nel senso che, il confinamento nelle zone internazionali, per un periodo di tempo non eccessivamente prolungato ed accompagnato da opportune garanzie e dal rispetto degli obblighi internazionali, configurerebbe una *semplice* restrizione alla libertà di circolazione, non essendo quindi vietata *tout court*. I giudici hanno, inoltre, sottolineato l'esistenza di un diritto innegabile in capo agli Stati di controllare l'ingresso degli stranieri sul loro territorio e di farlo ricorrendo alla detenzione, che viene definita come *inevitable* al fine di svolgere le pratiche amministrative relative al rimpatrio⁴⁵.

⁴⁵ Ivi, par. 43: «Holding aliens in the international zone does indeed involve a restriction upon liberty, but one which is not in every respect comparable to that which obtains in centres for the detention of aliens pending deportation. Such confinement, accompanied by suitable safeguards for the persons concerned, is acceptable only in order to enable States to prevent unlawful immigration while complying with their international obligations, particularly under the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention on Human Rights. States' legitimate concern to foil the increasingly frequent attempts to circumvent immigration restrictions must not deprive asylum-seekers of the protection afforded by these conventions. Such holding should not be prolonged excessively, otherwise there would be a risk of it turning a mere restriction on liberty - inevitable with a view to organising the practical details of



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

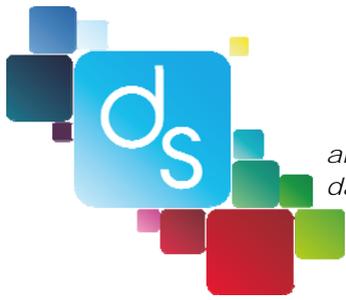
Poco tempo dopo la pubblicazione di questa sentenza l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha pubblicato una raccomandazione sulla "Protezione ed il rafforzamento dei diritti dei rifugiati e dei richiedenti asilo in Europa", nella quale si auspica, anche in riferimento alla detenzione negli aeroporti, il ricorso a misure non restrittive della libertà personale e la fissazione di un limite di tempo massimo di detenzione⁴⁶.

5.3 La Grande Camera ed il caso Saadi c. Regno Unito

La tendenza della Corte di Strasburgo a considerare non indispensabile l'effettuazione di un *test di necessità*, volto a valutare se la detenzione risponde a uno scopo specifico ulteriore rispetto alla garanzia dell'effettività delle politiche di controllo della frontiera, è stata confermata nella nota sentenza *Saadi c. Regno Unito*.

the alien's repatriation or, where he has requested asylum, while his application for leave to enter the territory for that purpose is considered - into a deprivation of liberty. In that connection account should be taken of the fact that the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country. Although by the force of circumstances the decision to order holding must necessarily be taken by the administrative or police authorities, its prolongation requires speedy review by the courts, the traditional guardians of personal liberties. Above all, such confinement must not deprive the asylum-seeker of the right to gain effective access to the procedure for determining refugee status».

⁴⁶ Council of Europe, Parliamentary Assembly, recommendation n. 1327/1997, on the *Protection and Reinforcement of the Human Rights of Refugees and Asylum-Seekers in Europe*, par. 8; cfr. anche il rapporto: Council of Europe, Committee on Migration, Refugees and Demography, *Arrival of Asylum Seekers at European Airports*. Report to the Parliamentary Assembly, rapporteur: Mr Gross, Switzerland, Socialist Group, 8 giugno 2000, Doc. 8761.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nel caso di specie il ricorrente è un cittadino iracheno che, giunto in Inghilterra, all'aeroporto di Heathrow, ha richiesto che gli venisse riconosciuto lo status di rifugiato. Dopo aver presentato la richiesta di asilo, a distanza di quattro giorni, il dott. Saadi è stato posto in stato di detenzione e trasferito in un centro di trattenimento. L'obiettivo della privazione della libertà era quello di consentire una *fast-track procedure*, una procedura utilizzata per velocizzare i tempi di risposta alle richieste di asilo considerate manifestamente infondate⁴⁷.

L'argomentazione dei giudici posta a fondamento di questa sentenza, in linea con la giurisprudenza precedente, è che la detenzione degli stranieri che fanno ingresso nel territorio di un determinato Paese, in maniera non autorizzata, rientri nelle prerogative legittime dello Stato, in quanto derivata dal «diritto sovrano innegabile di controllare l'ingresso degli stranieri e la loro residenza nel loro territorio». La Corte si spinge fino a definire la detenzione un «corollario indispensabile» rispetto al controllo delle frontiere. Le misure di privazione della libertà possono applicarsi, per la maggioranza della Grande Camera, a tutti gli stranieri, compresi i richiedenti asilo⁴⁸.

⁴⁷ Corte Edu, *Saadi v. United Kingdom*, application n. 13220/03, sentenza del 29 gennaio 2008, par. 23-25.

⁴⁸ Ivi, par. 64: «Whilst the general rule set out in Article 5 § 1 is that everyone has the right to liberty, Article 5 § 1 (f) provides an exception to that general rule, permitting States to control the liberty of aliens in an immigration context. As the Court has remarked before, subject to their obligations under the Convention, States enjoy an “undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory” (see *Amuur*, cited above, § 41; *Chahal*, cited above, § 73; and *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, §§ 67-68, Series A no. 94). It is a necessary adjunct to this right that States are permitted to detain would-be immigrants who have applied for permission to enter, whether by way of asylum or not. It is evident from the



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

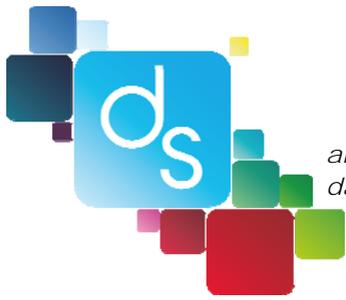
Saggi

Il caso solleva dinanzi alla Corte un quesito molto interessante. Si può considerare come un tentativo di ingresso non autorizzato quello effettuato da un individuo che varchi i confini di uno Stato e presenti, senza indugi, la richiesta di asilo presso le autorità competenti? A questo proposito è necessario ricordare che la procedura espletata dalle autorità competenti rispetto alle richieste di asilo, è accertativa e non costitutiva dello *status* di rifugiato.

La Grande Camera, in linea con quanto espresso dalla Corte di appello, dalla Camera dei Lord e dalla Camera, ritiene che uno straniero che non sia stato *espressamente autorizzato* a varcare la frontiera stia effettuando un *ingresso non autorizzato* e che, secondo quanto previsto dall'articolo 5.1(f), la sua detenzione è finalizzata ad impedirgli di *entrare irregolarmente nel territorio*. La Corte rigetta, quindi, l'ipotesi che un richiedente asilo che si rechi prontamente presso le autorità competenti stia tentando di *entrare regolarmente* nel territorio dello Stato. In considerazione di ciò, essa ritiene indebitamente limitativa della sovranità statale, l'interpretazione dell'articolo 5.1(f) che autorizzerebbe solo la detenzione di un soggetto che abbia tentato di sottrarsi ai controlli di frontiera e alle restrizioni all'immigrazione imposte dallo Stato⁴⁹.

tenor of the judgment in Amuur that the detention of potential immigrants, including asylum-seekers, is capable of being compatible with Article 5 § 1 (f)». La traduzione in italiano utilizzata è un testo non ufficiale tradotto dall'Unione forense per la tutela dei diritti umani ed è reperibile nel database della giurisprudenza degli organi di controllo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo "HUDOC".

⁴⁹ Ivi, par. 65: «On this point, the Grand Chamber agrees with the Court of Appeal, the House of Lords and the Chamber that, until a State has "authorised" entry to the country, any entry is "unauthorised" and the detention of a person who wishes to effect entry and who needs but does not yet have authorisation to do so can be, without any



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nella sentenza in esame la Corte ha sottolineato i requisiti che gli Stati devono rispettare affinché una misura di privazione della libertà non venga considerata arbitraria: 1) deve avvenire in buona fede, 2) deve essere strettamente connessa con lo scopo di prevenire un ingresso non autorizzato, 3) il luogo e le condizioni detentive devono essere appropriate, 4) il periodo di tempo deve essere ragionevole rispetto all'obiettivo perseguito⁵⁰. Ancora una volta, i giudici non attribuiscono alcuna rilevanza ai principi di proporzionalità e di necessità. Applicando questi criteri al caso di specie la maggioranza dei giudici ha statuito che trattenere il ricorrente per sette giorni in un centro detentivo non fosse da considerare

distortion of language, to “prevent his effecting an unauthorised entry”. It does not accept that as soon as an asylum-seeker has surrendered himself to the immigration authorities, he is seeking to effect an “authorised” entry, with the result that detention cannot be justified under the first limb of Article 5 § 1 (f). To interpret the first limb of Article 5 § 1 (f) as permitting detention only of a person who is shown to be trying to evade entry restrictions would be to place too narrow a construction on the terms of the provision and on the power of the State to exercise its undeniable right of control referred to above. Such an interpretation would, moreover, be inconsistent with Conclusion no. 44 of the Executive Committee of the United Nations High Commissioner for Refugees’ Programme, the UNHCR’s Guidelines and the Committee of Ministers’ Recommendation (see paragraphs 34-35 and 37 above), all of which envisage the detention of asylum-seekers in certain circumstances, for example while identity checks are taking place or when elements on which the asylum claim is based have to be determined».

⁵⁰ Ivi, par. 74: «To avoid being branded as arbitrary, therefore, such detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be appropriate, bearing in mind that “the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country” (see Amuur, cited above, § 43); and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

arbitrario, in considerazione delle serie difficoltà amministrative che il Regno Unito si trovava a fronteggiare in quel periodo, causate dal notevole incremento delle richieste di asilo⁵¹.

Questa sentenza apre *ombrello giuridico* al di sopra dell'ampia prassi che vede ormai gli Stati fare ricorso alla detenzione dei richiedenti asilo per ragioni di «semplice convenienza amministrativa» (Campesi 2012, 333), cosicché chiunque si presenti alla frontiera senza un regolare titolo di ingresso può essere assoggetto ad una misura detentiva in maniera completamente indipendentemente dalla sua condotta.

6. Corte di Strasburgo: una giurisprudenza che restringe i diritti

Tirando le somme della disamina fin qui fatta della giurisprudenza, si può sostenere che, relativamente al trattenimento degli stranieri, la Corte di Strasburgo non sembra trovare la sua base assiologica nell'universalismo dei diritti umani. Essa giustifica, indirettamente, anche modelli quali quello maltese o australiano, contraddistinti dall'automatismo dello strumento

⁵¹ Ivi, par. 80: «In conclusion, therefore, the Court finds that, given the difficult administrative problems with which the United Kingdom was confronted during the period in question, with increasingly high numbers of asylum-seekers (see also Amuur, cited above, § 41), it was not incompatible with Article 5 § 1 (f) of the Convention to detain the applicant for seven days in suitable conditions to enable his claim to asylum to be processed speedily. Moreover, regard must be had to the fact that the provision of a more efficient system of determining large numbers of asylum claims rendered unnecessary recourse to a broader and more extensive use of detention powers. It follows that there has been no violation of Article 5 § 1 of the Convention in the present case».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

amministrativo della detenzione finalizzata ad impedire l'ingresso nel territorio dello Stato, nelle more di un procedimento di espulsione, nonché durante il procedimento di richiesta di asilo. L'idea sottesa è che il tentativo di ingresso sia illegittimo, fintanto che non venga autorizzato dalle autorità di frontiera, e che in attesa di un provvedimento di allontanamento coatto si possa cristallizzare per mesi la vita di una ormai *non-persona* (Dal Lago 1999), senza che ciò sia considerato non proporzionato rispetto allo scopo perseguito. Il baricentro del bilanciamento operato dalla Corte sembra, infatti, protendere con decisione verso esigenze di tipo securitario, piuttosto che verso il rispetto della dignità degli stranieri.

La Corte ha evidentemente operato sulla base della infelice formulazione della norma stessa della Convenzione, laddove, come evidenziato in precedenza, è esplicitamente contenuta la legittimazione allo strumento della detenzione dei non-cittadini nei casi previsti dall'art. 5.1(f). Ha, inoltre, utilizzato come *standard* internazionale di riferimento gli atti dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati⁵², meno garantista rispetto a quello del Comitato dei Diritti Umani, secondo il quale la valutazione della legittimità della detenzione nella fattispecie concreta deve essere parametrata ai canoni di necessità e proporzionalità.

L'impostazione di questo filone giurisprudenziale, però, suscita non poche perplessità alla luce di quanto previsto espressamente dalla CEDU stessa al suo art. 53, a mente del quale «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limi-

⁵² UNHCR's Guidelines Conclusion no. 44 of the Executive Committee of the United Nations High Commissioner for Refugees Programme, Committee of Ministers' Recommendation Cfr. *Saadi v. United Kingdom*, cit., par. 34, 35, 37.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

tare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi». Non sta forse la Corte limitando i diritti tutelati dall'articolo 9 del Patto sui diritti civili e politici di cui tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa sono Alte parti contraenti? Il Patto è stato interpretato dallo *Human Right Committee* nel senso che la detenzione deve essere legittima, non deve essere imposta per ragioni di mera opportunità amministrativa⁵³ e deve soddisfare i requisiti di necessità e di proporzionalità.

Ma non solo, la Corte non appare coerente neanche con il suo stesso giudicato, alla luce dei precedenti giurisprudenziali relativi alle eccezioni di cui alle lettere b), d) ed e) dell'art. 5, paragrafo 1, in cui essa ha sottolineato il carattere imperativo dell'applicazione dei principi di proporzionalità e necessità, sancendo la preminenza della salvaguardia dei diritti individuali rispetto all'interesse collettivo all'ordine ed alla sicurezza pubblico. Tale orientamento della Corte ha creato una frattura nell'ambito delle garanzie giuridiche concesse a ogni essere umano ai sensi dell'art. 5 della Convenzione, fornendo una tutela "mutilata" nei riguardi dei migranti c.d. irregolari.

Questa problematicamente è stata acutamente rilevata da alcuni giudici nell'opinione parzialmente dissenziente allegata alla sentenza, precedentemente esaminata, *Saadi c. Regno Unito*. Questi giudici, discostandosi enormemente da quanto deciso a maggioranza ritengono che: «ri-

⁵³ *Van Alphen v. Netherlands*, comunicazione n. 305/1988, decisione del 15 agosto 1990, UN Doc. CCPR/C/39/D/305/1988(1990).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

guardo alla detenzione in generale, i requisiti della necessità e della proporzionalità obbligano lo Stato a fornire motivazioni pertinenti e sufficienti a giustificazione delle misure prese ed a prendere in considerazione altre misure meno coercitive, oltre che a spiegare perché quelle misure sono ritenute insufficienti alla salvaguardia degli interessi privati e pubblici che sottendono la privazione della libertà. La semplice opportunità o comodità amministrativa non è sufficiente. Non capiamo in nome di quale valore o interesse più alto si possa giustificare il concetto che, in uno Stato di diritto, queste garanzie fondamentali della libertà individuale non potrebbero o non dovrebbero essere applicate alla detenzione dei richiedenti asilo [...] Ciò che è ancor più essenziale, non solo nel contesto dell'asilo ma anche in altre situazioni che coinvolgono la privazione della libertà, è sostenere che la detenzione è nell'interesse della persona coinvolta ci sembra una posizione estremamente pericolosa. Inoltre, sostenere nel caso di specie che la detenzione è nell'interesse non solamente dei richiedenti asilo «ma anche di coloro che in numero sempre maggiore sono in attesa» è parimenti inaccettabile. In nessun caso il fine può giustificare il mezzo; nessun individuo, nessun essere umano può essere utilizzato come mezzo per raggiungere un fine»⁵⁴.

L'orientamento della Corte appare ingiustificato anche rispetto ai recenti interventi del Consiglio d'Europa in tema di detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo. Il Comitato dei Ministri ha predisposto,

⁵⁴ Corte Edu, *Saadi v. United Kingdom*, application n. 13220/03, sentenza del 29 gennaio 2008, opinione parzialmente dissenziente comune ai giudici Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann e Hirvelä.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

sulla scia delle *European Prison Rules*⁵⁵, delle linee guida – le *Twenty guidelines on forced return*⁵⁶ – nelle quali è posta in evidenza l'esigenza di utilizzare i principi di necessità e di proporzionalità per valutare nel merito una misura detentiva.

Successivamente, la risoluzione adottata dall'Assemblea parlamentare sulla *detenzione dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari in Europa*, ha fissato il principio per cui un provvedimento detentivo dovrebbe essere imposto ai richiedenti asilo o ai migranti irregolari solo dopo aver effettuato un esame attento e specifico ed individuale dei fatti e della necessità della detenzione, favorendo l'eventualità in cui si possa ricorrere ad una misura alternativa⁵⁷.

⁵⁵ Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules*, 11 gennaio 2006, Rec(2006)2, che hanno sostituito le precedenti *European Prison Rules* del 1987.

⁵⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, *Twenty Guidelines on Forced Return*, 4 maggio 2005.

⁵⁷ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1707 (2010): *The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe*, 28 gennaio 2010, RES 1707 (2010) par. 9: «In view of the above-mentioned considerations, the Assembly calls on member states of the Council of Europe in which asylum seekers and irregular migrants are detained to comply fully with their obligations under international human rights and refugee law, and encourages them to: 9.1. follow 10 guiding principles governing the circumstances in which the detention of asylum seekers and irregular migrants may be legally permissible. These principles aim to ensure that: 9.1.1. detention of asylum seekers and irregular migrants shall be exceptional and only used after first reviewing all other alternatives and finding that there is no effective alternative; 9.1.2. detention shall distinguish between asylum seekers and irregular migrants; asylum seekers must be protected from penalties on account of their unauthorised entry or presence; 9.1.3. detention shall be carried out by a procedure prescribed by law, authorised by a judicial authority and be subject to a periodic judicial review; 9.1.4. detention shall be ordered only for the specific



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

7. Conclusione

Come si evince chiaramente da quanto sin qui analizzato, possiamo rintracciare molteplici fonti che regolano in modo più o meno esplicito la detenzione amministrativa dei migranti e che si vanno a sovrapporre tra loro e con gli ordinamenti interni e, nei 28 Stati membri, con il diritto dell'Unione Europea.

Nonostante questo proliferare normativo il diritto alla libertà personale di centinaia di migliaia di migranti, richiedenti asilo e/o protezione internazionale non è ancora quesito. La tutela più efficace del Comitato per i Diritti Umani non ha di fatto, fino ad ora, avuto influenza sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Per il futuro si auspica che i giudici della Corte decidano di effettuare un coraggioso *revirement* della giurisprudenza a protezione del diritto alla libertà personale dei migranti e dei richiedenti asilo. Al momento, infatti, non si può che constatare che la tutela dall'arbitrarietà della detenzione per queste categorie di persone, è demandata quasi esclusivamente al giudice interno.

Concludendo si sottolinea come, in ambito regionale, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio di Europa, con la già citata risoluzione 1707

purpose of preventing an unauthorised entry or with a view to deportation or extradition; 9.1.5. detention shall not be arbitrary; 9.1.6. detention shall only be used when necessary; 9.1.7. detention shall be proportionate to the objective to be achieved; 9.1.8. the place, conditions and regime of detention shall be appropriate; 9.1.9. vulnerable people should not, as a rule, be placed in detention and specifically, unaccompanied minors should never be detained; 9.1.10. detention must be for the shortest time possible [...].».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

(2010), ha pienamente aderito al principio che considera la «detenzione come *extrema ratio*», sostenendo che è ormai universalmente accettato che la privazione della libertà personale debba essere utilizzata soltanto come ultima risorsa e che «la detenzione debba essere utilizzata solo in caso di insufficienza⁵⁸ e inefficienza di strumenti meno intrusivi».⁵⁹

De jure condendo, urge, inoltre, che gli Stati sviluppino programmi che prevedano alternative alla detenzione a livello nazionale, da utilizzare non solo al fine del controllo della popolazione non detenuta, ma per garantire il rispetto della dignità umana che viene calpestato privando della libertà un'intera categoria di persone, classificate solo in base al loro status giuridico.

Tali programmi, se attuati in maniera effettiva e diffusa, permetterebbero, infatti, la piena salvaguardia dei diritti umani, senza dimenticare le esigenze di sicurezza nazionale, in un temperamento bilanciato e soddisfacente di tutti gli interessi coinvolti.

Disciplinando le alternative al trattenimento, ad avviso di chi scrive, gli Stati potrebbero rivedere radicalmente la loro politica in materia di detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo, considerando l'ipotesi della completa abolizione dell'istituto o rendendola un provvedimento assolutamente eccezionale.

⁵⁸ Council of Europe – Parliamentary Assembly, Resolution 1707 (2010).

⁵⁹ G.A. Res. 63/184, U.N. GAOR, 63d Sess., U.N. Doc. A/RES/63/184 (Mar. 17, 2009).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Bibliografia

Bauman, Z. (2002), *Society Under Siege*, Cambridge: Polity Press – trad. it. S. Minucci, *La società sotto assedio*, Bari-Roma: Laterza.

Broeders, D., G. Engbersen (2007), *The Fight Against Illegal Migration: Identification Policies and Immigrants' Counterstrategies*, in *American Behavioral Scientist*, 12, pp. 1592-1609. 1601-1603.

Campesi, G. (2012), *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, in *Politica del diritto*, 2012, p. 333.

Campesi G. (2013), *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma: Carocci.

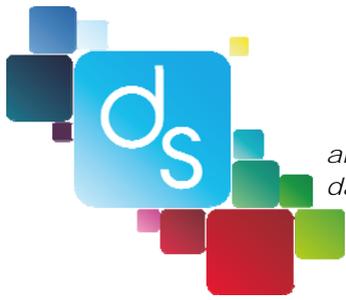
Cole, D. (2003), *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War of Terrorism*, New York: The New Press.

Dal Lago, A. (1999), *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano: Feltrinelli.

Delmas-Marty, M. (1992), *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*, The Hague: Kluwer Academic Publishers.

Flynn, M. (2011), *Immigration Detention and Proportionality*, in *Global Detention Project*, Programme for the Study of Global Migration Graduate Institute of International and Development Studies, Working Paper 4, Ginevra.

Flynn, M., C. Cannon (2010), *Detention at the borders of Europe: report on the joint global detention project*, in *International Detention Coalition Workshop*, Ginevra.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

García Hernández, C.C. (2014), *Immigration detention as punishment*, in *UCLA Law Review*, 61, pp. 1347-1414.

Guild, E. (2009), *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge: Polity Press.

Helton, A.C. (1989) *The detention of refugees and asylum seekers: A misguided threat to refugee protection*, in Loescher G. (cur.), *Refugees and International Relations*, Oxford: Oxford University Press, pp. 135-140.

Huysmans, J. (2000), *The European Union and the Securitization of Migration*, in *Journal of Common Market Studies*, 38, pp. 751-777.

Huysmans, J. (2006), *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in EU*, Londra: Routledge.

Huysmans, J., V. Squire (2010) *Migration and security* in M. Dunn Cavelti e V. Mauer, (cur.), *The Routledge handbook of security studies*. London: Routledge, pp. 169-179.

Jacobs, F.G., C. Ovey, R. White (2006), *The European Convention on Human Rights*, 4^a ed., Oxford: Oxford University Press.

Kalhan, A. (2010), *Rethinking immigration detention*, in *Columbia Law Review Sidebar*, 110, pp. 42-58.

Majcher, I. (2013), *"Crimmigration" in the European Union through the Lens of Immigration Detention*, in *Global Detention Project*, Programme for the Study of Global Migration Graduate Institute of International and Development Studies Working Paper 6, Ginevra.

Nagin, D. S. (1998) *Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century*, in *Crime and Justice*, 23, pp. 1-42.

Nascimbene, B. (cur.) (2002), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano: Giuffrè.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nedjati, Z. M. (1978), *Human Rights under the European Convention*, Amsterdam: North-Holland.

Stumpf, J. (2007), *The crimmigration crisis: immigrations, crime and sovereign power*, in *American University Law Review*, 56, pp. 367-419.

Van Dijk, P., F. Van Hoof, L. Zwaak, A. Van Rijn (cur.) (2006), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4^a ed., Antwerpen-Oxford: Intersentia.

Walters, W. (2002), *Deportation, Expulsion and the International Police of Aliens*, in *Citizenship Studies*, 6(3), pp. 265-292.

Wilsher, D. (2004), *The Administrative Detention of Non-Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 53(4), pp. 897-934.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Abstract

Administrative Detention of Foreigners, Without Any Crime

Administrative detention of foreigners (both migrants and asylum seekers) is a practice widely used by many States around the world. The following essay firstly aims to provide a definition and a delimitation of this kind of deprivation of liberty and to evaluate the consistency of this practice with the respect of international human rights law instruments. Furthermore, it is analyzed the significant case law of the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, highlighting divergences and different standards of protection.

Keywords: migrants, detention, crimmigration, asylum seekers, human rights.



Recensioni



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Recensioni

D. Lamparella, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di giustizia europea*, ESI, Napoli, 2014, pp. 99

La monografia affronta, in chiave ricostruttiva, il rapporto tra la Corte costituzionale e le magistrature superiori italiane con la Corte di giustizia europea e l'approccio che nel tempo il Giudice delle Leggi ha avuto rispetto all'istituto del rinvio pregiudiziale. La trattazione dell'argomento evidenzia come il dialogo tra giurisdizioni interne e giurisdizione comunitaria abbia trovato una sintesi nel perseguimento di obiettivi quali il primato, la integrità e la uniforme interpretazione del diritto comunitario. Si tratta di aspetti centrali dell'ordinamento comunitario in quanto strumentali al corretto funzionamento del mercato sotto il profilo della concorrenza e della libera circolazione delle merci e delle persone. A tal proposito l'autore, richiamando il commento della dottrina (M.P. Chiti; A. Ciccariello; F. Sorrentino), sottolinea come la Corte costi-





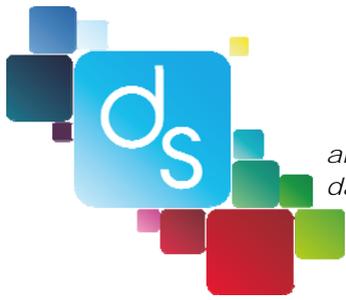
anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Recensioni

tuzionale abbia “ceduto”, più di recente, al dialogo diretto con la Corte di giustizia per non essere emarginata dal circuito di produzione delle norme di diritto comune europeo e «*dal circuito di produzione dei concetti, delle logiche interne, del senso del diritto costituzionale dell’Unione che saranno propri della nuova oikoumene europea.*». Un circuito di produzione in cui il dialogo tra giurisdizioni deve oggi confrontarsi con i temi della globalizzazione e del multiculturalismo che richiedono nuovi paradigmi di universalità del diritto, attraverso il riconoscimento e la valorizzazione delle tradizioni giuridiche locali. Un confronto necessario per poter correttamente affrontare la composizione multiculturale delle società contemporanee. Non vi è dubbio, infatti, che quella apertura e flessibilità richiesta allo Stato per far fronte alle necessità della società multiculturale sia oggi richiesta anche all’ordinamento comunitario per soddisfare le esigenze del pluralismo politico e sociale. In questo senso, la prospettiva proposta dall’autore di un passaggio da un modello accentrato, quale è quello del controllo di costituzionalità europeo, ad uno di tipo diffuso che legittimi i giudici nazionali a verificare la validità degli atti di diritto europeo derivato rispetto alle norme di rango primario, potrebbe rappresentare una evoluzione più efficiente del sistema senza intaccare «l’imperativa esigenza di garantire l’unità e la coerenza del diritto dell’Unione».

Considerata la funzione che l’ordinamento comunitario attribuisce alla Corte di giustizia, la realizzazione di questi obiettivi rende centrale il dialogo e lo scambio di informazioni tra la Corte di giustizia stessa e le giurisdizioni costituzionali europee. La Corte di Giustizia svolge una duplice funzione giurisdizionale: quella di legittimità degli atti comunitari mediante un giudizio di tipo incidentale; quella nomofilattica relati-



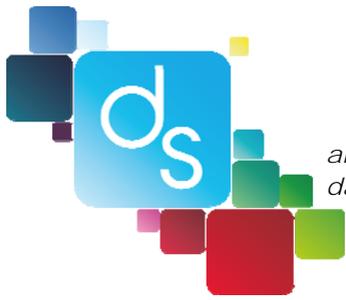
anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Recensioni

va alla risoluzione dei dubbi interpretativi che sorgono in relazione alle norme comunitarie. Funzioni che, tuttavia, sono state talvolta utilizzate dalla Corte di giustizia per attuare una verifica di compatibilità delle norme interne al diritto comunitario, realizzando quello che la dottrina (R. Calvano) ha definito «un sindacato occulto della legislazione nazionale» in nome della uniforme applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri.

Nella prima parte del volume, l'autore si sofferma sul ruolo che il rinvio pregiudiziale ha avuto nella realizzazione dell'integrazione europea e soprattutto nella realizzazione di un sistema giuridico sovranazionale che potesse essere certo e coerente. Non vi è dubbio che la possibilità contemplata dall'art. 267 TFUE (ex art. 234 del Trattato CE) consente alla Corte di giustizia di verificare non solo la coerenza del sistema ma anche la effettività della tutela dei diritti che l'ordinamento comunitario riconosce ai singoli. Infatti, attraverso il rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia verifica la conformità della norma di diritto interno rispetto alla norma comunitaria ed allo stesso tempo ha la possibilità di rilevare carenze dell'ordinamento interno rispetto alla tutela dei diritti sostanziali riconosciuti dall'ordinamento comunitario. Vero è che ad un istituto così rilevante non corrisponde nell'ordinamento comunitario una disciplina altrettanto esaustiva, obbligando i giudici comunitari ad intervenire, per esempio, sul problema della nozione di giurisdizione e sulla facoltà ed obbligo di effettuare il rinvio pregiudiziale. In tal senso, l'autore si sofferma anche sui problemi sanzionatori relativi alla violazione degli obblighi di rinvio pregiudiziale, non trascurando di evidenziare le conseguenze a carico dello Stato membro nell'ipotesi di violazione dell'art. 267 TFUE. Conseguenze tanto più importanti se confrontate con il pro-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Recensioni

blema della discrezionalità del giudice di diritto interno (nello specifico di un organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale) circa il rinvio pregiudiziale con riferimento sia alla rilevanza della questione sollevata dalle parti sia alla valutazione della non manifesta infondatezza della questione medesima. Indubbiamente considerazioni di opportunità circa l'economia dei giudizi ha favorito il recepimento della teoria dell'«atto chiaro» da parte della Corte di giustizia. Pertanto, l'obbligo di rinvio sussiste in quanto sussista una questione interpretativa; venendo meno, invece, nel caso di questione chiara ed univoca. Ma questo, come osserva l'autore, non affievolisce la prudenza che il giudice interno deve assumere specialmente quando la questione interpretativa si pone in relazione alla inesistenza di un atto manifestamente invalido, per evitare abusi che esporrebbero lo Stato membro a violazioni dell'art. 267 TFUE.

La seconda e terza parte del volume sono dedicate al dialogo della Corte costituzionale italiana e delle supreme magistrature con la Corte di giustizia. Per quanto concerne, in particolare, il primo profilo, l'autore propone una ricostruzione del percorso che ha portato, nel 2008, la Corte costituzionale a riconoscere l'applicabilità del rinvio pregiudiziale anche al Giudice delle Leggi.

La Corte Costituzionale, infatti, non senza oscillazioni, come osservato da attenta dottrina (M. Catarbia), ha nel tempo risolto in modo convergente il rapporto con la Corte di Giustizia nell'ottica di un'uniforme interpretazione del diritto comunitario, ridimensionando la propria autonomia nella risoluzione dei contrasti tra normativa interna e normativa comunitaria. Questo diverso orientamento è stato il risultato di un percorso iniziato nel 1964 con la sentenza *Costa c. ENEL* (causa C-14/64)



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Recensioni

in cui la Corte costituzionale rifiutò, sia pure implicitamente, il rinvio pregiudiziale in relazione al presunto contrasto della legge n. 1643/62 rispetto all'art. 11 del Trattato CEE, ritenendo non ipotizzabile la incostituzionalità di una legge interna per contrasto con il Trattato.

Questo atteggiamento ha avuto una effettiva inversione di tendenza solo nel 1991 con la sentenza n. 168 in cui la Corte ammise, per la prima volta, la possibilità di utilizzare il rinvio pregiudiziale (sia pur con una interpretazione *pro domo sua* dell'art. 177 del Trattato CE), per poi rivedere successivamente le proprie posizioni con l'ordinanza n. 536/95. La Corte, temendo evidentemente una eccessiva subordinazione rispetto alla Corte di Giustizia, rivendicò, nei procedimenti promossi in via principale, la propria competenza a dichiarare la illegittimità costituzionale delle norme interne in contrasto con il diritto comunitario (sent. nn. 384/94 e 94/95), così negando l'applicabilità dell'art. 177 del Trattato CE, non ritenendosi collocabile nell'ambito delle «giurisdizioni nazionali», limitando l'istituto del rinvio pregiudiziale al giudice *a quo* nel giudizio incidentale. Attenta dottrina (T. Groppi) ha criticato questo sistema definito del «doppio binario» per i risvolti negativi che esso aveva sia sotto il profilo teorico che pratico. Critica alla quale aderisce lo stesso autore del volume evidenziando come punti critici dell'ordinanza del 1995: il mancato riferimento ai requisiti soggettivi ed oggettivi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria relativamente alla qualificazione di organo giurisdizionale riconducibile all'art. 267 TFUE; la pretesa competenza esclusiva della Corte di giustizia circa l'interpretazione della normativa comunitaria. Sotto quest'ultimo aspetto, l'autore rileva come la Corte abbia in passato errato nel trascurare la capacità di interpretazione del diritto comunitario del giudice nazionale e la necessità del dubbio interpretati-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Recensioni

vo sulla norma comunitaria, non risolvibile autonomamente, come presupposto del rinvio pregiudiziale. In effetti, come osserva D. Lamparella, questa «auto-emarginazione» della Corte costituzionale ha dei precedenti nel panorama dei giudici costituzionali europei, che hanno di fatto limitato i casi di rinvio pregiudiziale. Ciò rafforza le considerazioni dell'autore su quelle che sono state le valutazioni di ordine prettamente pratico che hanno portato la Corte costituzionale italiana ad un'apertura al rinvio pregiudiziale, legate alla preoccupazione di poter pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto europeo e di poter esporre a responsabilità comunitarie lo Stato.

Carmine Petteruti

(ricercatore di Diritto pubblico comparato
presso la Seconda Università degli Studi di Napoli)