QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

L'ospite straniero.
La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali

2018

2

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore
Renato Rordorf

Vicedirettore
Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Comitato di redazione
Silvia Albano, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Vincenza Maccora, Isabella Mariani, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico
Perfecto Andrès Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione
Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Andrea Meccia
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

II trimestre 2018 - chiuso in redazione in maggio 2018

Sommario

Editoriale
di *Renato Rordorf* Pag. 4

Introduzione.
La Costituzione italiana come limite alla regressione
e spinta al rafforzamento della protezione dello straniero in Europa
di *Luca Minniti* ” 7

L'orizzonte dell'asilo e della protezione dello straniero

La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale
tra attuazione, applicazione e attualità
di *Marco Benvenuti* ” 14

L'Unione che protegge e l'Unione che respinge.
Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo
di *Chiara Favilli* ” 28

Riconosciuti e "diniegati": dietro i numeri le persone
di *Monia Giovannetti* ” 44

Gli *status* della protezione

Lo *status* di rifugiato e l'identità politica dell'accoglienza
di *Stefano Celentano* ” 67

La protezione sussidiaria tra minaccia individuale
e pericolo generalizzato
di *Silvia Albano* ” 85

La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani
di *Maria Acierno* ” 99

Protezione umanitaria una e trina
di *Paolo Morozzo della Rocca* ” 108

La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte
di *Enrica Rigo* ” 117

L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti
di *Maria Grazia Giammarinaro* ” 129

Asilo e tratta: il tango delle protezioni
di *Emilio Santoro* ” 135

La procedura amministrativa

Al confine dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'*hotspot* alla decisione della Commissione territoriale
di *Alessandra Sciurba* ” 145

Audizione e valutazione di credibilità del richiedente davanti alla Commissione territoriale
di *Fabrizio Gallo* ” 158

La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione
di *Maurizio Veglio* ” 167

Il giudizio di protezione

Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale
di *Martina Flamini* ” 176

Il ruolo dell'avvocato nel processo di protezione internazionale
di *Nazzarena Zorzella* ” 184

L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza
di *Luciana Breggia* ” 193

L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel processo per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie
di *Angelo Danilo De Santis* ” 206

Paesi terzi di origine e transito: protezione e cooperazione

Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno
di *Fulvio Vassallo Paleologo* ” 215

L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?
di *Luca Masera* " 225

I campi di raccolta libici: un'istituzione concentrazionaria
(Nota a Corte d'assise di Milano, sentenza 10 ottobre-1 dicembre 2017)
di *Giuseppe Battarino* " 239

Gli autori " 246

Editoriale

Diritto d'asilo e protezione internazionale sono di quei temi che, sino a poco tempo fa, si sarebbe stati tentati di definire periferici. Eccezione fatta per una ristretta cerchia di specialisti, ben pochi se ne occupavano in ambito accademico ed anche l'organizzazione giudiziaria non li poneva certo al centro della propria attenzione.

La situazione appare oggi diversa. Il più generale fenomeno migratorio, che ha interessato l'area mediterranea e l'intera Europa, ha di certo contribuito a sollecitare l'attenzione dell'opinione pubblica sulla situazione dei richiedenti asilo, ha messo in tensione la macchina dell'amministrazione ed ha costretto lo stesso legislatore a farsene in qualche modo maggiormente carico. Gli operatori giuridici – giudici, avvocati e pubblici amministratori – si sono trovati a doversi confrontare con problemi nuovi (o almeno relativamente nuovi), ed allora è importante che si faccia strada la piena consapevolezza di quanto, a dispetto dell'apparente specificità e settorialità delle questioni di diritto che il tema solleva, siano qui in gioco aspetti essenziali della nostra civiltà giuridica: si tratta di diritti fondamentali e di principi di rilevanza costituzionale, che interessano le relazioni internazionali tra Stati e che inevitabilmente condizionano la collocazione e l'immagine dell'Italia nel mondo delle nazioni civili.

È questo il motivo per il quale *Questione giustizia* ha deciso di dedicare al diritto d'asilo ed alla protezione internazionale un numero monografico della *Rivista* trimestrale, nella convinzione che sia impellente stimolare un dibattito, forse ancora non pienamente sviluppatosi nella comunità dei giuristi e degli operatori di giustizia, su questioni nevralgiche che investono direttamente la nostra coscienza civile perché toccano le radici stesse di ciò che continuiamo a definire la civiltà.

Non vorrei che quest'ultima affermazione suonasse esagerata, o un po' troppo retorica. Occorre riflettere sul fatto che qui si intrecciano due fenomeni che sin dalle epoche più remote i popoli – non soltanto, ma in particolare, quelli dell'area mediterranea – hanno considerato emblematici della loro civile convivenza: la protezione del perseguitato e l'accoglienza dello straniero. L'una caratterizzata all'origine da connotazioni religioso-sacrali, che imponevano di rispettare colui che avesse messo piede in un'area protetta dalla divinità, l'altra, ugualmente non scevra da suggestioni religiose, che da sempre concepisce l'ospitalità come un dovere, soprattutto quando l'ospite straniero si presenta debole ed indifeso. Virgilio non esita a definire barbaro il Paese che impedisce allo straniero di mettere piede sul proprio lido e lo esorta a temere gli dei, *memores fandi atque nefandi* (*Eneide*, Libro I, versi 549 e segg,).

Sin dalla più remota antichità lo straniero, colui che giunge da lontano e porta con sé un carico di esperienze, di sofferenze, di speranze delle quali solo vagamente si possono intuire i contorni, è stato circondato da una sorta di aura, per certi versi quasi sacrale, che proprio per questo appare talvolta anche un po' inquietante. Dall'alba della civiltà le comunità umane stanziali hanno elaborato modelli di accoglienza per potersi confrontare con la sacralità e l'inquietudine dello straniero, specialmente quando questi è un fuggiasco, bisognoso di protezione perché costretto a lasciare i suoi luoghi di origine per il premere di eventi più forti di lui. Non erano forse stranieri in fuga dalla devastazione della loro città al termine di un'orrenda guerra Enea ed i suoi compagni, approdati fortunosamente sui lidi cartaginesi dove li accolse Didone, non diversamente da Ulisse, perseguitato da Nettuno, che trovò rifugio presso gli ospitali Feaci? E non fuggiva in Egitto la Sacra famiglia per sottrarsi alla ferocia di Erode?

Si tratta, insomma, di un archetipo risalente alle origini della nostra civiltà – anche e soprattutto della civiltà mediterranea – che trova riscontro in molteplici miti e si radica con altrettanta forza nella tradizione ebraico-cristiana. Ma, al tempo stesso, è un fiume carsico che emerge continuamente lungo il corso della Storia. Quella Storia che in epoche più prossime a noi ha conosciuto la lunga fila degli esuli, pallidi

e romantici, da cui è popolato l'ottocento, e che, nel tragico novecento ha visto il dramma di donne ed uomini costretti ad abbandonare la propria casa ed il proprio ambiente di vita per sottrarsi alla tirannia di regimi dispotici o addirittura per fuggire alla minaccia di sterminio, come fu per tanti ebrei sotto la dominazione nazista e per tanti armeni sotto la minaccia dei turchi. E penso anche alle terribili odissee di intere comunità cui è toccato in sorte di doversi allontanare dal proprio territorio di origine al termine della seconda guerra mondiale, principalmente nell'Europa centrale, in quel clima di feroci vendette e pulizie etniche descritto con grande efficacia e non senza profonda commozione dallo storico inglese Keith Lowe in un libro significativamente intitolato *Savage Continent* (in italiano *Il continente selvaggio*, Laterza, 2012).

È figlio di queste terribili esperienze l'espresso riconoscimento del diritto d'asilo che figura nella nostra Costituzione (art. 10, comma 3), come pure nella quasi coeva Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 10 dicembre 1948 (art. 14), poi nella Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, relativa allo *status* di rifugiato, e più tardi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 18). Ed ho adoperato la parola "riconoscimento" appunto perché credo che ben si possa affermare, anche alla luce dei testi normativi appena ricordati, che il diritto di asilo non è tanto una concessione che i singoli Stati fanno ai rifugiati cui accordano protezione, quanto piuttosto un diritto che gli Stati riconoscono come espressione di un preesistente principio generale radicato nell'ordinamento internazionale.

Ora non si tratta però di confrontarsi con vicende storiche. Serve sì evocarle, ma per parlare del presente, perché è sotto i nostri occhi che di nuovo gli orrori delle guerre, il fanatismo, lo sfruttamento economico, i disastri prodotti da regimi sciagurati e dalla sconsideratezza di tanti governanti spingono masse di uomini e donne a ricercare altrove condizioni di vita almeno relativamente sicure ed appena dignitose, non sempre purtroppo riuscendovi e pagando anzi spesso con la vita i loro disperati tentativi. Ed è bene non dimenticare che, se la nostra Costituzione sembra ancorare il riconoscimento del diritto di asilo alla possibilità di godere di diritti politici, giacché fa menzione di coloro ai quali è negato nel proprio Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche, a maggior ragione ciò significa che l'asilo non può esser negato quando facciano difetto le precondizioni essenziali per l'esercizio delle richiamate libertà democratiche – esercizio che, per l'appunto, deve essere "*effettivo*" – e cioè quando nel Paese d'origine del richiedente asilo siano per qualsiasi ragione a repentaglio la sua dignità umana o la sua stessa vita.

Qui davvero il diritto è chiamato ad esprimere appieno la funzione civilizzatrice che gli è propria (o dovrebbe essergli propria), e grandi sono perciò le responsabilità sociali e morali di chi al diritto deve saper dare attuazione. Ma grandi sono anche le difficoltà, perché occorre riuscire a fronteggiare le pulsioni irrazionali che continuano purtroppo ad attraversare molti dei Paesi che pur si vantano della loro antica civiltà e che oggi, nondimeno, appaiono spesso inclini a seguire derive sovraniste ed a rinchiudersi nei confini delle loro piccole patrie, poco curandosi del fatto che il richiedente asilo è una persona che, prima d'ogni altra cosa, rivendica il riconoscimento della propria dignità di essere umano. E preoccupa non poco che questa tendenza regressiva sembra stia prendendo assai piede anche in Italia e rischi di condizionare fortemente la nostra vita politica nell'immediato futuro.

Occorre perciò più che mai che i giudici – e gli avvocati, per la parte fondamentale che pure a loro compete – si attrezzino qui a lottare per il diritto (perché l'affermazione dei principi di diritto è sempre anche lotta, come sin dall'ottocento ci ha insegnato Jhering, *La lotta per il diritto*, Giuffré, 1989), comprendendo che ciò vuol dire lottare per la civiltà.

Non si tratta però soltanto di predisporre idonei strumenti organizzativi e processuali (benché pure questo sia ovviamente indispensabile), ma anche di forgiare una cultura giuridica capace di cogliere la particolarità dei problemi che l'attuazione del diritto d'asilo e della protezione internazionale pongono. In nessun campo l'esercizio della giurisdizione può mai consistere nella meccanica ed asettica applicazione di leggi e regolamenti, ma credo che, qui più che altrove, il giudice debba saper rifuggire da ogni tentazione d'interpretare il proprio ruolo in modo burocratico; che debba invece riuscire a cogliere il senso profondo di ciascuna vicenda umana sottoposta al suo esame (e sono quasi sempre vicende assai drammatiche) per capire davvero le motivazioni che hanno spinto quella singola e ben determinata persona a compiere una scelta di vita così gravida di conseguenze. Qui l'attuazione del diritto impone di misurarsi anche con fattori metagiuridici, di saper cogliere i profili storici, politici ed antropologici di ogni specifica situazione.

Tralascio la domanda del se, o fino a qual punto, le regole processuali a tal fine approntate dal legislatore siano adatte a consentire un così delicato e difficile esercizio della giurisdizione. Mi limito a sottolineare che la straordinaria complessità del compito richiede, comunque, un profondo impegno culturale ed un grande sforzo di formazione professionale dei giudici che vi sono destinati e degli avvocati che vi si dedicano.

L'Italia d'altronde, come si sa, è terra di confine dell'Europa mediterranea, e perciò il modo in cui si riesca nel nostro Paese a tutelare il diritto di asilo e ad assicurare la protezione internazionale ai rifugiati costituisce inevitabilmente un importante modello, o comunque un imprescindibile termine di paragone, per i sistemi giudiziari dell'intero continente. Il che conferma come oggi, lungi dall'essere un settore marginale rispetto alle grandi questioni tradizionali intorno alle quali si affanna la giurisdizione, questo sia divenuto un tema cruciale cui è bene che la comunità del giuristi dedichi la massima attenzione e per affrontare il quale è necessario che la magistratura e l'avvocatura si preparino col massimo impegno.

Non è facile essere all'altezza di questa sfida, ma è indispensabile perché attiene al cuore stesso della nostra civiltà.

Se non troverà il modo di tutelare i diritti dell'ospite straniero, l'Europa rischierà nuovamente di essere un continente selvaggio.

Maggio 2018

Renato Rordorf

Introduzione. La Costituzione italiana come limite alla regressione e spinta al rafforzamento della protezione dello straniero in Europa

di *Luca Minniti*

Il flusso di vite provenienti da "altrove" è destinato nel tempo a formare, nel vivo del processo di protezione dello straniero, una nuova schiera di giuristi europei tenuti,per obbligo costituzionale e sovranazionale,a dare integrale attuazione al principio di solidarietà e di eguaglianza sostanziale

«... Provare a dipanare i fili di eventi
che a prima vista paiono incomprensibili
nel loro ginepraio di violenza, lutti, oppressione,
che pure determina la vita di tanti»

Alessandro Leogrande, *Frontiera*, p. 15

1. Un sistema a garanzia di un diritto fondamentale

Questione Giustizia si propone con questo numero di analizzare i molteplici aspetti della tutela multilivello del diritto alla protezione dello straniero. L'insieme dei contributi rivela come il diritto di asilo e della protezione dello straniero sia un "mare agitato". Come il Mar Mediterraneo, teatro di tragici eventi e di eroici salvataggi, anche il mare del diritto, con le sue tradizionali categorie giuridiche, è sottoposto ad una elevata tensione, che interessa anche il ruolo del giudice e dell'avvocato.

Eppure ci sono delle boe saldamente ancorate, delle coordinate identificabili in primo luogo nei principi e nelle norme di rango costituzionale, internazionale e sovranazionale.

Punto di avvio dell'analisi è la verifica della portata e dell'applicazione attuale dell'art. 10, co. 3, della Costituzione, che colloca il diritto di asilo tra i diritti fondamentali della persona e che risulta essere la norma costituzionale rimasta più a lungo inattuata.

Punto di arrivo è il ruolo che, rispetto al diritto d'asilo costituzionale, ha svolto e potrà svolgere il sistema di asilo europeo, anche valorizzando il contributo della Carta Ue, a partire dagli articoli 18, 19 e 4.

Questi ci sono apparsi i due fuochi della medesima ellisse[1] che circoscrive l'area di operatività del diritto dello straniero che cerca di protezione, in Italia e nella Ue, a causa delle minacce al nucleo essenziale dei propri diritti fondamentali, quei diritti che fondano la sua dignità.

L'esegesi dell'art. 10, co. 3, della Costituzione è tuttora in divenire e siamo certamente ancora lontani da una sua piena attuazione, potendosi rinvenire, nell'evoluzione normativa, nelle scelte amministrative, nelle prassi degli uffici amministrativi e giudiziari, significative zone d'ombra e lacuna di tutela[2].

La disciplina della protezione internazionale e umanitaria si fonda su clausole aperte, necessariamente esposte alla temperie dei conflitti politici, ai

1. Prendendo in prestito la metafora di M. Fioravanti da ultimo in «*Art. 2 Costituzione italiana*». Carocci, Roma, 2018.

2. Si leggano in particolare ma non solo, gli articoli di M.G. Giammarinaro, A. Sciurba, M. Veglio in questo numero della *Rivista*.

drammi sociali, ai contrasti religiosi ed etnici. Clausole aperte alle innumerevoli vicende della violenza umana che, per mano pubblica o privata, travolgono comunità e gruppi sociali, famiglie o singoli individui. Probabilmente nessun diritto soggettivo risulta, come quello di asilo, esser sottoposto ad un tasso tanto elevato di variabilità dei suoi presupposti materiali, nella dinamica concreta dei fatti storici, delle vicende della vita che lo integrano.

La mappa dei conflitti mondiali torna a presentare una intensità tale da interrogare anche i più cinici assertori della utilità della guerra circoscritta. Ne sono conseguite in questi anni epidemie, carestie, trasmigrazioni forzate, conflitti etnici e religiosi, sradicamenti sociali, lotte individuali e collettive per la sopravvivenza. Non è fuori luogo affermare che in nessun altro ambito giuridico le vicende del mondo contemporaneo, (le guerre, le lotte per la libertà e l'eguaglianza, le religioni, i conflitti etnici, le carestie, i colpi di stato, il terrorismo nei Paesi di origine e di destinazione, la violenza di genere), abbiano mai pervaso con cotanta immediatezza e radicalità l'ordinamento ed il sistema giudiziario italiano ed europeo: le loro regole ed i loro principi costitutivi.

Le ragioni della vita e l'istinto di sopravvivenza degli individui in fuga da tormentate vicende hanno sottoposto e sottopongono ad estrema tensione la capacità degli Stati nazionali e dell'ordinamento Ue di dare una risposta commisurata agli impegni derivanti dalle rispettive carte fondamentali.

Sullo sfondo c'è sempre la drammaticità della posta in gioco, in ogni storia, in ogni processo, in ogni provvedimento. Una posta sempre molto elevata, individuabile nella lotta per la sopravvivenza dignitosa di un uomo o di una donna, spesso di una ragazza o di un ragazzo.

È tale consapevolezza che non può mancare al giurista della protezione internazionale. Per questo nel nostro numero sono analizzate le principali questioni che vengono in rilievo nel sistema ed in particolare nel giudizio di protezione, senza la comprensione delle quali nessuna scelta, sia organizzativa sia sul piano della formazione, può adottarsi consapevolmente. Il perimetro dei contributi è stato delineato tenendo in debito conto che il tema della protezione internazionale se, da una parte, non può essere isolato da quello più generale del trattamento dei cittadini di Paesi terzi, dall'altra deve essere considerato per ciò che effettivamente è: un vero e proprio sistema di tutela dei diritti fondamentali, non assoggettabile a compromessi quantitativi o ad opzioni di *realpolitik*.

2. Dalla parte della Costituzione

Ancor più che in altri settori dell'ordinamento sottoposti ad intensa attività giudiziaria, il "sistema asilo" presenta ancora incoerenze e lacune attorno ad un nucleo essenziale consolidato che muove dalla disciplina nazionale e giunge alla codificazione europea.

Ma anche se il contributo delle Corti, in primo luogo di quelle europee e della Corte di cassazione, offre una traccia significativa al giudice del merito, questi è sempre costretto a confrontarsi con conflitti, persecuzioni, minacce che si presentano nella realtà con volti sempre nuovi: si pensi ad esempio alle mille forme della violenza di genere perpetrata in contesti culturali in continua evoluzione od involuzione[3].

E questa opera di aggiornamento permanente dei diritti umani e delle minacce verso di essi rivolte deve necessariamente muovere dalla Costituzione (Art. 10, co. 3) in base alla quale «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Una norma e un diritto che funge da bussola nel mare agitato del diritto degli stranieri e che è stato volutamente collocato tra i principi fondamentali della Costituzione, concepiti come indivisibili.

Come è stato ben scritto, «Assumere il punto di vista della Carta costituzionale ci permette di liberare il discorso giuridico sull'asilo – e *amplius* sull'immigrazione – dalla considerazione di obiettivi e finalità che non possono entrare in alcun modo in una relazione di bilanciamento con i diritti costituzionali dei richiedenti asilo»[4].

Il Costituente, memore della catastrofe determinata dal nazionalismo del regime fascista, operò negli artt. 10 ed 11 della Costituzione una rottura con il recente passato, optando in maniera netta per l'apertura all'ordinamento internazionale e alla protezione universale dei diritti umani, anche tramite l'asilo alle vittime di violazioni dei diritti fondamentali commessi dagli, o non protetti negli, altri Stati sovrani.

La norma segna dunque un'apertura internazionalistica non solo verso gli altri Stati ed il diritto internazionale ma anche verso i diritti umani delle persone, quand'anche violati da altri Stati.

Il Costituente oppone ai nazionalismi autoritari usciti sconfitti dalla II guerra mondiale, con il nitido rigore del lessico costituzionale, l'antichissimo diritto di asilo coniato, come espressione del *ius gentium*,

3. Sulla protezione di genere si legga E. Rigo su questo numero della *Rivista*.

4. Maria Antonella Gliatta, in *La garanzia costituzionale del diritto di asilo e il sistema di tutela europeo dei richiedenti protezione internazionale: quando l'integrazione non funziona*, in www.federalismi.it, Focus Human Rights, dic. 2017.

nell'Europa devastata dalle guerre di religione all'epoca delle prime "guerre civili europee"[5]. E lo ha fatto attribuendo ad esso la funzione di limite della sovranità cosiddetta "esterna" dello Stato, limite al potere di chiudere i propri confini.

Ciò fa, il Costituente, collocando il diritto di asilo tra quelli di cui sono titolari tutte le persone[6] e sottraendolo, al contempo, alla discrezionalità amministrativa; riducendo, con l'ausilio del comma secondo dell'art. 10 Cost., il potere amministrativo nella disciplina della condizione giuridica dello straniero che in precedenza, e per lungo tempo anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, rimase regolato solo dalle prassi e dalle circolari ministeriali.

Di lì a poco anche la Dichiarazione universale dei diritti umani all'art. 14 avrebbe sancito il diritto di ogni individuo di cercare protezione in altri Paesi.

Ma il diritto di asilo è rimasto, in Italia, a lungo sostanzialmente circoscritto in ristretti ambiti, vuoi per ragioni storiche (l'Italia è stata storicamente un Paese di emigrazione e non meta di significativi flussi migratori), vuoi per ragioni politiche (tra le quali primeggia la divisione del mondo in blocchi con le sue ripercussioni interne). La Costituzione è restata così a lungo inattuata, anche dopo la conclusione della Convenzione di Ginevra del 1951, ratificata dall'Italia nel 1954 con efficacia limitata, temporalmente, alle persecuzioni anteriori al 1951 (sino al Protocollo addizionale del 1967) e, sul piano geografico, a quelle avvenute nei Paesi di provenienza europea, attraverso la riserva ritirata solo con il dl n. 416/1989.

Il mutato contesto europeo, con l'adozione del Trattato di Maastricht nel 1992, e la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, unitamente all'espansione del nuovo diritto internazionale dei diritti umani, ha aperto la strada alla disciplina europea e nazionale del diritto di asilo[7].

All'esito, provvisorio, di questo lungo processo è oggi però divenuto necessario ridefinire il diritto di asilo di fonte costituzionale per due principali ragioni.

La prima è quella per cui i presupposti per il riconoscimento del diritto di asilo, previsti dalla legislazione ordinaria, in gran parte di matrice eurounitaria, appaiono inadeguati e frammentari, talvolta anche incoerenti se non collocati dentro il nitido quadro dell'art. 10 Cost.[8]. Di qui l'individuazione nella Costituzione della fonte dell'obbligo di prevedere la protezione umanitaria a copertura delle minacce rimaste prive di protezione nella disciplina europea o internazionale, come indicano gli interventi ospitati in questo numero[9]. Ed il ruolo propulsivo della protezione umanitaria nell'attuazione del diritto costituzionale di asilo[10].

La seconda si rinviene nella difficoltà dell'Ue di dare piena ed effettiva attuazione ai principi che essa ha sancito nelle proprie fonti, sia primarie sia derivate, con la tendenza ad affermare soluzioni di progressiva chiusura delle porte del continente, ispirate ad un approccio prevalentemente intergovernativo[11].

Abbiamo volutamente scelto di lasciare sullo sfondo di questo numero la questione migratoria nel suo complesso, ed in particolare le politiche di gestione dei flussi migratori, pur consapevoli delle interconnessioni con il nostro tema. Tuttavia, non si può pretermetterne il punto di frizione principale, individuabile nella estrema difficoltà e talvolta nella impossibilità per il potenziale titolare del diritto di asilo di raggiungere il territorio dell'Ue.

È necessario ancora una volta ricordare che ostacolare l'entrata nel territorio dello Stato e della Ue significa sottrarre, in radice, al titolare del diritto di asilo, la possibilità di esercitarlo tramite la domanda di protezione di cui agli art. 10 Cost. e 18 Carta Ue.

Con la conseguenza che le norme, gli atti amministrativi, i comportamenti che chiudono i confini dell'Ue indipendentemente dallo scopo che si prefiggono, violano la Costituzione, nella misura in cui precludono la possibilità di accesso al territorio e, dunque, l'accesso alla tutela del diritto alla protezione dello straniero. Anche da questo punto di vista devono esser giuridicamente valutati gli accordi con la

5. Ugo Grozio, (*De Iure Belli ac pacis* , 1625).

6. Si tratta di un frammento importante del principio di anteriorità dei diritti inviolabili dell'uomo allo Stato, che prende le mosse dalla riflessione, in Assemblea Costituente, di Giorgio La Pira, e portata a termine nell'attuale articolo 2 della Costituzione grazie ai contributi di Dossetti, Togliatti e Basso, come ricostruisce P. Costa, in *Art. 10 Costituzione italiana*, Carocci, Roma, 2018, pp. 66 ss.

7. V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, relazione d'apertura del Congresso dei costituzionalisti, Cagliari, ottobre 2009, pubblicata in *Diritto e Società*, 2010.

8. M. Benvenuti in questo numero della *Rivista*.

9. In questo numero della *Rivista*: M. Acierno e P. Morozzo della Rocca, ma anche E. Rigo.

10. Con l'espressione di diritto costituzionale di asilo si intende l'assetto complessivo del diritto di asilo desumibile dagli artt. 2, 10, co.3, e 117 Cost.

11. C. Favilli in questo numero della *Rivista*, parr. 3 s.

Libia o con altri Stati terzi rivolti ad ostacolare la fuga dei richiedenti asilo verso il nostro Paese ed a favorire il respingimento in mare[12].

Perciò, ancora oggi, di fronte alle proposte di "esternalizzazione" della protezione dello straniero ed alla effettiva costruzione di barriere esterne alla Ue (la Libia con i suoi campi di prigionia[13] o la Turchia come Paese sicuro per il rimpatrio) si rende purtroppo ancora necessario ricordare che il diritto alla protezione implica il diritto al *non-refoulement*, anche a fronte di ingresso illegale, come necessaria conseguenza del fatto che solo nel Paese di destinazione si può esercitare (e tutelare in giudizio) il diritto che ha per presupposto la minaccia o la persecuzione nello (o per opera dello) Stato di provenienza.

Ma la scelta di separare il tema della protezione dello straniero dal tema delle politiche dell'immigrazione è frutto anche di una ulteriore opzione ermeneutica: il diritto costituzionale alla protezione dello straniero non può esser bilanciato con altre esigenze nazionali quali quelle del contenimento dei flussi migratori. Può esser condizionato nel contenuto della protezione offerta, ad esempio circa la durata della protezione o il livello dei diritti riconosciuti «secondo le condizioni stabilite dalla legge», come recita l'art. 10, c. 3, Cost., ma non nella sua inderogabilità.

In questo ambito di riflessione la norma costituzionale in materia di asilo merita attenta considerazione, anche in funzione ricognitiva di un diritto fondamentale opponibile come controlimite, eventualmente, anche al diritto internazionale od al diritto europeo che dovesse imboccare la strada dell'armonizzazione *in pejus* delle discipline nazionali[14].

3. Le condizioni per l'esercizio effettivo del diritto alla protezione dello straniero

Se la tutela dell'effettività del diritto alla protezione internazionale ed umanitaria deve nascere prima dell'arrivo dello straniero sul suolo italiano, è il processo, che può essere instaurato dopo la fase amministrativa, che si connota come il vero banco di prova della tenuta del principio costituzionale.

Ed al processo e ai mille volti del diritto ad una efficace garanzia delle facoltà difensive sono dedicati diversi articoli di questo numero monografico della *Rivista*, convinti che solo all'esito del pieno esercizio di tali prerogative il giudice possa comprendere e dichiarare se il diritto alla protezione sussista o meno.

Con l'ulteriore avvertenza che il completo dispiegarsi delle facoltà difensive non può ritenersi esaurito in un ricorso da predisporre in poche settimane dalla notifica del provvedimento di diniego; perché il difensore può non esser stato in grado di sviscerare la storia del richiedente in un periodo così breve di tempo alla luce dei complessi accertamenti e delle immense difficoltà culturali e di comunicazione con il cliente. La struttura del processo *civile di* protezione non può non esser concentrata ma non deve esser mai, anche, sbrigativa.

Sul punto è sufficiente richiamare gli articoli che sotto tutti i punti di vista trattano l'argomento, a partire dal nesso tra regole del processo e decisione.

In questo ambito, il terreno più accidentato per il giudice, come anche per il decisore amministrativo, è quello della valutazione della prova: anche se, a questo riguardo, l'ampia trama del ragionamento probatorio tessuta dal legislatore ed integrata dalle Corti prescrive un regime di particolare favore per il richiedente, pur dettando le condizioni di tale beneficio. Non solo come conseguenza del dovere di cooperazione istruttoria in merito alle condizioni del Paese di origine, compito impegnativo e ricco di insidie, ma proprio per il sistema di valutazione della prova che trova nella verifica della veridicità delle circostanze dichiarate, secondo la regola del beneficio del dubbio, lo strumento essenziale che impone al giudice di non lasciare nulla di intentato per agevolare la prova dei presupposti materiali del diritto.

E sotto questo profilo occorre porre estrema attenzione al fatto che, nei provvedimenti amministrativi o giurisdizionali, si corre talvolta il rischio di impiegare in modo maldestro il giudizio di verosimiglianza logica, troppo esposto, nella comunicazione interculturale, al vizio di mancata comprensione del contesto individuale e sociale di origine. Così come si corre facilmente il rischio di negare veridicità a racconti per incoerenze o piccole incongruenze su aspetti marginali non rilevanti ai fini del giudizio che, è bene ricordarlo, ha per scopo l'accertamento dei fatti e non la valutazione dell'attendibilità del richiedente che solo al primo è finalizzata.

Perciò riteniamo che senza la diretta audizione del richiedente da parte del giudice resti molto elevato il rischio non solo del mancato riconoscimento dei

12. Del tema degli accordi con la Libia e del cd. reato di solidarietà si occupano in questo numero della *Rivista* F. Vassallo Paleologo e L. Masera.

13. Si leggano tra gli altri in questo numero della *Rivista* G. Battarino, F. Vassallo Paleologo, L. Masera.

14. Sul punto M. Benvenuti, par. 5, in questo numero della *Rivista*.

presupposti della protezione di derivazione europea ed internazionale, ma anche di quelli che integrano le "fattispecie aperte" della protezione umanitaria[15] e della tratta di esseri umani[16].

Le spesso drammatiche vicende sottese alla protezione degli stranieri si affiancano, nelle nostre aule, alle vicende ordinarie della vita nazionale, ai piccoli e grandi drammi che i giudici sono abituati a conoscere e giudicare.

La giustapposizione appare talvolta irreale. Lo stesso fascicolo, la stessa udienza, la stessa aula, la stessa agenda possono contenere una controversia per una canna fumaria o quella per la trattazione di una domanda di protezione di un od una richiedente asilo ripetutamente sottoposto o sottoposta a trattamenti inumani di inaudibile ferocia.

La distinzione si impone al giudice, ma la distinzione non può e non deve assumere il significato di separazione.

La necessaria specializzazione del giudice della protezione, la sua nuova e diversa professionalità[17], se ben coltivate, possono contribuire ad alimentare una diversa cultura della giurisdizione nel suo complesso; un approccio antiformalistico e non cartolare, un ascolto dialogico e cooperativo nel processo di costruzione della decisione[18]. Finalità già perseguite dalle migliori prassi della giurisdizione civile ma che, da una parte, trovano sede elettiva nel sistema della protezione internazionale e, dall'altra, possono e devono essere ridefinite alla luce delle peculiarità di tale sistema contribuendo ad accrescere la salute della giurisdizione civile nel suo complesso.

Al contrario, le enormi difficoltà del sistema giudiziario, ma anche del contesto sociale e politico, determinano il rischio elevato di una scelta di separazione della protezione internazionale dal resto della giurisdizione civile.

È un rischio che porta con sé quello della risposta routinaria e formalistica, sospinta verso la massificazione seriale delle decisioni indotta da ritmi incompatibili con la qualità della istruttoria e della decisione che deve esser invece individualizzata secondo i rigorosi canoni prescritti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione[19].

Il giudizio di protezione internazionale è una porta attraverso la quale la sofferenza entra, come mai sino ad oggi è avvenuto con tanta frequenza e scioccante intensità, nelle aule di giustizia. Il dolore ed il terrore ma anche la capacità di resistenza, la voglia di vivere, il desiderio di riscatto attendono nei corridoi dei palazzi di giustizia, aspettano di esser raccontati ad un giudice, ascoltati da un giudice, dopo esser stati, ancor prima, valutati da un organo decisionale amministrativo.

Non c'è nulla di compassionevole nel ricordare questi dati obiettivi. Nessun ricatto morale.

Vogliamo al contrario porre l'attenzione del lettore sul fatto che non è affatto agevole, per un giudice tenuto ad ascoltare centinaia di vicende umane ogni anno, sottrarre il proprio inconscio all'attivarsi di un meccanismo psicologico di autodifesa, di *evitamento*.

Passa anche attraverso l'esame di questo delicato profilo umano e professionale la difesa della rilevanza istruttoria dell'audizione del richiedente, della sua presenza personale in udienza, della sua difficile ma necessaria comunicazione diretta con il giudice[20].

Dobbiamo però esser consci anche del fatto che le stesse difficoltà e lo stesso contesto possono determinare il rischio opposto, essendo il giudice consapevole che, nella pratica impossibilità di ingresso per motivi di lavoro, il negare la protezione allo straniero che risulta non averne diritto significa precludere, ostacolare o rendere molto più complesso per il migrante cercare di migliorare le proprie condizioni di vita.

Un doppio rischio, ancorché asimmetrico: da una parte, il pericolo di una erronea negazione di un diritto fondamentale; dall'altra, l'erroneo addebito allo Stato del costo economico dell'accoglienza e dell'integrazione, come conseguenza di un possibile abuso del diritto alla protezione.

Un doppio rischio di errore che condiziona il corretto esercizio della giurisdizione sulla protezione internazionale.

È questa la realtà che la giustizia civile è oggi chiamata ad affrontare, in primo luogo sul piano scientifico, culturale e formativo, ma anche sul piano organizzativo, della distribuzione delle risorse e della selezione delle priorità.

---

15. In questo senso M. Acierno, par. 4, in questo numero della *Rivista*.

16. Si vedano in particolare, in questo numero della *Rivista*, gli articolo di E. Santoro e di M.G. Giammarinaro sulle interrelazioni ed il difficile coordinamento tra protezione sociale e protezione giudiziale delle vittime di tratta.

17. Sul ruolo del giudice della protezione si legga, in questo numero della *Rivista*, in particolare M. Flamini.

18. Sul punto in questo numero della *Rivista* L. Breggia.

19. In questo numero della *Rivista*: M. Acierno, par. 4, L. Breggia, par. 1; ed inoltre C. Favilli in *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in questa *Rivista on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-per-motivi-di-integrazion_14-03-2018.php.

20. L. Breggia, par. 4, in questo numero della *Rivista*.

Le sezioni specializzate stanno muovendo i primi passi ma si vedono già diversificare le prime prassi organizzative e giurisprudenziali, foriere di possibili ingiustificate differenziazioni, anche degli esiti giudiziari[21].

Si consideri, infatti, che l'analisi statistica delle decisioni dimostra che la maggioranza delle domande trova accoglimento all'esito delle diverse fasi del processo decisorio (sommando gli accoglimenti amministrativi e quelli giudiziari)[22]. Il che vuol dire che una significativa maggioranza dei richiedenti si è vista in questi anni e si vede ancora oggi riconosciuto il diritto alla protezione in via amministrativa o dalle Corti.

Ed il numero di provvedimenti di protezione umanitaria, assai meno elevato di quanto normalmente si ritiene, rappresenta il divario tra il diritto di asilo costituzionale e l'asilo internazionale ed europeo[23].

Non è dunque corretto porsi la domanda se questo divario possa esser colmato elevando lo *standard* della protezione in Europa verso il livello più elevato[24]?

E non è corretto chiedersi perciò se l'Italia possa impegnarsi nel chiedere all'Europa di dare attuazione alla sua Carta dei diritti fondamentali portando la soglia di protezione ad un livello analogo a quello della nostra Costituzione?

Non è forse questo un obbligo, discendente dalla norma contenuta nell'intero art. 10 Cost. che vede l'Italia contribuire alla produzione del diritto sovranazionale, anche europeo, secondo il proprio progetto costituzionale, il quale fonda, unitamente agli ordinamenti degli altri Stati membri, le tradizioni costituzionali comuni in forza dell'art. 6, par. 3, del Tue[25]?

Può sembrare una considerazione irrealistica se si pensa al breve periodo ed al conflitto politico che attraversa, anche al loro interno, i diversi Paesi europei con i conseguenti rischi di arretramento e chiusura.

E tuttavia la nostra riflessione giuridica deve riconoscere e saper evitare il pericolo insito in una visione di corto raggio spingendo i giuristi ad interrogarsi sulla tendenza a rendere la giurisdizione, in particolare in materia di principi fondamentali, dipendente dalle intermittenti contingenze politiche.

Il dato oggettivo evidenzia come la maggioranza dei migranti che accede al sistema di accoglienza per i richiedenti asilo vede riconosciuto il proprio diritto di protezione, al contrario di quanto spesso viene affermato dalla pubblicistica corrente.

Ed ancor inferiore risulta il numero dei dinieghi disposti per ragioni di merito, se si tiene in debito conto dei mancati riconoscimenti subiti da molti che, per mille ragioni tra le quali *in primis* la durata del procedimento amministrativo e giudiziario, abbandonano il processo e vedono respinte, sostanzialmente perché non coltivate sul piano probatorio, le proprie richieste[26].

Appare anche evidente, alla luce del tasso non esiguo degli appelli dei richiedenti accolti dalle Corti[27], il rischio che l'abolizione del secondo grado di merito[28] possa produrre una riduzione della percentuale di accoglimento e, dunque, di riconoscimenti.

L'analisi dei dati conferma che le Commissioni amministrative[29] e le Corti italiane stanno facendo molto per la tutela dei diritti dei richiedenti protezione, con competenza, serietà e convinzione, malgrado le condizioni di lavoro siano particolarmente difficili[30]. Ciò soprattutto se consideriamo i carenti strumenti a disposizione degli uffici giudiziari, privi di contributi professionali essenziali sul piano linguistico, sul piano della mediazione culturale, dell'analisi antropologica, della comprensione psicologica[31].

Il meritorio impegno della Scuola superiore della magistratura, in collaborazione con Easo (l'Ufficio

---

21. Profili sui quali si soffermano A.D. De Santis e L. Breggia in questo numero della *Rivista*.

22. Si veda la figura 9, relativa agli esiti delle decisioni delle Commissioni e la tabella 6, relativa agli esiti delle decisioni dei Tribunali nel 2017, in M. Giovannetti in questo numero della *Rivista*; si tenga conto che il 2017 è certamente un anno di bassi accoglimenti perché i giudizi, necessariamente *ex nunc* , hanno risentito rispetto agli anni precedenti, delle parzialmente mutate, in meglio, condizioni di Gambia, di parte del Mali, del Casamance senegalese, per certi limitati aspetti anche nel Punjab pakistano.

23. Si vedano, in questo numero della *Rivista*, i dati riportati e analizzati nella figura 7 da M. Giovannetti.

24. Sul tema, in questo numero della *Rivista*, C. Favilli.

25. Art. 6 (3) Tue secondo il quale «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

26. Ad esempio abbandonando i Centri di accoglienza e mancando di comparire all'udienza di audizione.

27. Si veda in M. Giovannetti, in questo numero della *Rivista*, la tabella n.5.

28. Che prima o poi verosimilmente sarà sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

29. Sul ruolo delle quali si legga il prezioso contributo di F. Gallo, in questo numero della *Rivista*.

30. La sofferenza dell'attività delle Commissioni è rappresentato nella figura 4 in M. Giovannetti, in questo numero della *Rivista*.

31. L. Breggia, in questo numero della *Rivi*sta, par. 8 sulla composizione delle Sezioni migranti.

europeo per il sostegno all'asilo) ha contribuito sensibilmente alla crescita della cultura della protezione dello straniero, unitamente alla creazione di luoghi informali di autoformazione interprofessionali[32].

Il numero della *Rivista* ambisce dunque non solo a segnalare le zone d'ombra, le difficoltà, gli abbassamenti di tensione, ma anche a mettere in luce questo dato positivo, che ci appare inconfutabile e che merita di essere valorizzato, soprattutto alla luce delle tendenze culturali che attraversano la società.

Conclusioni

Il diritto della protezione dello straniero non è un diritto speciale ma solo uno speciale ambito dove la giurisdizione, per obbligo costituzionale e sovranazionale, è tenuta a dare integrale attuazione al principio di solidarietà e di eguaglianza sostanziale.

Il flusso di coscienze, il flusso di storie, il flusso di vite provenienti da "altrove" è destinato nel tempo a formare, nel vivo del processo di protezione dello straniero, una nuova schiera di giuristi europei impegnati a tentare «di dipanare i fili di eventi che a prima vista paiono incomprensibili nel loro ginepraio di violenza, lutti, oppressione, che pure determina la vita di tanti»[33].

Anche se non è certamente possibile trarre un bilancio di questa inedita, ma prevedibilmente lunga, esperienza giuridica e giudiziaria, è assai probabile che la giurisdizione civile europea in questo percorso consoliderà valori, principi e diritti, svilupperà prassi, strumenti e modelli organizzativi, che condizioneranno la sua identità ben oltre l'ambito della protezione degli stranieri.

32. Come la peculiari esperienze interprofessionali della *mailing list* Malta 2013 o l'affacciarsi al tema movimento degli *Osservatori sulla giustizia civile* che dedicheranno una sessione dell'Assemblea nazionale del 2018 al tema in esame.

33. Alessandro Leogrande, *Frontiera*, Feltrinelli, 2015, p. 15.

La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità

di *Marco Benvenuti* *

Le potenzialità applicative del diritto di asilo costituzionale, pur in assenza di attuazione legislativa, sono affrontate alla luce di tre osservazioni di segno critico sull'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 10, co. 3, Cost. La prima è centrata sulla non sovrapponibilità del diritto di asilo costituzionale rispetto alle altre forme di protezione politico-umanitaria attualmente vigenti e giunge ad affermare il potere del giudice ordinario non solo di riconoscerlo direttamente e immediatamente, ma anche di disporre che il Questore rilasci un permesso di soggiorno per asilo. La seconda si concentra sulla valorizzazione del riferimento al "territorio della Repubblica" quale luogo che il titolare del diritto di asilo costituzionale deve essere messo in grado di raggiungere e giunge alla conclusione che i pubblici poteri non solo non possano ostacolare tale obiettivo, ma debbano attivarsi per agevolarlo. La terza muove dalla considerazione dell'ampia incidenza del diritto inter- e sovranazionale sulle forme di protezione politico-umanitaria oggi in vigore e perviene a considerare il diritto di asilo costituzionale quale istituto giuridico in grado di resistere ad eventuali tendenze di segno riduttivo nella tutela dei diritti fondamentali degli stranieri che il processo di integrazione europea dovesse comportare.

Premessa

Sono passati vent'anni, ormai, dall'approvazione della l. n. 40/1998 (cd. legge Turco-Napolitano), presto confluita nel d.lgs n. 286/1998 (cd. Testo unico sull'immigrazione). Quel fondamentale *corpus* normativo si apriva – e si apre tuttora – autoqualificandosi come di «attuazione dell'articolo 10, secondo comma, della Costituzione» (art. 1, co. 1). Lo stesso non può dirsi, in tutta evidenza, con riferimento al comma successivo, relativo al diritto di asilo costituzionale, la cui disciplina, proprio in quello scorcio di tempo, ha preso la strada senza uscita di un distinto disegno di legge mai approvato[1]. Si è interrotto allo-

* Titolare del modulo "Jean Monnet" della Commissione europea «*Comprehending european citizenship and immigration law*».

1. Merita di essere ricordato, per la sua ricorsività, il contesto di allora: «anche se il Governo Prodi aveva affermato di voler portare contestualmente all'esame delle Camere i due disegni di legge, quello di disciplina dell'immigrazione e quello sul diritto d'asilo, a causa dell'allarme sociale suscitato ancora una volta dalla situazione di emergenza verificatasi in Albania si rese invece successivamente sconsigliabile che proprio durante l'evolversi di tale situazione il Governo approvasse il disegno di legge sul diritto d'asilo. Era prevedibile che una disciplina dell'esercizio del diritto d'asilo elaborata in un periodo simile avrebbe finito per trascurare la piena attuazione dell'art. 10, comma 3 Cost. e per tenere conto delle irrazionali paure suscitate nell'opinione pubblica da tale situazione e dei timori di esodi di massa. Tali preoccupazioni furono ampliamente confermate e anzi rafforzate dal contenuto di talune disposizioni assai restrittive del citato disegno di legge sul diritto d'asilo. In ogni caso la tattica parlamentare di disgiungere in due distinti disegni di legge la disciplina di norme sulla condizione giuridica si conferma fallimentare dal punto di vista strategico» (P. Bonetti, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 2004, pp. 19 s.); da allora, la questione dell'attuazione legislativa dell'art. 10, co. 3, Cost. è divenuto un tema per esercitazioni, come nel caso, peraltro non privo di interesse, della proposta di legge formulata nell'ambito del XXVI corso della Scuola di scienza e tecnica della legislazione dell'Isle e pubblicata in *Rassegna parlamentare*, 2014, pp. 399 ss.

ra, per non più riprendersi, il tentativo di attuazione legislativa del diritto di asilo costituzionale, così da «realizzare, secondo le cadenze e le priorità della politica, la volontà progettuale dei costituenti (per come oggettivatasi nel testo delle norme costituzionali)»[2]. In luogo del primo, si è invece assistito a un tortuoso percorso di applicazione giudiziale dell'art. 10, co. 3, Cost., che, svolgendosi nelle aule non del Parlamento ma dei Tribunali, presenta dei tratti singolarmente discontinui e asistematici[3]. La questione, dunque, non soltanto investe l'incerto destino degli stranieri impediti nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ma, a monte di esso, solleva interrogativi tipici e, ad un tempo, formidabili per l'interpretazione costituzionale. Qual è il ruolo del legislatore e quale quello del giudice nel continuo processo di inveramento storico dell'esperienza repubblicana? Qual è lo spazio per l'applicazione da parte del secondo di un istituto di schietta derivazione costituzionale, pur in assenza di una sua attuazione ad opera del primo?

La riflessione che si intende qui proporre muove dalle incontroverse risultanze cui è pervenuta la migliore dottrina giuridica già nella stagione di poco successiva all'entrata in vigore della Carta repubblicana del 1947[4], in merito alla diretta e immediata applicabilità della situazione giuridica soggettiva qualificabile come diritto di asilo costituzionale. In senso eguale e contrario, però, si dovrà dare parimenti conto, in anni a noi più vicini, del progressivo allontanamento da simili prospettazioni nelle strategie argomentative sviluppate dalla giurisprudenza ordinaria su questo argomento particolare. Successivamente (e conseguentemente), si formuleranno tre critiche sul piano ora concettuale, ora effettuale ed ora potenziale quanto all'evoluzione giurisprudenziale osservata e si proverà a delineare, di volta in volta, quali possano essere oggi le non trascurabili potenzialità di un'applicazione giudiziale dell'art. 10, co. 3, Cost., che, pur nella deprecabile assenza di una sua attuazione legislativa, sia all'altezza della sua inesauribile attualità.

1. Le quattro stagioni giurisprudenziali del diritto di asilo costituzionale

Ad uno sguardo diacronico sull'attuazione/applicazione del diritto di asilo costituzionale nel corso degli ultimi vent'anni, un elemento di contrasto viene subito in evidenza: tanto il legislatore è stato immobile e silente, quanto invece il giudice ha vorticosamente mutato i propri orientamenti sull'istituto qui in esame, rimescolandone di volta in volta i profili sostanziali, procedimentali e giurisdizionali ed accostandone i tratti salienti a quelli proprio di altre forme di protezione politico-umanitaria, fino a sovrapporre gli uni agli altri. Possono così essere individuate, in un arco di tempo pur circoscritto, quattro fasi distinte che si susseguono dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso ad oggi. Di esse occorre dare conto per un duplice ordine di ragioni: per un verso, con animo *destruens*, al fine di metterne in luce le aporie e le contraddizioni; per un altro, con spirito *construens*, così da dare il senso di un movimento tuttora in corso e, dunque, suscettibile di approdare a soluzioni speculativamente più convincenti ed operativamente più appaganti di quelle attuali.

Una prima stagione si apre nel 1997, allorquando le Sezioni unite della Corte di cassazione scoprono, per così dire, la possibilità di applicare direttamente e immediatamente il diritto di asilo costituzionale e lo qualificano in maniera adamantina quale «vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità

2. M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, vol. II, p. 785.

3. Si tratta, peraltro, di un limite in qualche modo connaturato all'applicazione giudiziale di un certo istituto di derivazione giuscostituzionale, senza che vi sia stata alcuna attuazione legislativa; com'è stato detto, in proposito, «l'attuazione in senso proprio ... si può distinguere dalla semplice applicazione solo se e quando è proprio il contenuto precettivo delle disposizioni da attuare a richiedere qualcosa di più della semplice applicazione. È quanto accade quando una Costituzione introduce istituti nuovi, per la cui operatività è richiesto l'intervento del legislatore ... ma (ed è ciò che qui maggiormente interessa) è anche quanto accade allorché una Costituzione traccia percorsi di sviluppo sociale, indica obiettivi, disegna scenari futuri. In queste ipotesi, l'eccedenza progettuale sottesa alle previsioni costituzionali impedisce che ci si accontenti della semplice applicazione e pretende che si metta in campo la capacità – appunto – progettuale della politica» (*ibidem*).

4. Ci si riferisce, naturalmente, a V. Crisafulli, *In tema di incolato dell'apolide*, in *Il Foro amministrativo*, 1957, pt. I.4, p. 12; C. Esposito, *Asilo (diritto di) - d) Diritto costituzionale*, [1958], rist. in Id., *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1999, vol. III, p. 249; lo stesso non può dirsi, invece, per la giurisprudenza amministrativa che per cinquant'anni – e, segnatamente, da Cons. St., sez. IV, dec. n. 208/1952 a Cons. St., sez. IV, dec. n. 5919/2002 – ha svalutato l'art. 10, co. 3, Cost., qualificandolo come una "norma programmatica"; sul recente e innovativo ruolo svolto dal giudice amministrativo (anche) a proposito dell'argomento qui trattato, si veda, da ultimo, M. Noccelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2018, fasc. V, pp. 32 ss.

di godimento»[5]. Tuttavia, nella medesima pronuncia si chiarisce subito che, «in mancanza di una legge di attuazione del precetto di cui all'art. 10, terzo comma, Cost. allo straniero il quale chiede il diritto di asilo null'altro viene garantito se non l'ingresso nello Stato, mentre il rifugiato politico, ove riconosciuto tale, viene a godere, in base alla Convenzione di Ginevra, di uno *status* di particolare favore»[6]. Tale differenza comporta l'inapplicabilità al diritto di asilo costituzionale della disciplina relativa allo *status* di rifugiato internazionale, allora contenuta negli artt. 1 e ss. dl. n. 416/1989, convertito con modifiche nella legge n. 39/1990 (cd. legge Martelli), e fonda la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento solo al primo istituto, anche perché per il secondo l'art. 5, co. 2, della cd. legge Martelli, *illo tempore* vigente, individua quella del giudice amministrativo. Tuttavia, nel momento in cui il legislatore abroga tale ultima previsione (art. 47, co. 2, lett. *e*, del cd. Testo unico sull'immigrazione), non solo la Corte di cassazione perviene a qualificare anche lo *status* di rifugiato internazionale quale «diritto soggettivo»[7], ma ne fa discendere alcune conseguenze di rilievo per lo stesso diritto di asilo costituzionale. Nel volgere di qualche tempo, infatti, il giudice di legittimità statuisce che, «pur non avendo trovato attuazione l'art. 10, terzo comma, Cost., nella legislazione nazionale non mancano formulazioni normative tali da indurre a ritenere che la domanda di asilo debba essere assistita dalle medesime formalità previste per la richiesta del riconoscimento dello *status* di rifugiato»[8]; e ciò fa sì di doversi «accomunare i due istituti sotto il profilo procedimentale, pur lasciando inalterati i connotati sostanziali che li differenziano»[9]. In definitiva, alla luce di quel primo orientamento, il diritto di asilo costituzionale, sul piano sostanziale, viene configurato quale diritto costituzionale soggettivo perfetto e contiene in sé, in particolare, il diritto di ingresso nel territorio repubblicano; sul piano procedimentale, viene intestato *per relationem* alle autorità amministrative incaricate del riconoscimento dello *status* di rifugiato internazionale; sul piano giurisdizionale, è di spettanza del giudice ordinario. Si tratta di conclusioni che meritano un sicuro apprezzamento, se non per il fatto di essere apertamente e ripetutamente sconfessate nel volgere di poco più di un anno.

Una seconda stagione ha così inizio nel 2005, allorquando la Corte di cassazione muove ancora una volta dalla mutata normativa sullo *status* di rifugiato internazionale e perviene a un drastico *revirement* in merito all'essenza e al valore dello stesso diritto di asilo costituzionale. Valorizzando ampiamente i riferimenti testuali al lemma "asilo" presenti nella legislazione allora in vigore – e, segnatamente, nella cd. legge Martelli e nella Convenzione di Dublino del 1990[10] – il giudice di legittimità ritiene «non ... dubitabile che il legislatore nazionale, nel recepire la suindicata Convenzione, abbia considerato la domanda di asilo come (esclusivamente) finalizzata al riconoscimento dello *status* di rifugiato»[11]. Ne discende, secondo un'espressione manifestamente inappropriata[12], una «strutturale funzionalizzazione della domanda di asilo al riconoscimento dello *status* di rifugiato»[13], giacché – si legge nella medesima decisione – «i due istituti di asilo e rifugio sono associati da una comunanza di ordine funzionale che potrebbe renderne difficile un'assoluta separazione»[14]. Se ne conclude allora nel senso che, «in assenza di una legge organica

5. Cass., sez. un., sent. n. 4674/1997.

6. Cass., sez. un., sent. n. 4674/1997.

7. Cass., sez. un., sent. n. 907/1999.

8. Cass., sez. I, sent. n. 8423/2004.

9. Cass., sez. I, sent. n. 8423/2004.

10. La cui ratifica è stata autorizzata con la l. n. 523/1992.

11. Cass., sez. I, sent. n. 25028/2005.

12. Si è provato ad argomentare questo assunto in M. Benvenuti, *Asilo (diritto di) - II) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica,* Roma, 2007, vol. III, p. 4; più che dare conto delle numerose e (ad avviso di chi scrive) insuperabili opinioni di segno contrario a tale decisione – enumerate, se si vuole, in Id., *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, fasc. II, pp. 41-42, nt. 22 – appare di maggiore interesse riportare, in quanto espressiva di una più ampia *Rechtsanschauung*, la posizione formulata in sede scientifica dal relatore della pronuncia in questione: «la Cassazione, nel contenutizzare in tal guisa il diritto di asilo, ha preso atto di un dato reale. Una legge di attuazione del dettato costituzionale, nel senso – tanto ampio da apparire irrealistico – suggerito dal relativo tenore letterale non si è mai avuta verosimilmente, per gli effetti paradossali che ne conseguirebbero in termini di quantità smisurata di persone legittimate a ottenere il diritto di asilo» (S. Del Core, *Diritto d'asilo e status di rifugiato nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia civile*, 2007, pt. II, p. 158).

13. Cass., sez. I, sent. n. 25028/2005.

14. Cass., sez. I, sent. n. 25028/2005.

sull'asilo politico (che ne fissi le condizioni, i termini, i modi e gli organi competenti in materia di richiesta e concessione), attuativa del dettato costituzionale ... il diritto di asilo deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto, e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato politico. Il diritto di asilo non ha, cioè, contenuto legale diverso e più ampio del diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della pratica attinente il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Trattasi, dunque, di un diritto finalizzato a consentire accertamenti successivi per un giudizio definitivo sull'identità dello *status* o qualifica di rifugiato. In termini ancora più sintetici, può affermarsi che il diritto di asilo è un diritto risolutivamente condizionato al mancato accoglimento della domanda di riconoscimento dello *status* o qualifica di rifugiato politico»[15]. La lunga citazione risulta necessaria per illustrare il grave errore in cui incorre la Corte di cassazione a quel tempo, nel considerare un istituto di sicura e diretta matrice giuscostituzionale come strumentale e servente a un diverso istituto di provenienza giusinternazionale. Nonostante qualche successivo affinamento sul piano argomentativo, come quello per cui comunque si riconosce che la normativa statale sullo *status* di rifugiato internazionale «non rappresent[a] legge di attuazione della norma costituzionale»[16] e che «le due categorie considerate – asilo e *status* di rifugiato – s[o]no ontologicamente distinte nella nozione, nel contenuto, nell'onere della prova, non richiedendosi per l'asilante la prova del presupposto della persecuzione»[17], rimane che la situazione giuridica soggettiva alla quale l'art. 10, co. 3, Cost. dà vita «in realtà non c'è»[18]; che essa è in tutto e per tutto «inconsistente»"[19].

Una terza stagione ha allora avvio nel 2009 e incide sul diritto di asilo costituzionale trasversalmente, per il tramite di un'altra forma di protezione politico-umanitaria, ossia la previsione del rilascio di un permesso di soggiorno qualora «ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (art. 5, co. 6, del Testo unico sull'immigrazione), comunemente chiamata protezione umanitaria. In proposito, la Corte di cassazione, valorizzando una volta di più il mutamento del quadro normativo disposto con l'art. 1-*quater*, co. 4, della cd. legge Martelli, come introdotto dall'art. 32, co. 1, lett. *b*), l. n. 189/2002 (cd. legge Bossi-Fini), e con l'art. 32, co. 3, d.lgs n. 25/2008 (cd. decreto procedure), ne fa discendere il «venir meno [di] ogni margine di apprezzamento politico delle condizioni del Paese di provenienza (apprezzamento che non può competere ad un organo tecnico quale è la Commissione territoriale)»[20]; e ciò «lascia residuare al questore nulla più che un compito di mera attuazione dei deliberati assunti sulla posizione dello straniero dalla Commissione stessa»[21], con conseguente attrazione anche della protezione umanitaria nell'alveo della giurisdizione ordinaria. Per tale istituto – disciplinato, lo si ricorda, da un atto normativo statale di rango primario – lo stesso giudice di legittimità individua un esplicito radicamento costituzionale, nel senso che «la situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari ... gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'art. 2 Cost.»[22]. Tuttavia, anche in questo frangente l'ampliamento della portata della protezione umanitaria si accompagna ad un'ulteriore contaminazione tra i diversi istituti qui lumeggiati, giacché proprio il riportato ancoraggio costituzionale determinerebbe, senza che nel ragionamento proposto si comprenda se ciò ne sia la causa o la conseguenza, un'«identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo *status* di rifugiato e del diritto di asilo costituzionale, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali»[23]. Peraltro, gli effetti sul piano sostanziale di questo esplicito accostamento delle diverse forme di protezione politico-umanitaria permangono ol-

15. Cass., sez. I, sent. n. 25028/2005; notevole appare il *lapsus calami* presente in tale passaggio, laddove si prospetta, a proposito del diritto di asilo costituzionale, una sua eventuale "concessione", categoria del diritto pubblico del tutto incompatibile con una situazione giuridica soggettiva di diretta ed immediata derivazione costituzionale.

16. Cass., sez. I, sent. n. 18940/2006.

17. Cass., sez. I, sent. n. 18940/2006.

18. Cass., sez. I, sent. n. 18941/2006.

19. Cass., sez. I, sent. n. 23352/2007.

20. Cass., sez. un., ord. n. 11535/2009.

21. Cass., sez. un., ord. n. 11535/2009.

22. Cass., sez. un., ord. n. 19393/2009.

23. Cass., sez. un., ord. n. 19393/2009.

tremodo incerti, con la protezione umanitaria, «non casualmente correlata ad un predeterminato arco di tempo, spetta[nte] quando le gravi ragioni di protezione accertate, ed aventi gravità e precisione pari a quelle sottese alla tutela maggiore, siano sol temporalmente limitate (ad esempio per la speranza di una rapida evoluzione del Paese di rimpatrio o per la stessa posizione personale del richiedente, suscettibile di un mutamento che faccia venir meno l'esigenza di protezione)»[24].

Una quarta stagione scaturisce alfine nel 2012 da un ulteriore e, fino ad oggi, decisivo *overruling*. Per un verso, la Corte di cassazione ammette ora esplicitamente di voler «superare la giurisprudenza di cui a Cass. n. 18940 del 2006, per la quale il diritto di cui all'art. 19 [*recte* 10], c. 3 Cost., degraderebbe a mera posizione processuale o strumentale (propria di chi ha diritto all'esame della sua domanda alla stregua delle vigenti norme sulla protezione)»[25]. Per un altro, però, essa incorre nella medesima confusione tra situazioni giuridiche soggettive irriducibilmente distinte, ritenendo, per quanto può qui rilevare, che il diritto di asilo costituzionale sia «oggi ... interamente attuato e regolato, attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione»[26] e, cioè, nello *status* di rifugiato, nella protezione sussidiaria e nella protezione umanitaria. Ne discende coerentemente – se solo fosse esatta la premessa – non solo che «non vi è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, terzo comma, Cost., in chiave processuale o strumentale, a tutela di chi abbia diritto all'esame della sua domanda di asilo alla stregua delle vigenti norme sulla protezione»[27]; ma anche che non vi è alcuna possibilità per un diretto e immediato riconoscimento del diritto di asilo costituzionale *tout court*. Infatti, è ben vero che si annuncia «l'avvenuto definitivo superamento del precedente indirizzo restrittivo del diritto d'asilo (limitato alla facoltà d'ingresso al fine di richiedere lo *status* di rifugiato), affermatosi in un contesto normativo europeo e nazionale del tutto diverso»[28]; ma, al contempo, proprio la dispersione del diritto di asilo costituzionale all'interno di un «sistema pluralistico della protezione internazionale»[29] preclude, al pari dell'orientamento giurisprudenziale che pure si è inteso traguardare, qualunque recupero sostantivo di tale istituto. Se ne conclude, in termini positivi, che «le tre misure di protezione internazionale ed umanitaria contenute nel nostro ordinamento costituiscono esplicazione piena del diritto d'asilo costituzionale»[30] e che esse «hanno finalmente determinato l'attuazione del diritto d'asilo costituzionale previsto nell'art. 10, terzo comma, Cost.»[31]; tuttavia, una volta assodato che «l'asilo costituzionale è interamente assorbito dal sistema normativo della protezione internazionale composto dal rifugio politico, la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria»[32], la Corte di cassazione perviene simultaneamente a sancire, in termini negativi, l'impossibilità di «prospettare il diritto all'asilo politico, derivante dall'art. 10 Cost., come avulso dalla normativa statale»[33] e così ad «esclude[re] che possa parlarsi di un autonomo diritto di asilo *ex* articolo 10 Cost.»[34].

Tale è, dunque, l'insoddisfacente epilogo a cui la giurisprudenza ordinaria è giunta oggi sulla scorta di un sincretismo estemporaneo e cangiante[35] tra forme

24. Cass., sez. VI, ord. n. 4130/2011.

25. Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012.

26. Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012.

27. Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012.

28. Cass., sez. VI, ord. n. 563/2013.

29. Cass., sez. VI, ord. n. 563/2013.

30. Cass., sez. VI, ord. n. 12270/2013.

31. Cass., sez. VI, ord. n. 26887/2013.

32. Cass., sez. VI, sent. n. 13081/2016.

33. Cass., sez. VI, ord. n. 30134/2017.

34. Cass., sez. VI, ord. n. 2682/2018.

35. Si è così fatto riferimento, da parte dei più recenti commentatori, ad una «giurisprudenza di legittimità dimostratasi nell'ultimo quindicennio giocoforza ondivaga, mutevole e immemore rispetto al dettato costituzionale» (E. Xhanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, p. 4), caratterizzata da una certa "volatilità" (D. Vitiello, *Verso un sistema di protezione internazionale più sostenibile e garantista?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, fasc. I, p. 29) e solcata da «orientamenti talvolta acrobatici ed altri talvolta eccessivamente restrittivi» (C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n 445/2018*, in *Questione Giustizia on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-per-motivi-di-integrazion_14-03-2018.php).

di protezione politico-umanitaria ontologicamente diverse, se non quanto alla loro funzione, certamente quanto alla loro struttura, che sulla prima indubitabilmente ridonda[36]. Si tratta di un esito – è bene dichiararlo con nettezza – che richiede un compiuto e complessivo ripensamento. Il diritto di asilo costituzionale, infatti, non può avere la forma dell'acqua, che – prendendo a prestito la metafora di un popolare racconto, in cui fa la sua prima comparsa un ancor più popolare commissario – «piglia la forma che le viene data»[37]. Vi sono (almeno) tre ordini di ragioni operanti su di un piano ora concettuale, ora effettuale ed ora potenziale che inducono a ricusare l'evoluzione giurisprudenziale sin qui compendiata, ivi comprese le sue risultanze più attuali, e, di converso, a riaffermare tanto l'autonomia categoretica quanto la portata operativa del diritto di asilo costituzionale anche nel nostro tempo. Di ciò si proverà ora a dare brevemente conto.

2. Una critica sul piano concettuale

Sul piano concettuale vi è una prima e dirimente questione, messa in luce dai migliori commentatori[38] e a più riprese ribadita anche in anni recenti[39], sulla quale è d'uopo brevemente tornare. Si tratta dell'irriducibilità del diritto di asilo costituzionale rispetto alle altre forme di protezione politico-umanitaria attualmente vigenti nell'ordinamento italiano; una diversità emergente da tali e tanti punti di vista (atto normativo da cui scaturiscono, disciplina, contenuto, presupposti, limiti ecc.) che non dovrebbe richiedere alcuna dimostrazione particolare. Piuttosto, ricorrendo ad un argomento apagogico, si può aggiungere che, se la situazione giuridica soggettiva a cui l'art. 10, co. 3, Cost. dà corpo si trovasse per ipotesi a "refluire"[40] nello *status* di rifugiato, nella protezione sussidiaria e/o nella protezione umanitaria – ma allora anche (perché no?) nella cd. protezione temporanea europea (art. 78, § 2, lett. *c*, Tfue; dir. n. 55/2001; d.lgs n. 85/2003), nelle «misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati» (art. 78, § 3, Tfue; dec. n. 1523/2015; dec. n. 1601/2015), nel permesso di soggiorno «per motivi di protezione sociale» (art. 19 del cd. Testo unico dell'immigrazione) o «per le vittime di violenza domestica» (art. 19-*bis* del cd. Testo unico dell'immigrazione), nella cd. protezione temporanea italiana (art. 20 del cd. Testo unico dell'immigrazione) e/o in tutti gli altri consimili istituti che il legislatore statale o sovranazionale potrebbe variamente introdurre o sopprimere – si assisterebbe, prima di tutto, ad una singolare inversione sul piano precipuo dell'ermeneutica costituzionale: quella per cui, piuttosto che interpretare la legislazione alla luce della Costituzione, si compirebbe il percorso logico inverso, riempiendo di contenuti legislativi, al costo di plurime forzature, l'enunciato costituzionale di riferimento. Da questo punto di vista, anche a voler ammettere che tra il diritto di asilo costituzionale e lo *status* di rifugiato internazionale corra un rapporto di genere a specie[41], non per questo

36. Ricorrendo qui a un noto luogo di N. Bobbio, *Intorno all'analisi funzionale del diritto*, [1975], rist. *L'analisi funzionale del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, 2007, p. 100, «l'analisi strutturale, attenta alle modificazioni della struttura, e l'analisi funzionale, attenta alle modificazioni della funzione, debbono essere continuamente alimentate e procedere di pari passo».

37. A. Camilleri, *La forma dell'acqua*, Palermo, 1994, p. 110.

38. Si veda, per tutti, A. Cassese, *Art. 10-12*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, pp. 539 ss.; nonché, per ulteriori riferimenti bibliografici, M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2007, pp. 214 ss.

39. Si vedano, in questo senso, per limitarsi ai lavori degli ultimi anni, E. Cavasino, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in *La tutela dei diritti umani in Europa*, a cura di A. Caligiuri et al., Padova, 2010, pp. 325 ss.; F. Mastromartino, *Il diritto d'asilo*, Torino, 2012, p. 180; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, pp. 343-344; E. Cavasino, *Le trasformazioni del diritto d'asilo*, in *Nuove autonomie*, 2013, p. 398; L. Grasso, *L'asilo costituzionale in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, pp. 772 ss.; G. Micciarelli, *Il diritto d'asilo "dimenticato"*, in *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, a cura di A. Di Stasi e L. Karb, Napoli, 2013, pp. 273 e 280 ss.; E. Xhanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, cit. nt. 35, pp. 11 ss.; D. Vitiello, *Verso un sistema di protezione internazionale più sostenibile e garantista?*, cit. nt. 35, pp. 26 ss.; la posizione contraria è riportata infra, nt. 42 e nt. 43 ed è altresì sostenuta, senza tuttavia ulteriori sviluppi argomentativi, da C. Favilli, *La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, a cura di Ead., Padova, 2011, p. 143; R. Finocchi Ghersi, *Il diritto di asilo in Italia e in Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, pp. 917 ss.; M. Asprone, *Il diritto d'asilo e lo status di rifugiato*, Roma, 2012, pp. 40 ss.; G. Pizzolante, *Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione europea*, Bari, 2012, pp. 122 ss.

40. M. Acierno, *Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale, in Immigrazione, asilo e cittadinanza*, a cura di P. Morozzo della Rocca, III ed., Santarcangelo di Romagna, 2018 [ma 2017], p. 76.

41. In questo senso, si veda, per tutti, B. Nascimbene, *Asilo e statuto di rifugiato*, in *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, p. 320; si è cercato di sostenere una diversa opinione in M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costitu-*

se ne può inferire, pena un salto logico incolmabile, che l'asserita maggiore latitudine del primo, nei segmenti non coperti dal secondo, sia ormai occupata da istituti, quali sono tanto la protezione sussidiaria[42] quanto la protezione umanitaria[43], che né hanno un radicamento costituzionale, né fanno riferimento, quale loro causa di giustificazione, all'impedimento nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, fondandosi piuttosto su presupposti e requisiti affatto diversi.

Sulle possibili aporie derivanti dall'asserita attuazione/applicazione del diritto di asilo costituzionale per il tramite di regole promananti da ordinamenti giuridici "altri" – e, segnatamente, da quello internazionale e da quello sovranazionale – si dirà in seguito. Merita qui qualche considerazione parimenti problematica la riconduzione nel perimetro applicativo dell'art. 10, co. 3, Cost. anche della protezione umanitaria che, com'è noto, costituisce una situazione giuridica soggettiva "residuale"[44], interamente disciplinata dal diritto statale e non a torto ricondotta dalla stessa giurisprudenza, in una delle sue alterne evoluzioni, all'art. 2 Cost.[45]. Infatti, la formulazione negativa dell'art. 5, co. 6, del cd. Testo unico sull'immigrazione, il riferimento ivi contenuto al «rifiuto o [al]la revoca del permesso di soggiorno» e l'evocazione, al tempo stesso pregnante ma generica, degli «obblighi costituzionali» sono tutti elementi che concorrono a ritenere la relativa previsione suscettibile di dare forma non già ad uno *status* positivamente compiuto e configurato, qual è certamente quello sagomato dall'art. 10, co. 3, Cost., ma a un (mero) diritto di non essere espulso, *in primis* in ragione di circostanze di rilievo anche costituzionale, ma diverse dall'impedimento nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantire dalla Costituzione italiana. Vengono così in evidenza, senza pretesa di esaustività, i casi di commissione di reati politici *ex* art. 10, co. 4, Cost., fatta eccezione per i delitti di genocidio (art. unico l. cost. n. 1/1967), o di condanna alla pena di morte, per contrasto con l'art. 27, co. 4, Cost.[46], nei quali lo straniero è senz'altro inespellibile.

In questa prospettiva, pur ritenendo empiricamente apprezzabile il cammino giurisprudenziale di avvicinamento sul piano sostanziale, procedimentale e giurisdizionale di tale ultima forma di protezione alle altre[47] – non necessariamente assecondato, però, dalle autorità amministrative competenti[48] – non può non ricordarsene il carattere di minorità, se non di vera e propria precarietà, tanto che la stessa Corte di cassazione è pervenuta, non senza oscillazioni, ad enfatizzarne una certa limitatezza di ordine temporale[49]. In ogni caso, tale sua caratterizzazione emerge dalla durata del relativo permesso di soggiorno (due anni *ex* art. 6, co. 2, dPR n. 21/2015), se raffrontata a quella del permesso di soggiorno conseguente al riconoscimento dello *status* di rifugiato internazionale (cinque anni *ex* art. 23, co. 1, d.lgs n. 251/2007),

---

zionale italiano, cit. nt. 38, pp. 215 ss.

42. In questo senso, invece, P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2008, fasc. I, p. 14, ad avviso del quale «a 60 anni dall'entrata in vigore della Costituzione grazie all'attuazione di quelle due direttive comunitarie [dir. n. 83/2004 e dir. n. 85/2005] la legislazione italiana subisce cambiamenti così rilevanti da far ritenere che sia stata finalmente raggiunta una forma di completa attuazione del diritto d'asilo garantito dall'art. 10, co. 3 Cost.».

43. In questo senso, ancora, Id., *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, cit. nt. 39, p. 51, ad avviso del quale «oggi possiamo configurare il diritto di asilo come un grande insieme, nel quale vi è un sottoinsieme che è la protezione internazionale, a sua volta suddiviso in due ulteriori sottoinsiemi, cioè lo status di rifugiato e lo status di protezione sussidiaria, mentre nella "corona" al di fuori di tale sottoinsieme si possono collocare il grande sottoinsieme intersecante consistente nel permesso di soggiorno per motivi umanitari ... e il sottoinsieme della protezione temporanea»; nonché, da ultimo, Id., *Articolo 10*, in *La Costituzione italiana*, a cura di F. Clementi et al., Bologna, 2018, vol. I, pp. 77 s.

44. Cass., sez. VI, ord. n. 4130/2011.

45. Si veda *supra*, nt. 22.

46. In questo senso, si veda, in particolare, C. cost., sentt. n. 54/1979; n. 223/1996.

47. Si è già avuto modo, in altra sede, di riscontrare un ruolo espansivo ed emulativo del diritto di asilo costituzionale rispetto alle altre forme di protezione politico-umanitaria presenti nell'ordinamento italiano, il che non vuol dire affatto, però, sostenere un'asserita capacità attuativa/applicativa di queste nei confronti dell'art. 10, co. 3, Cost.; sul punto, si deve rinviare a M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, cit. nt. 14.

48. Ci si riferisce, in particolare, alla circolare della Commissione nazionale per il diritto di asilo n. 3716/2015, la quale, nell'esemplificare le fattispecie che comportano il riconoscimento della protezione umanitaria, non contempla il diritto di asilo costituzionale.

49. Si veda *supra*, nt. 24; nonché, criticamente, su questo profilo, V. Marengoni, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, fasc. IV, pp. 66-67; N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, fasc. I, pp. 28-29; le quali fanno entrambe derivare proprio da tale considerazione l'inattitudine della protezione umanitaria a costituire una forma di attuazione/applicazione dell'art. 10, co. 3, Cost.

e dall'insuscettibilità del primo di portare al rilascio di un permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo (art. 9, co. 3, lett. *b*, del cd. Testo unico sull'immigrazione). Se quindi si ritenesse il diritto di asilo costituzionale validamente soddisfatto attraverso il riconoscimento della protezione umanitaria, ne risulterebbe in capo al titolare una condizione giuridica, ad un tempo, diversa e più angusta rispetto a quella del titolare del diritto di asilo costituzionale *sub specie* di *status* di rifugiato internazionale (o di beneficiario della protezione sussidiaria); e, conseguentemente, «l'asilo costituzionale ... voluto dai Costituenti come garanzia massima, ineliminabile e imprescindibile per la democrazia dello Stato e l'universalismo delle libertà costituzionali, divent[erebbe] disposizione residuale, cioè inferiore nella scala giuridica a fattispecie previste da leggi ordinarie»[50]. Si assisterebbe allora all'evidente dissipazione di una situazione giuridica soggettiva che la stessa Carta repubblicana del 1947 ha inteso configurare in termini unitari e che – secondo un importante arresto della Corte costituzionale – deve consentire il godimento «almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*»[51]; il che la protezione umanitaria, pur latamente interpretata, davvero non consente.

Per essere all'altezza di quel risalente, ma non per questo meno illuminante, *dictum* giurisprudenziale, occorre piuttosto che anche il giudice ordinario torni a riconsiderare la necessaria autonomia concettuale del diritto di asilo costituzionale e a configurarlo quale diritto costituzionale soggettivo perfetto. A tal fine, pur nella perdurante assenza di una legge che stabilisca le "condizioni" evocate all'art. 10, co. 3, Cost. e, in particolare, che individui le autorità amministrative competenti a disporne il riconoscimento, lo straniero impedito nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana potrà comunque presentare un'«*azione di accertamento di* status *personale presso il giudice civile*»[52] e quest'ultimo, rilevando la situazione di fatto dell'interessato come corrispondente alla fattispecie giuridica di riferimento, dovrà provvedere a riconoscere direttamente e immediatamente il relativo *status*.

Sin qui, a ben vedere, si è sulla scia (del primo) degli orientamenti giurisprudenziali già precedentemente illustrati. Se però si vuole evitare che l'art. 10, co. 3, Cost. continui ad essere considerato alla stregua di «qualcosa di molto simile ad un "orpello" normativo, magari di particolare effetto ma pur sempre in larga misura inutile»[53], occorre davvero prendere il diritto di asilo costituzionale *seriously*[54] e, a tal fine, fare un secondo passo in avanti ai fini del suo "positivo riconoscimento"[55]. Lo sforzo ermeneutico ulteriore operante in virtù dell'applicazione giudiziale dell'art. 10, co. 3, Cost. consiste allora in ciò: nel derivare da quanto sin qui detto che la condizione giuridica del titolare del diritto di asilo costituzionale, in ragione dell'atto normativo da cui scaturisce, non può comunque risultare inferiore a quella più e meglio tutelata tra le varie forme di protezione politico-umanitaria presenti nel vigente ordinamento giuridico, ossia, oggi, lo *status* di rifugiato internazionale. Per pervenire a tale risultato, peraltro riscontrabile anche in altri Stati membri dell'Unione europea[56], non si tratta di disporre un'applicazione analogica di fattispecie che devono rimanere necessariamente distinte, ma di valorizzare il riferimento testuale, contenuto nell'art. 11, co. 1, lett. *a*), dPR n. 394/1999, al rilascio di un permesso di soggiorno per "asilo", tale da sostanziare l'omonimo diritto di cui all'art. 10, co. 3, Cost. Conseguentemente, una volta giudizialmente accertato che uno straniero è impedito nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione

50. Ivi, p. 29.

51. C. cost., sent. n. 11/1968; infatti, l'ordinamento italiano si caratterizza per un «"quadro sistematico" che, pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti fondamentali, vede regolati in modo diverso – anche a livello costituzionale (art. 10, terzo comma, Cost.) – l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di cd. "migranti economici"» (C. cost., sent. n. 5/2004).

52. P. Bonetti, L. Neri, *Il diritto d'asilo*, in *Diritto degli stranieri*, cit. nt. 1, p. 1160.

53. P. Passaglia, *Eutanasia di un diritto*, in *Il Foro italiano*, 2006, pt. I, c. 2863.

54. Nel senso proposto, naturalmente, da R. Dworkin, *Taking rights seriously*, [1977], trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, p. 271, secondo cui lo Stato è tenuto a «prendere i diritti sul serio, seguendo una teoria coerente sulla natura di questi diritti, e agendo coerentemente con le affermazioni di questa».

55. M Acierno, *Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale*, cit. nt. 40, p. 75.

56. Ad uno sguardo comparativo, infatti, risulta che la Bulgaria, la Germania, la Polonia, il Portogallo, la Repubblica ceca e l'Ungheria prevedano tutti all'interno dei rispettivi ordinamenti giuridici l'estensione dei diritti spettanti ai beneficiari dello status di rifugiato internazionale ad altre categorie di stranieri, individuate dal diritto statale quali titolari di un diritto di asilo, anche sulla base di disposizioni di rango costituzionale; in questo senso, si veda il documento dell'*European migration network intitolato The different national practices concerning granting of Non-Ee harmonised protection statuses*, [2010], su goo.gl/7X2fxa, allegati, pp. 3 ss.

italiana e, dunque, riconosciuto nei suoi confronti il diritto di asilo costituzionale, il giudice ordinario ben potrà – ed anzi dovrà – disporre che il Questore rilasci tale permesso di soggiorno, secondo un modulo decisionale già ampiamente sperimentato con riferimento alla protezione umanitaria[57]. E poiché il permesso di soggiorno per "asilo" comporta il godimento di tutti i diritti connessi allo *status* di rifugiato internazionale, ciò consentirà anche al titolare del diritto di asilo costituzionale, simmetricamente, di poterne beneficiare.

3. Una critica sul piano effettuale

Venendo ora al piano effettuale del problema, si è già cercato in un'altra occasione[58] di sostenere che una caratteristica distintiva e peculiare del diritto di asilo costituzionale rispetto alle altre vigenti forme di protezione politico-umanitaria è data dalla puntuale evocazione, contenuta nell'art. 10, co. 3, Cost., del «territorio della Repubblica». Tuttavia, al fine di non fraintendere il significato di tale pregnante riferimento, è necessario considerare che il territorio repubblicano vi viene prospettato quale luogo dove lo straniero potrà effettivamente beneficiare della situazione giuridica soggettiva di riferimento e non quale luogo dove il richiedente asilo debba previamente trovarsi al fine di chiederne il riconoscimento[59], pena un'indebita addizione alla causa di giustificazione indicata all'art. 10, co. 3, Cost. di un requisito ulteriore del quale non vi è traccia. In altri termini, la Carta repubblicana del 1947 non conosce, né riconosce – se non nei termini in cui ciò possa indirettamente rilevare per il tramite di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta *ex* art. 10, co. 1, Cost. o sostanziare un obbligo internazionale *ex* art. 117, co. 1, Cost. – la distinzione tra il cd. asilo territoriale e il cd. asilo extraterritoriale, ben potendo il richiedente asilo, per essere considerato tale, non trovarsi (ancora) in Italia. Al contempo, il «territorio della Repubblica» costituisce un elemento teleologico essenziale dell'art. 10, co. 3, Cost. e, di conseguenza, i pubblici poteri non solo non possono ostacolarne il raggiungimento, ma sono tenuti ad adoperarsi, in tutte le sedi opportune (politiche, diplomatiche, internazionali ecc.) e con le modalità di volta in volta più efficaci, per far sì che uno straniero impedito nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana possa raggiungerlo.

La situazione a cui si è fatto qui riferimento non è certamente sconosciuta all'esperienza repubblicana[60] – si pensi soltanto ai cileni rifugiatisi nella sede della rappresentanza italiana a Santiago a seguito del colpo di Stato militare del 1973[61], ma anche più di recente ai 150 eritrei provenienti dalla Libia nel 2007 o ai 160 palestinesi provenienti dal confine tra la Siria e l'Iraq nel 2009[62], di cui i pubblici poteri hanno più o meno laboriosamente organizzato l'arrivo in Italia – ed è stato altresì messo a fuoco nei suoi risvolti costituzionali in un noto caso giudiziario della fine del secolo scorso. In tale circostanza, il Tribunale di Roma è pervenuto al riconoscimento del diritto di asilo costituzionale nei confronti del *leader* curdo A. Öcalan, ancorché questi fosse recluso in un carcere turco al momento della decisione, sul presupposto inequivocabile che «la presenza del richiedente il diritto di asilo non è condizione necessaria per il conseguimento del diritto stesso»[63].

Tale pronuncia, ormai non più recente ma comunque estremamente rilevante, merita di essere tutt'oggi positivamente salutata, poiché fa emergere in maniera tangibile l'attitudine del diritto di asilo costituzionale (e solo di esso) a frapporsi alle recenti "politiche di non arrivo"[64], con le quali, giusta la ratifica del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra

57. Si vedano, a mo' di esempio, i dispositivi di alcune recenti pronunce del Tribunale di Firenze (goo.gl/dytYrZ), del Tribunale di Genova (goo.gl/hCSrcL) e del Tribunale di Roma (goo.gl/DcvrKe).

58. Si consenta di rinviare a M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit. nt. 38, pp. 126-127; Id., *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, cit. nt. 14, pp. 55 ss.; sulla scia di uno spunto proposto da E. Bettinelli, *I diritti "essenziali" (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino, 1992, p. 38.

59. In senso contrario, si veda, tuttavia, C. Esposito, *Asilo (diritto di) - d) Diritto costituzionale*, cit. nt. 4, p. 248, il quale, nondimeno, individua per il (potenziale) richiedente asilo che non si trovi nel territorio repubblicano una tutela fondata sull'art. 2 Cost.; nonché, più di recente, ma senza addurre ulteriori motivi, F. Rescigno, *Il diritto di asilo*, Roma, 2011, p. 217.

60. Sul punto, si veda specialmente *Exploring avenues for protected entry in Europe*, a cura di L. Facchi, Abbiategrasso, 2012, pp. 44-45.

61. Su tale vicenda, si rinvia al bel libro-testimonianza di E. Calamai, *Niente asilo politico*, II ed., Milano, 2016, pp. 55 ss.

62. Si veda ancora *Exploring avenues for protected entry in Europe*, cit. nt. 60, p. 44.

63. Trib. Roma, sent. 1.10.1999, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1999, fasc. III, p. 112.

64. Sulle quali si veda, in particolare, M. Malena, *Respingimenti, rinvii forzati e politiche di "non arrivo"*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, a cura di F. Angelini et al., Napoli, 2011, pp. 39 ss., la quale definisce tali politiche quali «misure interdittive attuate

la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista (cd. Trattato di Bengasi) del 2008[65] ed ora anche del *Memorandum* d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana del 2017[66], i pubblici poteri hanno cercato e stanno cercando in ogni modo di impedire a molti (potenziali) richiedenti asilo di raggiungere l'Italia[67]. È noto che – in disparte quanto ha affermato la Corte europea dei diritti dell'uomo nella nota decisione del 23.2.2012 su ric. n. 27765/98, *Hirsi c. Italia*[68], a proposito dei respingimenti in mare verso la Libia inopinatamente disposti dall'Italia a partire dal maggio del 2009[69] – tanto lo *status* di rifugiato, quanto la protezione sussidiaria, quanto ancora la protezione umanitaria hanno tutti una «condizione necessaria»[70] in comune: quella per cui è comunque imprescindibile per il richiedente, ai fini della presentazione della relativa domanda, il raggiungimento, sovente in maniera irregolare e rischiosa, del territorio repubblicano. Ciò non vale, invece, per la situazione giuridica soggettiva tratteggiata all'art. 10, co. 3, Cost.[71]; e tale sua caratteristica peculiare costituisce a tutti gli effetti un «ambito di applicazione senz'altro ancora da esplorare, ma non per questo non percorribile e soprattutto estremamente attuale»[72].

Seguendo questa prospettiva, il diritto di asilo costituzionale perviene ad incrociare istituti su cui do-

---

in mare oltre la frontiera italiana – soglia ove si compie il respingimento in senso stretto – ed aventi come grave conseguenza il rinvio coattivo verso la Libia non in funzione di procedure individuali di riammissione, ma tramite operazioni forzose di riconduzione nel luogo di presunta partenza ovvero di riconsegna alle autorità libiche» (ivi, p. 48); sui "politics of non-entrée", si veda già J.C. Hathaway, *The emerging politics of Non-Entrée*, in *Refugees*, 1992, fasc. XCI, pp. 40-41; nonché, più di recente, T. Gammeltoft-Hansen e J.C. Hathaway, *Non-Refoulement in a World of cooperative deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, p. 241, ad avviso dei quali, «whereas refugee law is predicated on the duty of non-refoulement, the politics of non-entrée is based on a commitment to ensuring that refugees shall not be allowed to arrive. Over the last three decades, even as powerful states routinely affirmed their commitment to refugee law, they have worked assiduously to design and implement non-entrée policies that seek to keep most refugees from accessing their jurisdiction, and thus being in a position to assert their entitlement to the benefits of refugee law».

65. La cui ratifica è stata autorizzata con la l. n. 7/2009.

66. In virtù del quale, «per evitare l'applicazione degli obblighi di ricerca, di soccorso e del principio di non-refoulement si agisce affinché le persone non arrivino: contenimento dei flussi, restrizioni alle partenze, intervento da parte degli stessi Paesi di transito così da azzerare il contatto ed evitare l'instaurarsi di una giurisdizione e, dunque, di una responsabilità sul piano interno e internazionale» (C. Favilli, *Editoriale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, fasc. II, p. 2).

67. Su questo profilo, si veda anche, da ultimo, A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in Costituzionalismo.it, 2017, fasc. I, pp. 168 ss.

68. Tra gli innumerevoli commenti a tale decisione, si può rinviare, per tutti, a C. Favilli, *Secca condanna dell'Italia per i rimpatri di migranti in alto mare verso la Libia*, in questa *Rivista*, ed. cartacea Franco Angeli, Milano, n. 3/2012, pp. 199 ss.; nonché *amplius* a S. Fachile e L. Leo, *La Corte Edu e la tutela dei diritti fondamentali dei migranti e dei richiedenti asilo*, in questa *Rivista*, ed. cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 3/2014, pp. 121 ss.

69. Su cui sia consentito rinviare a M. Benvenuti, *Un diritto in alto mare*, in Costituzionalismo.it, 2009, fasc. I, pp. 1 ss.; nonché a A. Pugiotto, *"Purché se ne vadano"*, in *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit. nt. 41, pp. 355 ss.

70. P. D'Abbrunzo, *Il regime di concessione dei visti umanitari tra diritto dell'Unione e diritto nazionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, fasc. II, p. 6; in particolare, ai sensi dell'art. 3, § 2, dir. n. 32/2013 (cd. direttiva procedure), «la presente direttiva non si applica alle domande di asilo diplomatico o territoriale presentate presso le rappresentanze degli Stati membri»; mentre, ai sensi dell'art. 3, § 1, reg. n. 604/2013 (cd. regolamento Dublino III), «gli Stati membri esaminano qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide sul territorio di qualunque Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito».

71. Il tema è stato oggetto di opportuna attenzione, di recente, da parte di M.A. Gliatta, *La garanzia costituzionale del diritto di asilo e il sistema di tutela europeo dei richiedenti protezione internazionale*, in Federalismi.it, 2017, fasc. III, p. 12; N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit. nt. 49, p. 4; ma si veda anche, precedentemente, M. Acierno, *Il sistema normativo interno di protezione internazionale dalla L. n. 39 del 1990 alla L. n. 189 del 2002*, [2010], su goo.gl/cJEsa7, p. 14; che si tratti, dunque, di una "minoritaria ... dottrina" – come affermato, seppur criticamente, da N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit. nt. 49, p. 30 – è un assunto che sembra tutto da dimostrare.

72. Ivi, p. 5.

vrebbe essere più vivo il dibattito attuale, quali sono i «reinsediamenti»[73], i «*protected entry procedures*»[74] e i «corridoi umanitari»[75], tutti meccanismi variamente vòlti a consentire a stranieri potenzialmente bisognosi di protezione politico-umanitaria di raggiungere in maniera legale e quanto più possibile sicura l'Italia. Al riguardo, giova ricordare che, se l'Unione europea è competente per la «politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata» (art. 77, § 2, lett. *a*, Tfue) e per i «controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne» (art. 77, § 2, lett. *b*, Tfue), la disciplina sovranazionale di riferimento riconosce comunque agli Stati membri il potere di rilasciare diverse forme di «visti umanitari»; una formula sineddotica con la quale si intendono «national long-stay visas at the Member States' discretion, as well as Schengen short-stay visas with limited territorial validity (LTV) on humanitarian grounds, for reasons of national interest or because of international obligations»[76]. In particolare, l'art. 6, § 4, dir. n. 115/2008 (cd. direttiva rimpatri) stabilisce che «in qualsiasi momento gli Stati membri poss[a]no decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare». Inoltre, l'art. 25 reg. n. 810/2009 (cd. codice dei visti) prevede dei «visti con validità territoriale limitata ... rilasciati eccezionalmente»[77] (§ 1) per «motivi umanitari o di interesse nazionale» (§ 1, lett. *a*) e validi solo «per il territorio dello Stato membro di rilascio» (§ 2). Infine, l'art. 6, co. 5, lett. *c*), reg. n. 399/2016 (cd. codice frontiere Schengen) consente agli Stati membri di autorizzare l'entrata di uno straniero nel proprio territorio «per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali».

Come asseverato anche in una recente pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, è certo che i cd. visti umanitari «rientrano nell'ambito di applicazione unicamente del diritto nazionale»[78]. Se questo è vero, ne discende che l'Italia è conseguentemente tenuta a dare un'applicazione costituzionalmente conforme o adeguatrice di tale istituto, il quale ben può costituire una delle forme attraverso le quali, con riferimento al diritto di asilo costituzionale, si so-

73. Per "reinsediamento" si intende, a seconda degli atti sovranazionali di riferimento, ora «il processo mediante il quale, su richiesta dell'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati (Unhcr) motivata da bisogno di protezione internazionale, cittadini di Paesi terzi sono trasferiti da un Paese terzo a uno Stato membro in cui sono autorizzati a soggiornare in virtù di uno dei seguenti *status*: i) "*status* di rifugiato" ai sensi dell'articolo 2, lettera e), della direttiva 2011/95/Ue; ii) "*status* di protezione sussidiaria" ai sensi dell'articolo 2, lettera g), della direttiva 2011/95/Ue; oppure iii) qualsiasi altro status che offre, ai sensi del diritto nazionale e dell'Unione, diritti e vantaggi analoghi a quelli offerti dagli status di cui ai punti i) e ii)» (art. 2, lett. a, reg. n. 516/2014); ora «il trasferimento di singoli profughi con evidente bisogno di protezione internazionale, effettuato su richiesta dell'Alto commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati, da un Paese terzo in uno Stato membro consenziente, allo scopo di proteggerli dal respingimento e di riconoscere loro il diritto di soggiorno e tutti gli altri diritti analoghi a quelli riconosciuti ai beneficiari di protezione internazionale» (pt. 2 racc. n. 914/2015); ora «l'ammissione di cittadini di Paesi terzi e apolidi bisognosi di protezione internazionale da un Paese terzo verso il quale o all'interno del quale sono stati sfollati, nel territorio degli Stati membri, allo scopo di accordare loro protezione internazionale» (Commissione europea, Com [2016] 468 final, art. 2); su tale istituto, si vedano, peraltro, già le comunicazioni della Commissione europea Com (2015) 240 final e Com (2016) 197 final; secondo gli ultimi dati disponibili dell'Eurostat, relativi al 2016 (su goo.gl/VQfS2d), gli stranieri beneficiari del reinsediamento in Italia sono stati 1.045.

74. Con ciò intendendosi «an overarching concept for arrangements allowing a non-national to approach the potential host state outside its territory with a claim for asylum or other form of international protection, and to be granted an entry permit in case of a positive response to that claim, be it preliminary or final» (G. Noll et al., *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims outside the Eu against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, [2002], su goo.gl/pNJYsD, p. 20).

75. A cui si riferiscono i recenti protocolli di intesa stipulati tra la Direzione generale per gli italiani all'estero e le politiche migratorie del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, da un lato, e alcuni "enti di ispirazione religiosa", dall'altro, sui quali si rinvia a L. Colmayer e M. Signorini, *I corridoi umanitari, possibile alternativa di ingresso legale in Italia*, in *Immigrazione.it*, 2017, fasc. CCLXXXI, pp. 2 ss.; P. Morozzo della Rocca, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, fasc. I, pp. 1-2; M. Sossai, *Canali di ingresso legale e sicuro dei migranti in Europa*, in *Vergogna ed esclusione*, a cura di U. Curi, Roma, 2017, pp. 86 ss.

76. U. Iben Jensen, *Humanitarian Visas*, [2014], su goo.gl/2X1ia4, p. 9.

77. Come opportunamente messo in luce da C. Favilli, *Visti umanitari e protezione internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 558, «non è un'eccezione ad una regola che, in quanto tale, rientrerebbe nella competenza dell'Unione, ma una riserva a favore della legislazione nazionale»; sul punto, cfr. altresì G. Cellamare, *Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 537-538.

78. CGUE, C-638/16 PPU, 7.3.2017, X e X.

stanzia l'«obbligo di intervento dello Stato, affinché il diritto stesso possa trovare concreta soddisfazione»[79]. In ciò, dunque, si concreta la saldatura tra l'art. 10, co. 3, Cost. e i cd. visti umanitari: nel determinare un dovere di attivazione dei pubblici poteri, affinché chi sia impedito nell'effettivo impedimento delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana non solo non sia ostacolato nel raggiungimento del territorio repubblicano[80], ma vi sia financo agevolato, al fine di vedersi riconosciuto il relativo diritto e, se del caso, di beneficiarne in Italia.

4. Una critica sul piano potenziale

Il riferimento poc'anzi formulato all'ampia competenza dell'Unione europea in materia di «politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione», di cui al capo 2 del titolo V della parte terza del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, fa da sfondo, per così dire, ad un'ulteriore delicata questione che, pur operando su un piano potenziale, induce a ritenere quanto mai urgente (ri)prendere consapevolezza dell'irriducibilità del diritto di asilo costituzionale rispetto alle altre forme di protezione politico-umanitaria attualmente vigenti, a maggior ragione se di derivazione inter o sovranazionale[81]. Ad un'osservazione complessiva delle relazioni interordinamentali tra il diritto statale e il diritto dell'Unione europea nel tempo attuale, una considerazione di sistema si impone: quella per cui l'incidenza del secondo sul primo, come dimostrano massimamente le risposte di ordine giuridico formulate rispetto alla recente crisi migratoria, non determina di per sé alcun effetto accrescitivo nella tutela dei diritti fondamentali, ma va valutata sotto questo profilo di volta in volta e a seconda delle circostanze. Talora l'ordinamento sovranazionale ne produce un pregevole rafforzamento e talaltra, però, ne provoca uno specioso affievolimento[82].

Se questo è vero in una prospettiva di ordine generale – come, del resto, chi scrive non ha mai mancato di dubitare – ne discende a tutti gli effetti, quanto al profilo qui affrontato, che la previsione all'interno della Carta repubblicana del 1947 di un istituto qual è il diritto di asilo costituzionale costituisce un formidabile strumento di resistenza costituzionale, a fronte di sempre possibili arretramenti nella tutela dei diritti fondamentali che il processo di integrazione europea dovesse per avventura (e per sventura) comportare. Non si tratta, certo, di una scoperta di oggi. Al contrario, di ciò è stato ben consapevole il legislatore statale nel corso tempo, al punto di prevedere nella legge di autorizzazione alla ratifica della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1990 – con cui si è stabilito per la prima volta che, «qualunque sia la parte contraente cui uno straniero presenta la domanda di asilo, soltanto una Parte contraente [sia] competente per l'esame della domanda» (art. 29, § 3) – che ciò «non esclud[a] l'obbligo delle competenti autorità nazionali di esaminare direttamente una domanda di asilo presentata ai sensi dell'articolo 10 della Costituzione della Repubblica come attuato dalla legislazione vigente» (art. 17, co. 2, l. n. 388/1993)[83]. La proiezione nel diritto sovranazionale attualmente in vigore di un simile *caveat* è la nota "clausola discrezionale"[84] contenuta nel cd. regolamento Dublino III, in virtù della quale «ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide» (art. 17, § 1)[85]. Si tratta di una previsione senz'altro opportuna e dotata di potenzialità non sempre e non tutte predicibili – come dimostra, in particolare, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21.1.2011 su ric. n. 30606/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* – che nondimeno permane

79. E. Bettinelli, *I diritti "essenziali" (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento*, cit. nt. 58, p. 38; nonché, se si vuole, M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit. nt. 38, p. 127.

80. E, dunque, come detto in maniera più schietta, l'Italia non sia uno «"Stato-canaglia" per i migranti» (G. Scaccia e D. De Lungo, *Il diritto di asilo, in Immigrazione e integrazione*, a cura di F. Rimoli, Napoli, 2014, vol. I, p. 623).

81. Le quali risultano, peraltro, tra loro strettamente embricate; può essere sufficiente richiamare, sul punto, l'art. 18 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che dispone che «il diritto di asilo [sia] garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati».

82. Si è cercato di sviluppare questa riflessione rispetto alle più recenti tendenze in atto nel diritto dell'immigrazione in M. Benvenuti, *Gli hotspot come Chimera*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, fasc. II, in corso di pubblicazione.

83. Per tale notazione, si veda, in particolare, B. Nascimbene, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit. nt. 41, p. 319.

84. CGUE, C-578/16 PPU, 16.2.2017, C.K. e a.

85. Del pari, si può aggiungere che anche la dir. n. 95/2011 (cd. direttiva qualifiche) riconosce la possibilità per gli Stati membri di prevedere la permanenza nel loro territorio a stranieri «non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale» (considerando n. 15).

nella disponibilità dell'Unione europea, che potrebbe *pro futuro* mantenerla[86] oppure limitarla[87].

Per questa ragione è tanto importante, specie nel momento attuale, in cui si discute di un'ulteriore riforma[88] della "politica comune in materia di asilo", di cui all'art. 78, § 1, Tfue, la piena ed ampia salvaguardia *quoad obiectum* di un istituto integralmente disciplinato dal diritto statale e, ad un tempo, promanante dal suo principale atto normativo di riferimento, qual è il diritto di asilo costituzionale. Anche a tale proposito, è sufficiente volgere lo sguardo fuori dall'Italia per accorgersi che si tratta di un tema cruciale, affrontato e positivamente risolto anche in altri Stati membri dell'Unione europea. Così, in una controversia riguardante la Repubblica federale di Germania, il giudice sovranazionale ha riconosciuto la compossibilità da parte di quell'ordinamento statale di prevedere uno «*status* di protezione nazionale, per ragioni diverse dalla necessità di protezione internazionale ... vale a dire a titolo discrezionale e per ragioni caritatevoli o umanitarie»[89]. In tale pronuncia, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è così limitata a prendere atto dell'esistenza di un «diritto d'asilo, a titolo del suo diritto costituzionale»[90], in forza dell'art 16a della Legge fondamentale tedesca, ed ha enunciato un solo limite vòlto a «preservare la credibilità del sistema»[91]: quello per cui «tale altro tipo di protezione che gli Stati membri hanno la facoltà di accordare non deve tuttavia poter essere confuso con lo *status* di rifugiato»[92]. Si tratta esattamente dell'epilogo interpretativo che si è prece-

86. Si ricorda che, attualmente, la possibilità per uno Stato membro di avvalersi di tale clausola discrezionale «non è soggett[a] a condizioni particolari» (CGUE, C-528/11, 30.5.2013, Halaf).

87. Si colloca decisamente in questa seconda direzione l'art. 19, § 1, della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 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 paese terzo o da un apolide (COM [2016] 270 final), per cui la portata dell'art. 17, § 1, del c.d. regolamento Dublino III verrebbe doppiamente limitata, potendo uno Stato membro decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di uno Stato terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete, «soltanto se nessuno Stato membro è stato determinato come competente» e se la domanda è «basata su motivi familiari relativi a membri della famiglia allargata»; al contempo, nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/Ce del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (Com [2016] 466 final) non vi è alcuna previsione di tenore analogo al considerando n. 15 della cd. direttiva qualifiche (su cui supra, nt. 85); sul punto, cfr. anche, da ultimo, L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, fasc. I, pp. 19 ss.

88. Si veda, in questo senso, la comunicazione della Commissione europea Com (2016) 197 final, nella quale si prospettano le cinque seguenti priorità: «stabilire un sistema sostenibile ed equo di determinazione dello Stato membro competente per i richiedenti asilo ... rafforzare il sistema Eurodac ... ottenere una maggiore convergenza nel sistema di asilo dell'Ue ... Prevenire i movimenti secondari all'interno dell'Ue ... un nuovo mandato per l'agenzia Ue per l'asilo»; e, a seguire, si vedano altresì la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 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 Paese terzo o da un apolide (Com [2016] 270 final); la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (Ue) n. 439/2010 (Com [2016] 271 final); la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 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 Paese terzo o da un apolide, per l'identificazione di cittadini di Paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare 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 (Com [2016] 272 final); la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (Com [2016] 465 final); la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di Paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/Ce del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (Com [2016] 466 final); la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/Ue (Com [2016] 467 final); la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (Ue) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio (Com [2016] 468 final); per una buona (e critica) lettura introduttiva sul punto, si rinvia al documento dell'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione intitolato I nuovi orientamenti politico-normativi dell'Unione europea, [2017], su goo.gl/Jg7KTs, *passim*.

89. CGUE, C-57/09 e C-101/09, 9.11.2010, B e D.

90. CGUE, C-57/09 e C-101/09, 9.11.2010, B e D.

91. CGUE, C-57/09 e C-101/09, 9.11.2010, B e D.

92. CGUE, C-57/09 e C-101/09, 9.11.2010, B e D; in altre parole – si legge nella medesima pronuncia – «le norme nazionali che accordano un diritto d'asilo a persone escluse dallo *status* di rifugiato ai sensi della direttiva permettono di distinguere chiaramente la protezione nazionale da quella concessa in forza della direttiva».

dentemente auspicato, *mutatis mutandis*, anche per l'Italia, dove invece – come si è già detto – il diritto di asilo costituzionale, da un lato, e le altre forme di protezione politico-umanitaria anche di scaturigine inter o sovranazionale, dall'altro, vengono dalla giurisprudenza impropriamente frammischiati.

Inoltre, anche da un punto di vista soggettivo vi sono ampie e valide ragioni per disancorare il diritto di asilo costituzionale da discipline promananti da ordinamenti giuridici diversi, affinché la sua attuazione/applicazione possa riguardare, senza limitazioni di sorta, qualunque straniero impedito nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Anche a questo proposito, nel diritto sovranazionale si ritrovano le medesime linee di tendenza. Infatti, il Protocollo n. 24, del Trattato di Lisbona del 2007, sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea prevede sì che «gli Stati membri dell'Unione europea, dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito, si consider[i]no reciprocamente paesi d'origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l'asilo» (art. unico). Ciò nondimeno, gli stessi Stati membri mantengono inalterato il proprio potere "sovrano" – nel caso dell'Italia: il proprio potere positivizzato in un'esplicita disposizione costituzionale, qual è l'art. 10, co. 3, Cost. – financo di «decide[re] unilateralmente per la domanda di un cittadino di un altro Stato membro» (art. unico, lett. *d*). E lo stesso Protocollo, a tal fine, prevede condizioni di ordine procedimentale[93] e probatorio[94], ma ripete altresì, a scanso di ogni possibile ambiguità sul punto, che queste sono stabilite «senza che ciò pregiudichi, in alcun caso, il potere decisionale dello Stato membro» (art. unico, lett. *d*).

Tale disposizione da ultimo riportata appare necessaria, in punto di diritto costituzionale, perché la stessa previsione dell'art. 10, co. 3, Cost. e, in particolare, il carattere concreto della causa di giustificazione ivi prospettata – che emerge massimamente dal riferimento all'"effettivo" esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana – osta al ricorso a presunzioni *iuris et de iure*, volte ad escludere categorie di soggetti prestabiliti; il che non si verifica neppure nel caso poc'anzi riportato di un cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea[95]. Non è in alcun modo consentito, dunque, precludere con apodittiche determinazioni la possibilità per uno straniero, qualunque sia la sua cittadinanza, di chiedere il riconoscimento del diritto di asilo costituzionale in Italia (e solo in Italia); e, qualora a ciò fosse di ostacolo il diritto sovranazionale, per mera ipotesi, proprio la scaturigine giuscostituzionale dell'istituto in questione varrebbe ad impedirlo[96], sostanziando quel limite alle limitazioni di sovranità – cioè quel "controlimite"[97] – che anche un «ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» (art. 11 Cost.), qual è per opinione corrente l'Unione europea, deve necessariamente incontrare. Se è vero (com'è vero) – a voler riprendere un celebre arresto giurisprudenziale – che «quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile»[98], non vi è luogo di farsi trovare giuridicamente disarmati; e l'art. 10, co. 3, Cost., non a caso collocato tra i princìpi fondamentali della Carta repubblicana del 1947, può servire anche a questo.

93. «In tal caso il Consiglio ne è immediatamente informato» (art. unico, lett. d, del Protocollo n. 24, del Trattato di Lisbona del 2007, sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea).

94. «La domanda è esaminata partendo dal presupposto che sia manifestamente infondata» (art. unico, lett. d, del Protocollo n. 24, del Trattato di Lisbona del 2007, sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea).

95. Su questo profilo, si veda *amplius* M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit. nt. 38, pp. 58 ss.

96. In questo senso, si veda già uno spunto di E. Cavasino, *Le trasformazioni del diritto d'asilo*, cit. nt. 39, pp. 398-399.

97. P. Barile, *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, vol. VI, p. 45; nonché già precedentemente Id., *Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, [1966], rist. in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, p. 713; tale terminologia è stata poi ripresa in anni recenti dalla giurisprudenza costituzionale a proposito degli «elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale» (C. cost., sent. n. 238/2014) e dell'«identità costituzionale della Repubblica italiana» (C. cost., ord. n. 24/2017).

98. C. cost. sent. n. 232/1989.

L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo *

di *Chiara Favilli*

L'interazione tra l'ordinamento dell'Unione europea e l'ordinamento italiano determina, in taluni casi, un progresso nel livello dei diritti garantiti, in altri, una regressione. I rischi insiti nell'adozione delle nozioni di Paese sicuro, così come nelle modifiche alle regole sul processo adottate in Italia, devono essere inquadrati nella tutela multilivello della protezione internazionale e superati attraverso la cartina di tornasole della garanzia dello *standard* più elevato della tutela. Le difficoltà insite nel processo di integrazione europea si riflettono anche nella costruzione della politica di asilo, con uno spiraglio offerto dalla risoluzione del Parlamento europeo sulla riforma del regolamento Dublino.

1. La competenza dell'Unione in materia di asilo

La politica dell'Unione in materia di asilo è uno dei segmenti costitutivi dello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", vale a dire lo spazio dato dall'insieme dei territori degli Stati membri nel quale la libertà di circolazione deve essere goduta in condizioni di sicurezza e giustizia uguali per tutti[1]. Essa è stata configurata come una competenza concorrente, suscettibile di essere esercitata attraverso l'adozione di norme comuni, così consentendo all'Unione di adottare qualsiasi atto legislativo, anche di armonizzazione, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà.

L'attuale assetto della competenza è il risultato del progressivo superamento della tradizionale riluttanza degli Stati ad accettare limitazioni di sovranità relativamente al trattamento dello straniero. È stato però preliminarmente necessario passare per la fase dei tre pilastri dell'Unione *post* Maastricht, per la fase intermedia *post* Amsterdam e ricorrere anche alla conclusione di accordi di diritto internazionale, quali la Convenzione di Schengen del 1985 e la Convenzione di Dublino del 1990, entrambe ora incorporate nel diritto Ue, ma solo grazie ad un'articolata applicazione differenziata. Abbiamo infatti Stati membri dell'Unione che non sono vincolati dalle norme Ue, salvo una decisione in tal senso (Regno unito e Irlanda); uno Stato membro che risulta vincolato solo a titolo di diritto internazionale (la Danimarca); Stati terzi che partecipano grazie alla conclusione di specifici accordi internazionali (Svizzera, Liechtenstein, Norvegia e Islanda)[2]. Un'Europa, dunque, a geometria variabile sia per gli Stati coinvolti sia per la natura giuridica degli obblighi vigenti.

---

* I paragrafi 1, 6 e 7 sono il risultato della rielaborazione di uno scritto più ampio pubblicato in Quaderni costituzionali, 2018, 2, *La politica dell'Unione in materia di immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, 361-387. Ringrazio Nicole Lazzerini e Andrea Saccucci per il confronto e i preziosi suggerimenti.

1. A partire dal 1° dicembre 2009 la competenza in materia di immigrazione e asilo è collocata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e in particolare nel Titolo V, rubricato "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (artt. da 67 ad 89 del Tfue), il cui capo 2 è dedicato alle "Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione" (artt. 77-80) che segue il capo 1 sulle *Disposizioni generali* (artt. 67-76).

2. Si vedano i Protocolli allegati ai Trattati ed in particolare il *Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia* ed il *Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca*.

Come traspare dai primi documenti pubblicati dalla Commissione europea all'indomani dell'attribuzione di competenza all'Unione in questo settore, le aspettative circa il ruolo positivo che l'Unione avrebbe potuto svolgere erano molto elevate. Lo stesso emerge dalle conclusioni del Consiglio europeo concordate a Tampere nel 1999[3], dove si trova affermato che la libertà, tipica dello spazio europeo, costituisce un motivo di attrazione per tutte quelle persone che altrove non possono godere di analoga libertà e che «l'obiettivo è un'Unione aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti umani e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà». Nei successivi Consigli europei e soprattutto dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre 2001 e dell'11 marzo 2004, l'agenda di lavoro concordata a Tampere è stata radicalmente modificata, qualificando come prioritari la lotta al terrorismo e alla criminalità internazionale e considerando tutte le restanti misure, soprattutto quelle in materia di asilo e immigrazione, tendenzialmente funzionali ad essa. Tale approccio non è cambiato e, anzi, la cd. "crisi dei migranti" lo ha rafforzato, complice anche un certo protagonismo dei ministri e dei funzionari dei Ministeri dell'interno nelle istituzioni e negli organismi europei responsabili delle politiche di immigrazione e asilo[4].

Sulla base degli orientamenti del Consiglio europeo, le istituzioni hanno creato un Sistema europeo d'asilo, realizzato attraverso due fasi successive, caratterizzate da un diverso livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali, con la disciplina di tutti gli aspetti rilevanti del sistema di protezione: l'accoglienza, le procedure, le qualifiche e la determinazione dello Stato competente[5]. Per favorire la corretta attuazione e applicazione delle norme dell'Unione è stato anche creato l'Ufficio europeo per il sostegno dell'asilo in corso di trasformazione nell'Agenzia europea per l'asilo[6].

2. Il sistema europeo di asilo e i vincoli internazionali

Al momento dell'attribuzione all'Unione della competenza in materia di asilo, tutti gli Stati membri erano già vincolati da obblighi derivanti dal diritto internazionale, sia pattizi sia di natura consuetudinaria. Oltre alla Convenzione di Ginevra, rilevano particolarmente il Patto sui diritti civili e politici, la Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura, la Convenzione europea dei diritti umani e la Convenzione europea contro la tortura[7]. Tutti accordi corredati da organismi di monitoraggio o da una vera e propria Corte internazionale come la Corte Edu, che negli anni hanno offerto interpretazioni articolate delle regole convenzionali, anche in relazione a prassi mutevoli a seconda delle epoche e delle aree geografiche interessate.

L'Unione non è direttamente parte di tali strumenti internazionali, che sono però espressamente richiamati all'art. 78 Tfue, in base al quale la politica comune in materia di asilo deve essere «conforme

3. Come in qualsiasi materia, sono orientamenti politici generali adottati per *consensus* dal Consiglio europeo a tracciare la traiettoria nella quale le altre istituzioni politiche devono necessariamente muoversi. Sono stati così adottati i programmi di Tampere (1999-2004); dell'Aja (2004-2009); di Stoccolma (2009-2014) e le Strategie di sviluppo dell'area di Libertà, sicurezza e giustizia (2014-2019) approvate il 27 giugno 2014; infine il 13 maggio 2015 è stata adottata l'Agenda per l'immigrazione che ha definito la strategia delle politiche di immigrazione e asilo della Commissione Juncker, fatta propria dal Consiglio europeo.

4. G. Campesi, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, 2015; M. Savino, (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, pp. 303-348.

5. Direttiva 2001/55/Ce, *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 sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, Guue 10 luglio 2001, l. 187, pp. 45 ss.; direttiva 2013/32/Ue del 26 giugno 2013 *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, Guce 29 giugno 2013 l. 180, pp. 60-95; direttiva 2013/33/Ue del 26 giugno 2013 *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*, Guce 29 giugno 2013 L 180, pp. 96-116; direttiva 2011/95/Ue 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*, Guce 20 dicembre 2011, l. 337, pp. 9 ss.; Regolamento 604/2013 del 26 giugno 2013 *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati*, Guce 29 giugno 2013, l. 180, pp. 31-59. F. Cherubini, *Asylum Law in the European Union*, 2015, London.

6. P*roposta di regolamento relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (Ue) n. 439/2010*, COM(2016)271 del 4 maggio 2016.

7. In occasione del Summit sui rifugiati e i migranti del 19 settembre 2016 l'Assemblea Generale delle Nazioni unite ha adottato la *New York Declaration for Refugees and Migrants*, a seguito della quale è stato deciso di elaborare un *Global Compact on Refugees e un Global Compact for safe, orderly and regular migration*. Quest'ultimo sarà adottato nel corso di una conferenza internazionale convocata per il 10-11 dicembre 2018 in Marocco.

alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967, e agli altri trattati pertinenti». Questo comporta che le istituzioni devono rispettarli nell'approvazione degli atti derivati, anche al fine di evitare che gli Stati membri si trovino vincolati da obblighi tra loro incompatibili, con il rischio che emergano profili di responsabilità per la violazione dell'uno a causa del rispetto dell'altro.

Nonostante la presenza di regole internazionali già vincolanti tutti gli Stati membri, corredate da sentenze, pareri e rapporti periodici sullo stato di attuazione nei singoli Stati, le divergenze nei sistemi di asilo nazionali erano notevoli. Il diritto dell'Unione si è dunque innestato in questo *corpus* di norme, giurisprudenza internazionale e prassi, con l'indiscusso merito di avere messo a sistema le diverse tutele in materia di protezione internazionale, con un'opera che potremmo qualificare come di "codificazione". Al contempo ne rappresenta anche uno "sviluppo progressivo", sia per la codificazione d'interpretazioni evolutive della stessa Convenzione di Ginevra, sia per l'espressa inclusione nel sistema europeo di quelle fattispecie diverse dal diritto di asilo che non hanno ancora avuto un'autonoma e completa disciplina a livello internazionale e né, spesso, a livello nazionale. Si tratta, infatti, di forme di protezione per le quali o non vi sono strumenti internazionali vincolanti gli Stati o vi sono strumenti che pongono solo obblighi di tipo negativo, non obbligando al riconoscimento del diritto al soggiorno e, tantomeno, delle modalità di accoglienza. Ci si riferisce in particolar modo ai limiti all'allontanamento derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani che in gran parte sono oggi "coperti" dalla nozione di protezione sussidiaria, mutando da meri obblighi di tipo negativo in veri e propri obblighi positivi di protezione e di riconoscimento di uno specifico *status*. Analogamente era avvenuto con la direttiva 2003/86/Ce sul diritto al ricongiungimento familiare che all'art. 17 ha sostanzialmente codificato il principio giurisprudenziale elaborato dalla Corte Edu relativamente ai limiti all'allontanamento derivanti dall'art. 8 Cedu, a seconda della solidità e/o inconsistenza rispettivamente dei legami familiari nel Paese ospitante o nel Paese di origine[8]. Gli Stati hanno così dovuto prevedere nella propria legislazione anche la disciplina positiva scaturente da tali obblighi che, altrimenti, difficilmente si sarebbero potuti far valere direttamente di fronte alle giurisdizioni nazionali[9].

3. La compatibilità tra la progressiva armonizzazione e il diritto d'asilo costituzionale

Le norme dell'Unione hanno un impatto diverso negli ordinamenti nazionali, a seconda del contenuto della legislazione già in vigore. In Italia tale impatto è stato notevole mancando non solo una legge di attuazione del diritto d'asilo costituzionale, ma anche un sistema organico di attuazione della Convenzione di Ginevra del 1951.

Sul piano generale, tramite l'attuazione delle direttive Ue, abbiamo avuto anche nella legislazione italiana un inquadramento sistematico delle diverse forme di protezione. Inoltre, poiché già nel sistema europeo trovano una sintesi gli obblighi internazionali rilevanti, l'Italia, tramite l'attuazione del diritto Ue ha indirettamente dato anche piena attuazione a tali obblighi, spesso riconosciuti in Italia solo in via giurisprudenziale, grazie ad interpretazioni convenzionalmente orientate delle scarne norme nazionali.

Il recepimento degli obblighi Ue è stato letto anche come un'attuazione indiretta, seppur parziale e insufficiente, dell'art. 10, 3° co., della Costituzione (si veda il contributo di M. Benvenuti in questo numero)[10]. Anche dal punto di vista del diritto dell'Unione è condivisibile la tesi della perdurante necessità dell'attuazione della norma costituzionale. Si consideri, infatti, che le tradizioni costituzionali comuni sono uno dei due pilasti attorno ai quali la Corte di giustizia ha fondato la tutela dei diritti fondamentali nel silenzio dei Trattati istitutivi. Ancora oggi, pur dopo l'avvento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, permane la possibilità per la Corte di riconoscere l'esistenza di diritti fondamentali in quanto principi generali a partire dalle tradizioni costituzionali comuni e dal diritto internazionale (art. 6(3) Tue). L'asilo costituzionale dovrebbe così fungere da sistema di tutela nazionale che concorre a nutrire i diritti fondamentali dell'Unione ed a fissare uno *standard* di tutela non suscettibile di regressione ad opera del legislatore dell'Unione. Questo può essere realizzato solo in parte attraverso la tutela residuale della protezione umanitaria e a condizione che l'autorità giudiziaria eserciti una cognizione piena in fatto e in diritto al fine dell'accertamento dei presupposti di cui all'art. 10(3) Cost. e non funga da mero "revisore" dell'accertamento amministrativo compiuto dalle Commissioni territoriali.

8. Si veda l'art. 17 della direttiva 2003/86/Ce del Consiglio, del 22 settembre 2003, *relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, Guce 3 ottobre 2003, l. 251, pp- 12-18.

9. In Italia si veda l'art. 2 del d.lgs 5/2007 che ha modificato l'art. 13 del d.lgs 286/1198 introducendo il comma 2-bis.

10. M.A. Gliatta, *La garanzia costituzionale del diritto di asilo e il sistema di tutela europeo dei richiedenti protezione internazionale*, in federalismi.it, 27 dicembre 2017.

La Corte di giustizia, nel riconoscere che sussiste ancora spazio per forme di protezione più favorevoli disciplinate dal diritto nazionale, come espressamente ammesso dalle direttive Ue, ha chiarito che esse devono sempre essere compatibili con le direttive ed in particolare devono rispondere ad una *ratio* di protezione diversa così da non confondersi con quelle di derivazione Ue[11]. In altre parole, non potrebbe esserci uno *status* di asilo o di protezione sussidiaria riconosciuto in modo più favorevole in Italia, ma può esserci una protezione diversa, riconosciuta sulla base di presupposti non coincidenti con quelli previsti nella "direttiva qualifiche". In questo senso la protezione umanitaria disciplinata nell'ordinamento italiano è compatibile con gli obblighi derivanti dall'Unione europea.

Un problema di rapporto tra le fonti si potrebbe porre con il progredire dell'armonizzazione, il cui obiettivo è la sostituzione delle diverse discipline interne con regole uniformi dell'Unione, le quali tendono ad escludere la compatibilità di norme nazionali, siano più restrittive o più favorevoli.

Le proposte di riforma del sistema europeo di asilo presentate nel 2016 perseguono proprio il rafforzamento dell'armonizzazione con la contemporanea e in alcuni casi drastica riduzione del livello di tutela dei diritti. Si prospetta la modifica di tre delle direttive attualmente in vigore e la loro sostituzione con un regolamento. Inoltre, alcune delle disposizioni delle direttive formulate come opzioni sono previste come obbligatorie, privando gli Stati di quei margini di discrezionalità che in Italia hanno consentito un adattamento in piena conformità con l'art. 10 Cost. È il caso delle nozioni di *Paese di primo asilo*, *Paese terzo sicuro* e *Paese di origine sicuro*, tutte già contemplate nella cd. "Direttiva Procedure" ma come opzioni, lasciando cioè agli Stati la possibilità di scegliere se introdurle o meno nei propri ordinamenti, con i conseguenti effetti sul piano procedurale. I richiedenti provenienti da Paesi sicuri entrano infatti in un binario speciale, nel quale la domanda viene dichiarata inammissibile e si applicano procedure accelerate, con l'obiettivo di definire il caso nel più breve tempo possibile e, prevedibilmente, effettuare il rimpatrio nel Paese d'origine o di transito qualificato come sicuro. Nell'ordinamento italiano tali concetti non sono mai stati introdotti, essendo sempre stati ritenuti contrari al disposto costituzionale. La riforma persegue invece l'armonizzazione delle legislazioni nazionali relativamente ai concetti di "Paese sicuro", trasformando l'opzione in obbligo, la direttiva in regolamento e prospettando anche entro cinque anni l'armonizzazione dell'elenco dei Paesi considerati sicuri[12].

Per scongiurare un probabile conflitto con l'art. 10, 3° co., Cost. è auspicabile che anche nel nuovo "Regolamento procedure" sia prevista un'opzione, accettando l'impossibilità su questo aspetto di ottenere una completa armonizzazione. Altrimenti il conflitto potrebbe sorgere, dato che in virtù del principio del primato gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione prevalgono su qualsiasi norma di diritto nazionale e «[...] il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato»[13]. In alternativa, il diritto costituzionalmente tutelato potrebbe contribuire ad individuare quelle tradizioni costituzionali comuni sulle quali, come sopra accennato, la Corte di giustizia può basare il riconoscimento di un analogo diritto proprio dell'ordinamento dell'Unione ai sensi dell'art. 6(3) Tue, così realizzando quella osmosi tra diritti fondamentali dello spazio europeo che è il portato positivo del tanto evocato dialogo tra Corti[14].

Tuttavia, è improbabile che questo possa avvenire, dato che le nozioni di Paese sicuro sono già ampiamente applicate in molti Stati membri e sono state centrali nella realizzazione della cooperazione con la Turchia. È quindi in ultima analisi possibile e, diremmo, auspicabile che anche sulla difesa del diritto d'asilo costituzionale si sollevino le medesime invocazioni del rispetto dei diritti fondamentali della Costituzione italiana, recentemente oggetto di un vivace dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, originato su tutt'altro principio ma che non si vede come non possa applicarsi anche a questo ambito[15]. A meno che non si voglia sostenere la sostanziale specialità del diritto degli stranieri, nel qua-

11. Corte di giustizia Ue, 9 novembre 2010, C-57/09, *B. e D.*, punti 118-121; 18 dicembre 2014, C-542/13, *M'Bodj*, punti 43-47.

12. Proposta di regolamento *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/Ue*, COM(2016)467 del 13.7.2016.

13. Corte di giustizia, 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3. D. Gallo, *L'efficacia diretta del Diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018.

14. N. Lazzerini, *Il rapporto tra primato del diritto dell'Unione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali nella sentenza Taricco-bis: buona la seconda?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 241.

15. Corte costituzionale, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, a seguito della quale la Corte di giustizia ha pronunciato la sentenza del 5

le, a dispetto dell'affermazione della parità di trattamento, si riscontra spesso un'applicazione diversa degli stessi diritti, anche fondamentali, rispetto a quando ad invocarli siano i cittadini.

4. Lo *standard* applicabile secondo la Carta dei diritti fondamentali

Numerose sono state le interpretazioni degli atti normativi del sistema europeo di asilo rese dalla Corte di giustizia alla luce della Carta e della Convenzione europea dei diritti umani[16]. L'esistenza di una competenza dell'Unione determina, infatti, anche l'applicazione della Carta, la quale vincola l'Unione e gli Stati membri quando si situano nell'ambito di applicazione del diritto Ue (art. 51, come interpretato dalla Corte nella sentenza *Fransson*)[17].

Oltre ai diritti specificamente riguardanti la protezione internazionale, quali l'art. 18 (diritto di asilo), l'art. 19 (divieto espulsioni collettive) e l'art. 4 (protezione contro l'allontanamento), sono particolarmente rilevanti l'art. 7 (tutela della vita privata e familiare), l'art. 1 (diritto alla dignità), l'art. 24 (tutela dei minori), l'art. 41 (diritto alla buona amministrazione) e l'art. 47 (diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale).

Il significato e la portata dei diritti enunciati nella Carta che corrispondono ai diritti della Cedu sono uguali a quelli conferiti da tale Convenzione, a meno che il diritto dell'Unione non conceda una protezione più estesa (art. 52, par. 3); inoltre, laddove la Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni (art. 52, par. 4). Infine, in base all'art. 53, la Carta non può determinare una riduzione del livello di tutela garantito ad un diritto nel rispettivo ambito di applicazione. Ne risulta, dunque, in caso di una pluralità di fonti rilevanti per un medesimo diritto, l'applicazione del criterio dello *standard* più favorevole. Tuttavia, proprio a proposito del rapporto tra Carta e diritti fondamentali costituzionali, la Corte di giustizia nel noto caso *Melloni* e più recentemente nella sentenza *Mas* (meglio nota come *Taricco bis*) ha chiarito che lo *standard* costituzionale più elevato può applicarsi in mancanza di una norma di armonizzazione e se non pregiudica il primato e l'efficacia del diritto dell'Unione[18]. Analogo orientamento è stato espresso dalla Corte di giustizia Ue nel parere 2/13 sul progetto di adesione dell'Unione alla Cedu[19].

Il principio *Melloni* riconduce l'art. 53 della Carta, che pure chiaramente dispone la regola dello *standard* più favorevole, nell'alveo della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, volta a preservare il principio del primato e, dunque, l'efficacia delle norme dell'Unione.

Il diritto d'asilo consente di notare un paradosso nell'applicazione del principio *Melloni*, ossia che ciò che in ultima analisi determina l'individuazione dello *standard* applicabile è la presenza o meno di un atto legislativo derivato di armonizzazione, vale a dire un atto adottato dalle istituzioni dell'Unione. In effetti, prima ancora dell'intervento delle Corti, i conflitti tra norme e la corsa al ribasso delle tutele dovrebbero essere evitati dal legislatore europeo, al quale, tra l'altro, è imposto nello sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia di tenere in conto "dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri" (art. 67 Tfue). Effettivamente, nelle valutazioni di impatto redatte dalla Commissione europea prima della presentazione di una proposta di atto legislativo, l'impatto sui diritti umani è opportunamente considerato, anche se poi esso può essere trascurato nella fase di negoziato tra Parlamento e Consiglio, dove prevale l'esigenza di trovare un accordo tra le due istituzioni.

---

dicembre 2017, *M.A.S. e M.B*, C-42/17. C. Amalfitano, *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2018; N. Lazzerini, cit.; P. Mori, *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 407 ss.; A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), *Il caso «Taricco»* e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, Napoli, 2017. Sulla necessità di distinguere la tutela dell'identità nazionale dai diritti fondamentali di uno Stato membro si veda G. Di Federico, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, Tue*, Milano, 2017.

16. Si vedano le sentenze sulla Carta reperibili sul sito dell'Agenzia per i diritti fondamentali, catalogate articolo per articolo: http://fra.europa.eu/en/charterpedia/article/18-right-asylum. Si veda anche il rapprto di ECRE, *The application of the Eu Charter of Fundamental Rights to asylum procedural law*, 2014, www.ecre.org; ACTIONES, *Handbook on the Techniques of Judicial Interactions in the Application of the Eu Charter*, www.eui.eu.

17. Corte di giustizia, 26 febbraio 2013, C-617/10, Åkerberg *Fransson*. Si veda N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.

18. Corte di giustizia Ue, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punti 62-63; 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, punti 45-46. A. Torres Pérez, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, 10, pp. 308–331.

19. Corte di giustizia Ue, 18 dicembre 204, parere 2/13.

Potrebbe addirittura accadere, e questo è proprio il caso dell'asilo, che un governo in seno al Consiglio sia favorevole all'adozione di un atto di armonizzazione che cozza con un ingombrante principio fondamentale della propria Costituzione, come il diritto d'asilo costituzionale. L'Unione potrebbe così divenire il luogo per imporre la riduzione delle tutele derivanti dalla Costituzione in nome dell'armonizzazione.

È evidente che l'unico modo per consentire di coniugare principio del primato e tutela dei diritti fondamentali è garantire l'applicazione dello *standard* più favorevole. Nella crisi di valori e d'identità dell'Unione, la riesumazione del principio dell'armonizzazione nel progresso, ormai poco più di un ricordo dei tempi d'oro dell'Unione, potrebbe essere una strada per rilanciare anche lo stesso processo d'integrazione nel quale si stenta a riconoscere il merito di assicurare l'elevazione del benessere collettivo dei popoli europei, inclusi i loro diritti fondamentali.

5. Il diritto ad un ricorso effettivo

5.1. Lo standard *della tutela tra Unione europea e Cedu*

Il diritto al ricorso effettivo è il principale strumento per garantire l'effettivo godimento di tutti i diritti riconosciuti alle persone, siano cittadini o stranieri. Anche gli stranieri, infatti, hanno diritto al loro giudice, così che l'azione del potere pubblico nei loro confronti sia soggetta ad un controllo esterno ed imparziale.

Nel diritto degli stranieri il diritto al ricorso effettivo assume un ruolo essenziale perché il suo esercizio può determinare una differenza di *status* della persona rispetto allo Stato ospitante: da regolare ad irregolare, da presente nel territorio ad assente o, comunque, da "visibile a non visibile". In altre parole, per gli stranieri il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale può essere l'unico diritto esercitabile, all'esito del quale, forse, si apre la possibilità di esercitare gli altri diritti connessi al loro *status*.

La rilevanza del diritto e le altrettanto rilevanti modifiche alle regole del ricorso giurisdizionale introdotte in Italia con il dl 13/2017 sollecitano una riflessione specifica sulla portata e sullo *standard* di tutela di questo diritto derivante dall'ordinamento internazionale ed europeo.

Nel diritto dell'Unione europea il diritto ad un ricorso effettivo è parte integrante del sistema di protezione dei diritti umani, originariamente riconosciuto dalla Corte di giustizia come principio generale proprio delle tradizioni costituzionali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. Con orientamento costante la Corte ha infatti affermato: «[...] i singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti loro dall'ordinamento giuridico comunitario, poiché il diritto a detta tutela fa parte dei principi giuridici generali che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Tale diritto è stato anche sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»[20]. L'enfasi sull'effettività del ricorso induce la Corte europea, da una parte, e la Corte di giustizia, dall'altra, a valutare in concreto la protezione garantita, senza fermarsi all'esistenza formale del diritto ma verificando se questa sia nella sua applicazione pratica tale da assicurare un'effettiva difesa contro la lesione dei diritti. Ciò in piena assonanza con il principio di effettività dei diritti che è emblematico dello stesso modo di essere del diritto dell'Unione europea: un ordinamento nel quale la sostanza è spesso prevalente sulla forma; nel quale la tensione verso l'effettivo conseguimento degli obiettivi e verso l'effettiva tutela dei diritti permea gran parte dell'attività delle istituzioni e diventa canone prevalente nell'interpretazione delle norme Ue[21].

Come nella maggioranza degli atti derivati, negli strumenti normativi del sistema europeo di asilo è ribadito il diritto delle persone ad un ricorso effettivo senza una disciplina specifica di dettaglio: così dispongono l'art. 46 della "direttiva procedure" come anche l'art. 27 del "regolamento Dublino". In questi casi si applica il principio dell'autonomia procedurale che, già enunciato dalla Corte di giustizia, è ora codificato all'art. 19, par. 1, 2° capoverso, del Tue. La predisposizione in concreto dei rimedi giurisdizionali è dunque di competenza degli Stati membri che godono di un ampio margine di discrezionalità nell'individuare gli strumenti giurisdizionali più appropriati, valutati dalla Corte sulla base dei principi di equivalenza e di effettività[22]. In base al principio di equivalenza, gli Stati devono applicare norme procedurali non meno favorevoli rispetto a quelle vigenti per situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno: il

20. Corte di giustizia, 25 luglio 2002, C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, punto 39.

21. Il principio dell'effettività ha molteplici applicazioni nell'ordinamento dell'Unione. Si pensi, tra gli altri, al principio della qualificazione sostanziale dell'atto contro quella formale (Corte di giustizia, 29 gennaio 1985, causa 147/83, *Binderer*, punto 12) o al principio interpretativo dell'effetto utile ormai principio generale che deve guidare l'interprete nell'applicazione delle norme Ue (Corte di giustizia, 9 ottobre 2004, C-200/02, *Chen*, punto 45; 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*, punto 55).

22. Sentenze Corte giustizia 27 marzo 2014, C-322/13, *Ulrike Elfriede Grauel Rüffer*; 24 novembre 1998, C-22274/96, *Bickel e Franz*;

mezzo di ricorso giurisdizionale applicabile al diritto di matrice Ue deve essere individuato in base a quelli che sono i rimedi già in vigore e tesi a tutelare diritti analoghi fondati sul diritto interno; in caso invece di istituzione di procedure *ad hoc*, queste non devono risultare meno favorevoli di quelle già previste nel diritto interno per situazioni analoghe.

Una volta individuato il rimedio, questo deve essere valutato sotto il profillo dell'effettività, accertando se in concreto il mezzo in questione consenta un effettivo accesso alla giustizia e disapplicandolo nel caso in cui ciò non avvenga[23].

Il diritto al ricorso effettivo è stato poi codificato e arricchito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", corrispondente agli articoli 13 ("Diritto ad un ricorso effettivo") e 6 ("Diritto ad un equo processo") della Cedu ma che offre una disciplina più estensiva di entrambi[24].

Quanto al diritto al ricorso effettivo, l'art. 47, comma 1, riconosce il diritto di ricorso di fronte ad un vero e proprio giudice e non "solo" di fronte ad un'istanza nazionale come disposto dall'art. 13 Cedu. Quanto al diritto al giusto processo, l'art. 47, comma 2, ha un'applicazione generalizzata e non limitata alle controversie relative a diritti e obblighi di carattere civile come invece l'art. 6 Cedu. L'art. 47(2) è stato volutamente formulato in modo estensivo, così che le garanzie del giusto processo trovino una generale applicazione in tutti i casi di ricorsi volti all'accertamento di un diritto derivante dall'ordinamento dell'Unione europea. Come le "spiegazioni" della Carta chiariscono, questa estensione «"È una delle conseguenze del fatto che l'Unione è una comunità di diritto [...]. Tuttavia, fatta eccezione per l'ambito di applicazione, le garanzie offerte dalla Cedu si applicano in modo analogo nell'Unione».

Occorre dunque applicare i principi elaborati dalla Corte Edu in relazione agli articoli 6 e 13 anche al settore dell'asilo[25]. In via sintetica, si può affermare che innanzitutto i giudici debbano poter esercitare una giurisdizione piena, con un esame indipendente e rigoroso, valutando *ex nunc* in fatto ed in diritto le richieste ad essi presentate, con un esame completo di tutte le prove che devono essere credibili, accurate e coerenti[26]. Inoltre, uno dei portati della giurisprudenza della Corte di Strasburgo è il necessario esame individuale di ogni situazione, dato che gli stessi fatti potrebbero avere un differente impatto su diversi richiedenti protezione internazionale. Questo anche solo per l'età del soggetto o per la presenza comunque di particolari fragilità[27].

Tra l'altro, proprio il ruolo sussidiario della Corte Edu, richiede che i Tribunali nazionali possano svolgere un esame accurato di tutti gli aspetti della causa, di fatto e di diritto, così rendendo il controllo eventuale della Corte Edu meramente sussidiario, senza dover compiere autonome indagini per l'accertamento dei fatti come talvolta la Corte è stata costretta a fare[28].

Come noto, tra gli elementi costitutivi del giusto processo c'è anche il diritto a che la causa sia esaminata pubblicamente, vale a dire attraverso un'udienza pubblica che, di regola, include anche il diritto di es-

---

20 marzo 1997, C-323/95, *Hayes*, in *Racc.* p. I-1711; 19 marzo 2002, C-224/00, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.* p. I-2965; 23 gennaio 1997, C-29/95, *Pastoors* e *Trans-Cap*, in *Racc.* p. I-285.

23. Sentenze del 27 giugno 2013, C-93/12, *Agrokonsulting*; 29 ottobre 2009, C-63/08, *Pontin*; 22 dicembre 2010, C-279/09, *Deb*. L'apprezzamento dell'effettività del rimedio è effettuata dalla stessa Corte di giustizia tenendo conto del ruolo che detta norma assume nell'insieme del procedimento, le peculiarità dello stesso dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (v. sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, punto 14). Si veda ad es. sentenza 10 aprile 2003, C-276/01, *Steffensen*, punto 80, laddove la Corte ha affermato che «[...]spetta al giudice nazionale verificare se le norme nazionali in materia di prova applicabili nell'ambito di un tale ricorso non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi di natura interna (principio di equivalenza) e se esse non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Inoltre, il giudice nazionale deve esaminare se occorra escludere tale mezzo di prova al fine di evitare provvedimenti incompatibili con il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare il principio del diritto ad un processo equo dinanzi a un tribunale, come sancito dall'art. 6, n. 1, della Cedu».

24. K. M. Safjan, *A Union of Effective Judicial Protection. Addressing a multi-level challenge through the lens of Article 47 CFREU*, in www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/Speech-KINGS-COLLEGE.pdf.

25. Si veda l'accurato studio effettuato da A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, Leiden, 2013.

26. 11 luglio 2000, *Jabari v. Turkey*, 40035/98; 5 febbraio 2002, Čonka *v. Belgium*, 51564/99; 26 aprile 2007, *Gebremedhin v France*, 25389/05; 28 luglio 1999, *Selmouni v. France*, 25803/94.

27. La necessità dell'accertamento individuale e il diverso impatto di una stessa condotta su differenti soggetti è stata sottolineata dalla Corte Edu particolarmente nella sentenza 7 luglio 1989, *Soering v. United Kingdom*, 14038/88 e poi confermata con orientamento costante.

28. Si veda Reneman, cit., pp. 275-277, al quale si rinvia anche per gli ampi riferimenti giurisprudenziali.

sere ascoltato[29]. La pubblicità dell'udienza e l'ascolto dell'interessato non sono tuttavia assoluti e possono essere limitati laddove la limitazione del diritto risulti proporzionata e giustificata dalla particolare natura della questione oggetto del singolo giudizio ma non, invece, da esigenze economiche o di efficienza del sistema giudiziario che mai possono condizionare l'esercizio di diritti fondamentali.

È fondamentale notare che la Corte Edu si è soffermata sulle possibili restrizioni del diritto ad essere ascoltato in udienza ma non anche dell'udienza *tout court*, che implica la possibilità di un confronto con i legali e la discussione orale e la facoltà di aggiungere osservazioni. È questo uno di quei casi nei quali vi è un'insidia nella traduzione del testo della convenzione, ma soprattutto delle sentenze della Corte, dove il termine "*hearing*" è tradotto sia con udienza sia con audizione della parte. Ebbene, quando la Corte ammette restrizioni, si riferisce prevalentemente all'ascolto e lo qualifica, talvolta, come "*oral hearing*". In quei casi nei quali si è anche pronunciata sulla limitazione del diritto all'udienza, lo ha fatto solo limitatamente alla pubblicità della stessa. Un processo senza un'udienza almeno in un grado di giudizio sarebbe infatti contrario non solo all'art. 6 Cedu ma anche all'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici, in base al quale «[...] Ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta [...] di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile. Il processo può svolgersi totalmente o parzialmente a porte chiuse, sia per motivi di moralità, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale in una società democratica, sia quando lo esiga l'interesse della vita privata delle parti in causa, sia, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale, quando per circostanze particolari la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia [...]). Anche l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti umani è chiarissimo sul punto: "Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta"».

Dall'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici, così come dall'esame della giurisprudenza della Corte Edu, risulta che le deroghe ammissibili sono quasi sempre *in bonam partem* o, comunque, deroghe motivate da ragioni di ordine pubblico. In particolare, secondo la Corte Edu, l'audizione è indispensabile quando la Corte decide su questioni importanti, quando vi sono fatti da accertare di notevole complessità oppure quando la credibilità o l'esperienza personale del richiedente svolge un ruolo cruciale nella decisione. Ancora, la Corte Edu ha ritenuto legittima l'omissione dell'audizione in materia di sicurezza sociale, laddove il giudizio si fonda prevalentemente su perizie medico legali e l'audizione non è stata richiesta[30].

5.2. Udienza e audizione secondo le regole del giusto processo: la problematica applicazione nel caso Sacko

Esempio contraddittorio dell'applicazione dei principi del giusto processo nei giudizi sulla protezione internazionale è rinvenibile proprio in relazione al diritto alla udienza ed all'audizione come interpretato nella sentenza *Sacko*, deciso il 26 luglio 2017 su rinvio pregiudiziale del giudice italiano[31]. La Corte ha chiarito l'interpretazione dell'art. 46 della direttiva procedure, onde fornire al giudice nazionale le indicazioni necessarie per valutare se la disposizione della legge italiana che consente di rigettare il ricorso senza ascolto del richiedente in caso di domanda manifestamente infondata, sia compatibile con tale disposizione, nonché con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nessuna deroga o limitazione è infatti consentita nella direttiva procedure relativamente alla tutela giurisdizionale che deve essere sempre effettiva, a prescindere dalla qualificazione della domanda come infondata o inammissibile.

Tuttavia, secondo la Corte di giustizia, una siffatta limitazione può essere ammessa quando il giudice decide un caso di manifesta infondatezza e quando può basarsi sulle memorie scritte nonché sui verbali della procedura amministrativa. La Corte giustifica questa interpretazione restrittiva di un diritto fondamentale (così qualificato espressamente anche al considerando n. 50 della stessa direttiva), alla luce della giurisprudenza rilevante della Corte Edu, senza però esplorare in alcun modo tale giurisprudenza, al punto che il principio interpretativo appare apodittico, anche perché le sentenze della Corte Edu poste a fondamento della propria argomentazione non sembrano del tutto congruenti. In particolare, la Corte non ha dato alcuna indicazione interpretativa su come applicare i presupposti che possono legittimare l'esclusio-

29. Corte Edu 23 ottobre 1995, *Schmautzer v. Austria*, 15523/89; 23 novembre 2006, *Jussila v. Finland*, 73053/01; 9 ottobre1979, *Airey v. Ireland*, 6289/73; V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, pp. 203-204.

30. Corte Edu, 12 novembre 2002, *Dory v. Sweden*, 28394/95.

31. Sentenza 28 luglio 2011, *Samba Diouf*; 31 gennaio 2013, *HID*, C-175/11; 17 dicembre 2015, *Tall*, C-239/14.

ne dell'audizione alla luce della giurisprudenza della Corte Edu. Sebbene il caso *Sacko* riguardi esclusivamente i ricorsi avverso domande manifestamente infondate e pur avendo la Corte di giustizia precisato che il giudice deve sempre poter disporre l'audizione del ricorrente laddove lo ritenga necessario, la restrizione di un diritto fondamentale deve essere motivata e giustificata, alla luce di criteri applicabili in generale.

Al contrario, la Corte ritiene rilevanti aspetti che non emergono nella giurisprudenza della Corte Edu, frutto originale dell'interpretazione della stessa Corte di giustizia, quali la stretta connessione tra la procedura di ricorso e "la procedura di primo grado" che la precede. La Corte non fa che ripetere quella infelice formulazione presente nella direttiva procedure in base alla quale la procedura amministrativa, invece che essere qualificata semplicemente come tale, viene definita come procedura di primo grado, pur non essendoci alcun secondo grado amministrativo, a meno di non voler intendere in questi termini la procedura di revoca dello *status* di cui agli articoli 44 e 45 della direttiva procedure. Ciò che però non è ammissibile, in quanto ontologicamente errato, è qualificare un procedimento giurisdizionale come un secondo grado della procedura amministrativa. La tutela giurisdizionale garantisce, infatti, non solo il controllo sull'operato dell'amministrazione ma anche la garanzia che il diritto fondamentale alla protezione internazionale sia riconosciuto. D'altra parte, l'argomento impiegato dalla Corte della stretta connessone tra la procedura di ricorso e la procedura di primo grado che la precede è inconferente, dato che tale connessione esiste sempre, in qualsiasi ricorso avverso un atto amministrativo: potrebbe non sussistere uno stretto legame tra ricorso e la procedura cha ha portato all'adozione dell'atto impugnato?[32].

Inoltre, nella sentenza appare quell'ambiguità nella traduzione del termine "hearing" a cui si è sopra accennato. Ad esempio, nel par. 37 della versione linguistica italiana si impiega il termine "audizione", mentre nel par. 40 "udienza" come fossero sinonimi. Nella versione inglese troviamo in entrambi i casi "hearing". Si consideri che il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano riguardava specificatamente i casi di «definizione con rigetto *de plano* del ricorso [...] senza audizione» e non senza udienza.

La sentenza *Sacko* e un certo orientamento restrittivo seguito da alcuni tribunali italiani (si veda l'articolo di A.D. De Santis in questo numero, p. 206), in sintonia anche con altre giurisdizioni nazionali, non consente di rinvenire una giustificazione alla limitazione dei diritti del giusto processo che sia coerente con l'orientamento consolidato della Corte Edu. Quest'ultima, infatti, considera rilevanti l'importanza del diritto tutelato, la difficoltà nell'accertamento dei fatti, la rilevanza delle dichiarazioni individuali e la credibilità del richiedente asilo. Alla luce di questi criteri, si deve ritenere che di regola nel ricorso giurisdizionale in materia di asilo vi debba essere non solo l'udienza ma almeno un'audizione in uno dei gradi del procedimento giurisdizionale e sicuramente quando vi sia un dubbio sulla credibilità del richiedente. Nella sentenza *Jussila*, infatti, richiamata dalla stessa Corte di giustizia in *Sacko*, la Corte Edu ha affermato che «[...] the obligation to hold a hearing is not absolute [...] There may be proceedings in which an oral hearing may not be required: for example where there are no issues of credibility or contested facts which necessitate a hearing and the court may fairly and reasonably decide the case on the basis of the parties' submissions and other written materials»[33]. La Corte Edu ha inoltre sempre affermato che il diritto all'udienza è soddisfatto se vi sia almeno un'udienza nell'ambito di un ricorso giurisdizionale, ossia che non necessariamente deve esservi un'udienza in tutte le fasi del ricorso, ma che ve ne deve essere almeno una. Al contrario, la Corte Edu non ha mai affermato che il diritto all'udienza o all'audizione nel processo possa essere soddisfatto se vi sia stata un'audizione nella procedura amministrativa contro la quale si ricorre, come invece con un linguaggio ancora una volta ambiguo sembra derivare dalla sentenza *Sacko*, richiamando le diverse procedure amministrative e giurisdizionali[34].

In mancanza di criteri coerenti e giuridicamente fondati, la giustificazione alla limitazione dei diritti del giusto processo non può che essere trovata in scelte di politica del diritto, primariamente orientate a ridurre i carichi pendenti, come peraltro chiaramente indicato nella stessa questione pregiudiziale formulata dal Tribunale di Milano e dalla quale ha avuto origine la sentenza *Sacko*. Se è vero che le decisioni in materia d'asilo, come peraltro tutte le decisioni e tutte le sentenze, devono essere prese quanto prima possibile, è altrettanto innegabile che, come la stessa Corte riconosce, Stati e giudici non possono comprimere le garanzie di cui all'art. 47 della Carta e ridurre

32. Recentemente la Corte di giustizia ha affermato il diritto ad un ricorso effettivo in relazione al diniego di rilascio di un visto da parte di un'Ambasciata di uno Stato membro; Corte di giustizia, sentenza del 13 dicembre 2017, *El Hassani*, C-403/16.

33. Corte Edu, 23 novembre 2006, *Jussila v. Finland*, 73053/01, par. 41.

34. *Ibidem*, punto 40.

l'effettività della tutela giurisdizionale dello straniero per ragioni legate al numero dei ricorsi e alla celerità delle procedure, amministrative e giurisdizionali[35]. *Rapidità* ed *efficienza* sono valori che assumono significato solo se non vengono scissi dalla *qualità* della decisione amministrativa, dei ricorsi giurisdizionali e delle sentenze. L'efficienza senza la qualità, infatti, riduce il numero dei ricorsi pendenti ma anche il livello dei diritti garantiti.

6. *The Elephant in the Room*: ovvero, il "regolamento Dublino"

6.1. Le ragioni di un fallimento

Un caso emblematico di applicazione del diritto ad un ricorso effettivo che ha inciso sull'effettività e rapidità delle procedure previste è rappresentato dal regolamento Dublino.

Dublino nasce come un accordo internazionale, strettamente connesso all'accodo di Schengen, divenendo entrambi due pilastri delle politiche europee di asilo e immigrazione[36]. La matrice internazionale ha condizionato il contenuto e lo sviluppo della disciplina, senza che l'intervento dell'Unione e la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia abbiano modificato l'ordine delle priorità, imponendo la modifica delle norme vigenti. In particolare, nonostante che la Convenzione di Dublino sia stata sostituita nel 2003 da un regolamento dell'Unione, modificato da ultimo nel 2013, sono rimasti sostanzialmente invariati i criteri di determinazione dello Stato competente con il criterio residuale, ma di applicazione prevalente, dello Stato di primo ingresso nell'Ue[37]. Proprio questo criterio determina uno squilibrio nelle responsabilità degli Stati membri dell'Unione, sovraccaricando quegli Stati che si trovano sottoposti al duplice onere di controllori delle frontiere nell'interesse di tutti gli Stati membri e anche dell'accoglienza dei richiedenti asilo. Anche la Corte di giustizia ha sinora mantenuto un'interpretazione restrittiva della nozione di primo ingresso irregolare di cui all'art. 13 del Regolamento, ricomprendendovi tutte le ipotesi di ingresso senza previa autorizzazione38. Si può invece sostenere che almeno coloro che fanno ingresso nel territorio di uno Stato membro in seguito ad un'operazione di ricerca e soccorso in mare dovrebbero essere sottratti all'applicazione dell'art. 13, non essendo tecnicamente un ingresso irregolare in senso stretto. Ciò consentirebbe anche di sottrarre gli ingressi che avvengono in seguito a tali operazioni all'applicazione del reato di favoreggiamento dell'ingresso.

Tra richiedenti asilo che tentano di sottrarsi all'applicazione dei criteri, Stati che non cooperano e condanne della Corte europea, Dublino è ormai un classico caso di paziente affetto da comorbilità, con i Governi decisi ad applicare tecniche di accanimento terapeutico, invece che di accompagnamento verso una dolce fine vita.

Uno dei fattori che ha determinato il collasso di Dublino è stato il contenzioso di fronte alla Corte Edu. A partire dalla sentenza *M.S.S.*, la Corte ha condannato quegli Stati membri che, in esecuzione del regolamento Dublino, avevano proceduto a trasferimenti verso la Grecia e l'Italia. La Corte Edu non ha valorizzato la c.d. presunzione di sicurezza degli Stati membri, che è espressione del principio della reciproca fiducia nei sistemi di asilo nazionali e ha ribadito che i trasferimenti da uno Stato all'altro non devono esporre le persone ad un rischio reale di subire una violazione dei diritti garantiti nella Convenzione, *in primis* il diritto di non subire tortura o pene e trattamenti disumani e degradanti posto dall'art. 3. Tale principio non trova alcuna eccezione per il fatto che il trasferimento avvenga in esecuzione di un obbligo derivante dall'Unione europea e nella fattispecie del regolamento Dublino, nonostante che la Corte Edu tenga in debita considerazione l'esistenza di particolari legami tra gli Stati membri Ue.

In sintesi, per assicurare il rispetto della Convenzione gli Stati dovrebbero accertarsi che non vi sia rischio di violazione dei diritti attraverso il trasferimento e, in ogni caso, poiché la presunzione di sicurezza deve essere intesa in modo relativo e non assoluto, ciascuna persona deve poter contestare il rischio di violazione dei propri diritti attraverso un mezzo di ricorso effettivo come richiesto dall'art. 13 della Con-

35. *Ibidem*, punti 44-45.

36. Il capitolo VII del titolo II dell'Accordo di Schengen recava proprio i criteri per determinare lo Stato competente per l'esame delle domande d'asilo, poi confluiti nella Convenzione sulla determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990 ed entrata in vigore nel 1990, *Guce* 19 agosto 1997 *C* 254.

37. La Convenzione di Dublino è stata "comunitarizzata" con il regolamento 343/2003, per questo comunemente denominato "Regolamento Dublino II", *Guce* 25 febbraio 2003 *L* 50, pp. 1 ss. A questo ha fatto poi seguito il cd. Regolamento 604/2013, detto «Dublino III», Regolamento del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati, *Guce* 29 giugno 2013 *L* 180, pp. 31-59.

38. Corte di giustizia Ue, 26 luglio 2017, C-646/16, *Jafari*.

venzione. L'affermazione del diritto al ricorso contro le decisioni di trasferimento, a cui corrisponde l'obbligo di esaminare caso per caso ogni situazione individuale, è il portato più specifico della giurisprudenza della Corte europea relativa ai cd. *Dublin cases*. Sebbene si tratti di una garanzia minima essa è idonea ad incidere pesantemente sull'efficienza del sistema Dublino, già molto scarsa.

La Corte di giustizia ha inteso restrittivamente il principio espresso dalla Corte Edu, con una formula sostanzialmente trasposta nell'attuale art. 2 del Regolamento Dublino III e volta ad escludere il trasferimento in presenza di «carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Su questo aspetto permane ancora una differenza tra il testo del regolamento Dublino e l'orientamento della Corte Edu. Differenza che ha avuto un'eco anche nel parere sull'accordo di adesione dell'Unione alla Cedu, che la Corte di giustizia ha ritenuto non conforme ai Trattati Ue in quanto non sufficiente a garantire le peculiarità dell'ordinamento dell'Unione, tra le quali rientrano anche quegli strumenti normativi, come il regolamento Dublino, che si basano sulla reciproca fiducia tra gli Stati membri e che per funzionare devono implicare l'esistenza di presunzioni tendenzialmente assolute di sicurezza dei rispettivi ordinamenti giuridici.

Più recentemente la Corte di giustizia sembra essersi allineata con l'orientamento della Corte Edu. La Corte ha affermato che la legittimità del trasferimento deve essere valutata non solo alla luce del rischio di carenze sistemiche nel Paese di destinazione (escluso nella fattispecie) ma anche considerando il rischio insito nel trasferimento di per sé, «a prescindere dalla qualità dell'accoglienza e delle cure disponibili nello Stato membro competente per l'esame della sua domanda. [...] D'altra parte, sarebbe manifestamente incompatibile con il carattere assoluto di questo divieto che gli Stati membri possano ignorare un rischio reale e acclarato di trattamenti inumani o degradanti che incombano su un richiedente asilo adducendo quale pretesto che esso non risulta da una carenza sistemica dello Stato membro competente»[39].

Un altro rilevante intervento della Corte di giustizia sul Regolamento Dublino ha riguardato la determinazione dello Stato competente in caso di richieste di minori non accompagnati[40]. La Corte ha affermato che lo Stato membro nel quale il minore si trova è obbligato a procedere all'esame della domanda di protezione internazionale, sebbene lo stesso minore abbia già presentato domanda in un altro Stato membro; la Corte ha sottolineato la vulnerabilità dei soggetti in questione e l'obbligo esistente in capo agli Stati di agire nel loro interesse superiore in virtù dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per ottemperare a quest'ultima pronuncia della Corte la Commissione europea ha presentato nel 2014 una proposta di modifica dell'art. 8 Regolamento Dublino III[41] che, però, non è stata approvata per mancanza di accordo tra le istituzioni. Addirittura, nell'accompagnare la proposta di modifica del Regolamento Dublino III presentata nel 2016 si afferma che «dato che tale norma differisce da quanto previsto nella proposta della Commissione del giugno 2014, la Commissione intende ritirare quest'ultima, sulla quale è stato finora impossibile raggiungere un accordo», con buona pace del diritto fondamentale del superiore interesse del minore.

L'altro fattore di crisi del Regolamento Dublino è costituito dall'aumento dei richiedenti protezione internazionale, causato da varie ragioni, in parte riconnesse alla situazione nei Paesi di origine, in parte imputabili alla progressiva chiusura dei canali d'ingresso legale nei Paesi Ue[42]. La crisi di Dublino si è così rapidamente propagata al Sistema Schengen con alcuni Stati che hanno ripristinato i controlli di frontiera interna a causa della minaccia costituita dall'afflusso massiccio di migranti e richiedenti asilo[43]. È stato evidente in quei mesi che gli Stati membri avrebbero preferito rinunciare alla libera circolazione delle persone pur di non ammettere più un migrante, inclusi i richiedenti asilo. Uno scenario, questo, con un impatto negativo su tutto lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e che sarebbe stato devastante per

39. Corte di giustizia, sentenza 16 febbraio 2018, *CK*, C-578/16, punti 90-93.

40. Corte di giustizia, sentenza 6 giugno 2013, *M.A.*, C-648/11.

41. COM(2014)382 del 26 giugno 2014. Cfr. A. Del Guergio, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione Europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 243-248.

42. Si vedano i dati pubblicati dall'Easo a partire dal 2010, www.easo.europa.eu.

43. Commissione europea, *Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code*, disponibile su *www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs/*.

il processo d'integrazione europea, già fortemente indebolito[44]. D'altra parte un'area di libera circolazione che implica l'assenza di controlli di frontiera sulle persone, cittadini o stranieri che siano, è inconciliabile con il divieto dei movimenti secondari, con il divieto di scelta dello Stato dove presentare domanda di protezione internazionale e, infine, con il mancato riconoscimento di un diritto di soggiorno in altri Stati membri ai cittadini di Paesi terzi, almeno i beneficiari di protezione internazionale[45].

6.2. Le ricollocazioni e quello strano modo di intendere la solidarietà

In questo scenario, istituzioni e Governi hanno tentato di adottare misure di soluzione della crisi, con l'obiettivo di declinare il principio di solidarietà sancito all'art. 80 del Tfue in termini diversi dall'assistenza tecnica e finanziaria[46].

Sono state così adottate le decisioni sulla ricollocazione delle persone in evidente bisogno di protezione internazionale[47]. L'aspetto più innovativo delle decisioni è stata la definizione di quote obbligatorie sulla base delle quali distribuire i richiedenti protezione internazionale tra gli Stati membri, ad eccezione di Regno unito, Irlanda e Danimarca. È apprezzabile che per la prima volta siano stati stabiliti dei criteri oggettivi per individuare il numero di persone che ogni Stato membro può potenzialmente accogliere, alla luce della popolazione del Paese, del numero di richiedenti già presenti, del prodotto interno lordo e del tasso di disoccupazione. Al contrario, la definizione di quote obbligatorie è l'aspetto sul quale si sono registrate maggiori resistenze, con il voto contrario degli Stati di Visegrad (Romania, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria) ed il ricorso per annullamento sollevato dalla Repubblica slovacca e l'Ungheria di fronte alla Corte di giustizia[48].

Tuttavia, invece di alleviare l'onere dell'accoglienza in Grecia e in Italia, esse hanno causato un aumento netto dei richiedenti asilo in tali Paesi[49]. Tramite di esse, infatti, i Governi del nord Europa e la Commissione sono riusciti ad imporre all'Italia e alla Grecia l'esecuzione dell'obbligo di identificazione dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo, già vigente ma largamente disatteso per la mancanza di interesse da parte dell'Italia a tracciare il passaggio nel nostro Paese di chi vuole solo attraversarlo per raggiungere un'altra meta europea[50]. Ne è derivata la creazione di strutture di accoglienza e prima accoglienza gestite secondo l'approccio *hotspots*, ossia centri chiusi per

---

44. La Commissione, compiuta la valutazione del sistema di controllo delle frontiere esterne da parte della Grecia, ha emanato una raccomandazione ai sensi dell'art. 29 del Codice frontiere Schengen che ha consentito agli Stati membri di prorogare i controlli temporanei alle frontiere interne fino ad un massimo di due anni. Decisione di esecuzione (Ue) 2016/894 del Consiglio del 12 maggio 2016, *recante una raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen*, Guce L 151 del 8.6.2016, pp. 8-11. La Commissione ha anche presentato una proposta di modifica del Codice per rendere ancora più flessibile la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne. COM(2017)751 del 27 settembre 2017 *che modifica il regolamento (Ue) 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne*.

45. Sia permesso il rinvio a C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 3, pp. 701-747.

46. D. Vanheule, J. van Selm, C. Boswell, *L'attuazione dell'articolo 80 del Tfue sul principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario, tra gli Stati membri nel settore dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione*, Studio redatto per conto del Parlamento europeo, 2011.

47. G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018; G. Caggiano, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione di responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, pp. 465 ss.

48. La Corte, con un'articolata e corposa sentenza, ha rigettato tutti i motivi di impugnazione sollevati ed ha anche ribadito la centralità del principio di solidarietà di cui all'art. 80 Tfue, dal quale discende in via di principio una regola di ripartizione degli oneri tra gli Stati membri, secondo le scelte discrezionali operate dalle istituzioni Ue. Corte di giustizia Ue, 2 dicembre 2015, C-643/15, *Repubblica slovacca c. Consiglio dell'Unione europea*; 3 dicembre 2015, C-647/15, *Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*.

49. Decisione 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in Guue n. L 239 del 15.9.2015, p. 146; decisione 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in Guue n. L 248 del 24.9.2015, p. 80. Corte di giustizia Ue, 6 settembre 2017, C-643/15, *Repubblica slovacca e Ungheria contro Consiglio dell'Unione europea*.

50. Così l'art. 7 comune ad entrambe le decisioni. Sono state anche pubblicate specifiche linee guida per il rilevamento delle impronte digitali: Commission Staff Working Document *on Implementation of the Eurodac Regulation as regards the obligation to take fingerprints*, SWD(2015)150 del 27 maggio 2015. Sul ruolo delle Agenzie si veda Cortese 2017, 157-160). Al novembre 2017 le persone ricollocate dall'Italia erano 10.842 con 2.363 ancora in attesa e dalla Grecia 21.524 con 516 in attesa. La ragione è che le decisioni individuavano come soggetti eligibili solo le persone appartenenti a quelle nazionalità che ottengono lo status almeno nel 75% dei casi sulla base dei dati forniti dai singoli Stati membri ed elaborati dall'Easo.

assicurare l'efficace realizzazione delle procedure di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali[51]. Trattandosi di centri chiusi, è imposto il rispetto dell'art. 13 Cost. e dell'art. 5 della Cedu come peraltro rilevato da ultimo dalla Corte Edu nella sentenza *Khlaifia c. Italia* del 15 dicembre 2016 (ric. n. 16483/12). Con l'art. 17 del dl 13/2017 è stato così introdotto nel d.lgs 286/1998 un nuovo art. 10-*ter* che rinvia alla disciplina dei centri di primo soccorso di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e alle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142. Tuttavia, si tratta di una garanzia insufficiente nella misura in cui non vi è alcuna disposizione specifica che regoli la privazione della libertà personale del migrante nei centri di primo soccorso e assistenza, soprattutto nel caso in cui la durata si prolunghi per un tempo non conciliabile con la natura di fermo, come precisato dalla Corte Edu nel caso *Khlaifia* e come recentemente stigmatizzato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa[52].

6.3. Verso Dublino IV

Non sorprende dunque che, scaduto il termine della loro applicazione[53], date le divisioni tra gli Stati e la scarsa utilità rispetto allo scopo per il quale erano state previste, la Commissione abbia abbandonato questo strumento ed abbia presentato una proposta di modifica del regolamento Dublino che lascia invariato il sistema vigente, in particolare relativamente al criterio dello Stato di primo arrivo[54].

Nessuno spazio invece per l'applicazione di quanto disposto nella Direttiva sulla protezione temporanea, approvata nel 2001, prima della modifica delle priorità nella costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e con ancora fresca la memoria della crisi determinata dalla migrazione di più di un milione di persone a causa del conflitto nella *ex*-Jugoslavia[55]. La protezione temporanea prevede infatti la distribuzione delle persone giunte in un Paese membro allorquando l'afflusso massiccio di migranti pregiudichi il funzionamento del sistema d'asilo. Pur essendo lo strumento già in vigore e pienamente idoneo ad essere utilmente applicato nella fattispecie, esso non è stato mai seriamente preso in considerazione, tant'è che la Commissione europea ne ha addirittura prospettato l'abrogazione.

Esclusa anche la promozione del mutuo riconoscimento e una gestione flessibile dei trasferimenti dei beneficiari di protezione internazionale, pur presente in numerosi documenti della Commissione e proposta dalla presidenza italiana del Consiglio nel secondo semestre del 2014[56]. Un vero e proprio miraggio ormai la possibilità di un'estensione della libertà di circolazione ai beneficiari di protezione internazionale.

Eccezion fatta per un certo ampliamento dell'applicazione del criterio della presenza di familiari in altri Stati membri (non più solo coniuge e figli minori, ma anche fratelli e sorelle e l'espressa considerazione dei legami familiari sorti dopo che è stato lasciato il Paese di origine), la proposta di riforma si presenta come un generale irrigidimento dei criteri e delle regole già previste, soprattutto per contrastare i movimenti secondari: sono infatti stabiliti chiaramente gli obblighi dei richiedenti protezione internazionale e le conseguenti sanzioni in caso di inottemperanza, in-

---

51. *Hotspot, accoglienza e ricollocamento – Circolare del Ministero dell'interno e Road map italiana*, www.asgi.it.

52. Il Comitato ha approvato il 15 marzo 2018 una risoluzione sulla mancata esecuzione sentenza *Khlaifia*. Il Comitato ha affermato che «the lack of a legal basis and judicial review in respect of the deprivation of liberty of migrants placed in reception centres, together with the absence of remedies enabling such persons to complain before a national authority about the conditions of their reception" and called the Government to send a detailed report by the end of June 2018 and to indicate "what measures have been adopted or envisaged to ensure that persons placed in such centres are not arbitrarily deprived of their liberty». Document CM/Notes/1310/H46-9, available at: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680792629.

53. Il 19 settembre sono scaduti i due anni dall'entrata in vigore delle decisioni sulla ricollocazione: questa può ancora essere praticata ma solo per le persone che siano giunte in Italia o in Grecia prima del 19 settembre 2018.

54. F. Maiani, *The Reform of the Dublin III Regulation*, European parliament, 28 June 2016, *www.europarl.eu*, 2016, pp. 53-56.

55. Direttiva 2001/55/Ce, 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 sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, *Guce* 7 agosto 2001, *l.* 212, pp. 12 ss.

56. *Verso una procedura comune in materia di asilo e uno* status *uniforme e valido in tutta l'Unione per le persone alle quali è stato riconosciuto il diritto d'asilo*, COM(2000)755 del 22 novembre 2000, pp. 13-14; Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo, COM(2007)301 del 6 giugno 2007, pp. 6-7. Da segnalare la direttiva n. 2011/51/Ue che ha esteso l'ambito di applicazione della direttiva 2003/109/Ce sullo *status* di lungo soggiornanti anche ai beneficiari di protezione internazionale. *Guce* 2011, l. 132, pp. 1-4. La direttiva non prevede alcuna specificità della situazione dei beneficiari di protezione internazionale né concerne in alcun modo il trasferimento di responsabilità, neanche limitatamente al rilascio dei documenti di viaggio.

clusa la possibile esclusione dal sistema di accoglienza[57].

Innovativa è l'introduzione del meccanismo correttivo di distribuzione dei richiedenti asilo allorquando in uno Stato membro vi sia un afflusso sproporzionato di richiedenti protezione internazionale e di persone reinsediate, vale a dire superiore al 150% di una quota nazionale definita per ciascuno Stato attraverso una chiave di riferimento basata su due criteri equivalenti: il numero degli abitanti e il prodotto interno lordo. Agli Stati è concesso di non partecipare al meccanismo di ridistribuzione, dichiarando la propria indisponibilità e corrispondendo la cifra di 250.000 euro per ogni persona non accolta. Come noto, il 16 novembre 2017 il Parlamento europeo nell'esame in prima lettura ha adottato a larga maggioranza numerosi emendamenti in base ai quali viene superato il criterio del Paese di primo arrivo con l'introduzione di un sistema automatico di trasferimenti con un metodo di ripartizione fisso, non condizionato al superamento del 150% della quota considerata sostenibile per ogni Stato. Inoltre, la scelta del Paese di trasferimento dovrebbe avvenire sulla base della valorizzazione dei legami sociali esistenti tra i richiedenti e il Paese di destinazione: i legami familiari (allargati a figli adulti in carico ai genitori, fratelli e sorelle), l'avere intrapreso in un Paese un percorso di studi o anche solo l'avervi vissuto dovrebbero essere presi in considerazione per la scelta del Paese dove trasferire il richiedente protezione internazionale. I trasferimenti di persone, anche quando si tratti di estradizione o espulsione, tendono ad essere sempre molto difficili da realizzare, a maggior ragione quando dovrebbero riguardare decine di migliaia di persone. Per questo l'adesione volontaria dei richiedenti protezione internazionale è essenziale e la proposta del Parlamento di introdurre criteri aggiuntivi che valorizzino i legami con lo Stato competente va nella giusta direzione, l'unica praticabile rimanendo all'interno della logica del sistema Dublino[58].

L'accordo tra Parlamento e Consiglio, imposto dalla procedura legislativa ordinaria, sarà difficile da raggiungere, stante la distanza siderale tra le posizioni delle due istituzioni, alle quali si aggiunge anche quella della Commissione[59]. Il Consiglio, rappresentante i Governi dell'Unione, arroccato in un approccio restrittivo, volto ad irrigidire ed eliminare tutte le deroghe presenti nel Regolamento per far sì che i criteri previsti siano finalmente applicati in modo rigoroso, pena sanzioni severe nei confronti dei richiedenti protezione internazionale. Il Parlamento, invece, rappresentante i popoli dell'Unione, che propone di abbandonare il sistema tradizionale e, pur rimanendo nello schema del sistema Dublino, lo innova profondamente.

7. La politica del contenimento dei flussi come soluzione alla "crisi dei migranti"

L'incapacità di concordare misure sul piano interno ha indotto i governi dell'Unione a rilanciare la cooperazione con i Paesi terzi di origine e transito per il contenimento dei flussi, che ha ormai acquisito un ruolo chiave nella gestione delle politiche migratorie ed ha avuto un inquadramento teorico con la comunicazione del 6 giugno 2016[60]. Ispirata al principio «più progresso più aiuti», essa mira a persuadere il più possibile i Paesi terzi a collaborare con l'Unione nel contrasto del traffico di migranti, nel rimpatrio dei migranti irregolari e nell'accoglienza dei richiedenti asilo, con qualsiasi incentivo economico a disposizione dell'Ue e degli Stati: più sarà la collaborazione ottenuta, più saranno i finanziamenti e il sostegno da parte dell'Unione.

Una delle varie ragioni che hanno indotto le istituzioni Ue e i Governi ad optare per questa modalità di cooperazione è rappresentata dalla difficoltà sino ad oggi riscontrata nella conclusione degli accordi di riammissione e nella scarsa efficacia di quelli già in vigore. Con il nuovo approccio, da una parte l'Unione agisce parallelamente e contemporaneamente agli

57. Comunicazione COM(2016)0197 del 6 aprile 2016, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*.

58. M. Di Filippo, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, pp. 55-56.

59. La procedura legislativa ordinaria prevede che la lettura del Parlamento sia esaminata dal Consiglio che può rigettarla, accoglierla o emendarla. Il tutto a maggioranza qualificata a meno che non voglia approvare emendamenti del Parlamento europeo sui quali la Commissione abbia espresso un parere negativo. In questo caso il Consiglio potrebbe approvarli solo all'unanimità. La ricerca dell'accordo tra le istituzioni avviene nei cd. triloghi, le riunioni dei rappresentanti delle tre istituzioni volte a trovare un punto di incontro tra le posizioni del Consiglio e del Parlamento, onde arrivare all'approvazione, possibilmente, in prima lettura.

60. Nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, COM(2016)385 del 7 giugno 2016. D. Vitiello, *La dimensione esterna della politica europea*, in Savino, M. (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Napoli, 2017, pp. 303-348.

Stati, dall'altra sono potenziati al massimo gli incentivi di tipo economico attraverso l'utilizzo del complesso della cooperazione commerciale, di investimento e di sviluppo quali leve per ottenere la collaborazione dei Paesi di origine e transito. Il nuovo approccio implica anche la perdita della forma tradizionale tipica degli accordi di riammissione. Con essa si "perdono" anche le procedure previste nei Trattati Ue o nella Costituzione italiana sulla competenza a stipulare e diventa talvolta addirittura difficile stabilire se una determinata cooperazione sia imputabile all'Unione o agli Stati[61]. Ciò è enfatizzato anche dall'intreccio tra risorse dell'Unione e risorse degli Stati membri che rende difficile decifrare chi sia il soggetto responsabile delle azioni nei Paesi terzi con buona pace del principio democratico del controllo parlamentare, nazionale o europeo, sull'azione degli esecutivi[62]. In sintesi, una cooperazione informale, dematerializzata quanto alla forma e di dubbia paternità ma nutrita di molta sostanza quanto alle azioni finanziate e realizzate, tutte in larga parte volte al contenimento dei flussi verso l'Unione.

L'apripista di questa nuova strategia è costituito dalla cooperazione con la Turchia, divenuto il Paese chiave per contenere il flusso dei cittadini siriani verso le isole greche. Dopo vari incontri preliminari, con una *dichiarazione* datata 18 marzo 2016 sono state concordate varie misure tra loro connesse. La Turchia si è impegnata a garantire accoglienza e protezione a circa tre milioni di cittadini siriani, in cambio di ingenti finanziamenti da parte dell'Ue e degli Stati membri (in totale si prospettano sei miliardi di euro) e dello sblocco dei negoziati sull'accordo per la liberalizzazione dei visti a favore dei cittadini turchi. Per la prima volta è stato disciplinato il rimpatrio anche di richiedenti asilo, attraverso l'obbligo imposto alla Grecia di qualificare la Turchia come Paese sicuro e Paese di primo asilo per i cittadini siriani. Nonostante i molteplici impegni assunti dalle rispettive parti, il Tribunale dell'Unione europea ha escluso che la dichiarazione possa essere qualificata come un accordo internazionale dell'Unione europea[63].

Pur con tutte le incertezze circa la tenuta dell'accordo nel lungo periodo, la riduzione significativa degli arrivi nelle isole greche lo ha reso un modello delle relazioni con i Paesi di origine e di transito della rotta del Mediterraneo centrale, in particolare con il Niger e con la Libia, ma più in generale con tutti gli Stati di origine e di transito, coinvolgendo anche le missioni militari, ormai usate anche come uno degli strumenti volti a contrastare il traffico delle persone[64].

Le misure di contenimento dei flussi sono accompagnate da azioni di sostegno, sia per migliorare la condizione dei migranti "bloccati in transito", talvolta detenuti nei centri di detenzione, sia per "sradicare le cause profonde dell'emigrazione". Tuttavia, mentre le prime sono misure ad effetto immediato, le altre possono produrre risultati positivi solo nel medio o lungo periodo. Addirittura, le iniziative di cooperazione allo sviluppo tendono nel medio periodo ad un aumento dell'emigrazione e non alla sua riduzione.

Solo una programmata apertura di canali di ingresso regolari potrebbe fungere da misura compensatoria all'azione di contenimento degli ingressi irregolari. Tra l'*immigrazione zero* ed il blocco degli ingressi, esiste un ventaglio di misure che possono e dovrebbero essere adottate.

Qualche timida ma ancora insufficiente apertura si è registrata in relazione agli ingressi di tipo umanitario, che possono e dovrebbero realizzarsi con modalità diverse, come veri e propri reinsediamenti o come

61. F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2018, 1, pp. 5-28.

62. Una raccolta ragionata degli accordi di riammissione dell'Unione e dell'Italia, nonché delle variegate forme della cooperazione internazionale in questo settore, può essere reperita nell'annata 2016 della rivista *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, ad essi interamente dedicata. M. Borraccetti, *L'Italia e i rimpatri: breve ricognizione degli accordi di riammissione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1-2, pp. 33-58.

63. Il Tribunale dell'Unione europea ha pronunciato ha pronunciato una criticabile 'ordinanza di inammissibilità su un ricorso diretto di annullamento presentato da due cittadini pachistani ed uno afghano; 28 febbraio 2017, *NC c. Consiglio europeo*, T-192/16. È pendente un ricorso di impugnazione dell'ordinanza del Tribunale di fronte alla Corte di giustizia, C-208/16 P. Tra tutti i numerosi contributi sul punto si veda E. Cannizzaro, *Disintegration through Law?*, 2016, 1, pp. 3-6; M. Marchegiani, e L. Marotti, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2016, 1-2, pp. 59-82.

64. In particolare, con il Mali è stata avviata nel 2015 la missione EUCAP Sahel Mali, una missione civile dell'Unione (decisione (PESC) 2017/50 del Consiglio dell'11 gennaio 2017 che modifica la decisione 2014/219/PESC relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Mali (EUCAP Sahel Mali). Dal 2012 è operativa la missione EUCAP Sahel Niger: decisione 2012/392/PESC del Consiglio del 16 luglio 2012 relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Niger (EUCAP Sahel Niger). Anche il Governo italiano ha dislocato una missione militare in Niger che si aggiunge alle missioni già presenti in Libia e a quelle avviate nell'ambito della NATO: *Deliberazione del Consiglio dei ministri in merito alla partecipazione dell'Italia a missioni internazionali da avviare nell'anno 2018, adottata il 28 dicembre 2017*, approvata dal Parlamento con due risoluzioni distinte, una del Senato del 15 gennaio e una della Camera del 17 gennaio 2018. Si veda la scheda *Difesa e Forze armate. Autorizzazione e proroga di missioni internazionali per l'anno 2018*, in www.camera.it.

ingressi di tipo umanitario[65]. L'Unione si è dotata di un proprio strumento sul reinsediamento con una raccomandazione nel 2015 e con un programma rinnovato annualmente[66]. È inoltre stata presentata una proposta di regolamento che, se approvata, renderà vincolante lo strumento del reinsediamento, sebbene con la previsione di un piano annuale che gli Stati dovranno accettare su base volontaria e, dunque, senza possibilità di contribuire in modo significativo al rafforzamento dell'efficacia di questa misura[67].

Considerazioni conclusive

Nella costruzione del sistema europeo comune di asilo sono emerse tutte le contraddizioni e le ambiguità dell'Unione europea: un'organizzazione internazionale diversa da tutte le altre quanto ad estensione delle competenze attribuite ed efficacia delle misure adottate negli ordinamenti nazionali, che ambisce a regolare politiche come quelle dell'immigrazione e dell'asilo pur non avendone i poteri sufficienti.

Alla oggettiva inadeguatezza di questo assetto ibrido, si è aggiunta l'incapacità dei governi in senso al Consiglio europeo e della Commissione di sviluppare misure ispirate ad una visione lungimirante. Si spiega così la perdurante centralità dei sistemi Schengen e Dublino, sorti nell'era della cooperazione di diritto internazionale al di fuori dell'Unione, senza che l'immersione nell'Unione europea abbia determinato un loro significativo mutamento.

Proprio sul *dossier Dublino* si gioca una partita estremamente rilevante, nella quale si confrontano due visioni diverse: quella dei Governi, a loro volta divisi e presi a rincorrere obiettivi di breve periodo, quasi sempre determinati da calcoli elettorali e dall'esigenza di neutralizzare le spinte xenofobe; quella del Parlamento europeo, rappresentante i popoli europei, che ha adottato una proposta di modifica a larga maggioranza, sostenuta da deputati di diversi schieramenti politici e anche di diversi Stati del sud e del nord, dell'ovest e dell'est Europa. Segno che una visione comune e radicalmente diversa sull'asilo in Europa è possibile perché già esiste[68].

65. In questo senso si è pronunciata la Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale di un giudice belga al quale si erano rivolti due cittadini siriani che si erano visti negare un visto di breve durata ai sensi del Codice visti richiesto sulla base di motivi umanitari: 7 marzo 2017, *X. e X. contro* État *belge*, C-638/16.

66. Raccomandazione 2015/914 della Commissione dell'8 giugno 2015 *relativa a un programma di reinsediamento europeo* e raccomandazione della Commissione C(2015)9490, 11 novembre 2016 sul reinsediamento dalla Turchia.

67. Proposta COM(2016)468 del 13 luglio 2016 *che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (Ue) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio*.

68. E. Ambrosi, *The Unbearable Lightness of Leadership*, in *EUObserver*, 18 ottobre 2017.

Riconosciuti e "diniegati": dietro i numeri le persone

di *Monia Giovannetti*

Leggere i numeri consente di ricostruire, forse più di quanto non facciano le storie, l'umanità che essi raccontano. Fare luce sui numeri, riavvicinare la rappresentazione alla realtà, restituisce alla verità la centralità che dovrebbe avere quando si parla delle vite delle persone, troppo spesso usate per alimentare un dibattito pubblico asfittico e fomentare, talvolta, lo scontro sociale. Nel tentativo di restituire una fotografia nitida del sistema asilo, si cercherà di ripercorre l'evolversi del fenomeno dei richiedenti asilo in Italia negli ultimi vent'anni attraverso i dati ufficiali relativi agli arrivi dei migranti, ai richiedenti protezione internazionale, alle decisioni assunte dalle Commissioni territoriali competenti, connettendoli, con i principali cambiamenti avvenuti nel quadro normativo di riferimento. Al fine di completare il viaggio lungo la dorsale del sistema asilo ci si soffermerà, infine, sulle tempistiche dei procedimenti amministrativi, nonché sui tempi ed esiti dei procedimenti giudiziari afferenti la protezione internazionale (impugnazioni *ex* art. 35 d.lgs 25/2008).

Alì dagli Occhi Azzurri
uno dei tanti figli di figli,
scenderà da Algeri, su navi
a vela e a remi. Saranno
con lui migliaia di uomini
coi corpicini e gli occhi
di poveri cani dei padri
sulle barche varate nei Regni della Fame. Porteranno con sé i bambini,
e il pane e il formaggio, nelle carte gialle del Lunedì di Pasqua
Porteranno le nonne e gli asini, sulle triremi rubate ai porti coloniali
Sbarcheranno a Crotone o a Palmi
a milioni, vestiti di stracci,
asiatici, e di camice americane.(...).

Pier Paolo Pasolini, *Profezia*, in *Poesia in forma di rosa*, 1964

Introduzione

Pier Paolo Pasolini, come pochi altri prima e dopo di lui, ha saputo ascoltare il suo tempo, coglierne l'essenza più profonda, nascosta e allungare il suo sguardo profetico sino ai giorni nostri. Un esempio della forte attualità del pensiero pasoliniano lo ritroviamo proprio nella poesia *Alì dagli Occhi Azzurri*, ove con più di trent'anni di anticipo, si prevede l'esodo dall'Africa verso l'Italia e l'Europa di giovani che arrivano dal Sud del Mediterraneo e si imbarcano ad Algeri guidati da Alì, un arabo con gli occhi azzurri. E questi milioni di giovani portano con sé il "germe della Storia antica" e si dirigono verso un mondo dove sta per iniziare la Nuova Storia.

Mai come ora la lettura e la visione di Pasolini può esserci utile per interpretare il presente e indicare la strada da percorrere per cogliere il senso dei fenome-

ni che attraversano la nostra società. Gli spostamenti umani e le migrazioni caratterizzano da sempre la storia del genere umano, a partire da quel gruppo di uomini e donne che dall'Africa orientale cominciò l'avventura che ci ha portato, attraverso la storia, ai giorni nostri. Migrare, perché obbligati a farlo o più semplicemente per migliorare la propria condizione, rappresenta una motivazione forte per un nuovo inizio, per costruire qualcosa di nuovo altrove. Siamo un continente in declino e Pasolini, già negli anni sessanta, vedeva nei ragazzi che sarebbero "sbarcati" sulle nostre coste, una iniezione di significato/senso per la nostra democrazia. Un Paese vecchio come il nostro, un continente vecchio come quello europeo, può trovare nuove motivazioni, nuova linfa per costruire il proprio futuro, a partire dai tanti giovani che scelgono di radicarsi nelle nostre città. L'arrivo e la presenza di nuovi italiani, nuovi europei, di diversa origine, ci consente di capire se le strutture alla base della nostra democrazia funzionano o se hanno smesso di rappresentare, come dice la nostra Costituzione, quella promessa di un mondo migliore alla quale nel dopo guerra tutti hanno creduto. La reazione della nostra società, degli apparati dello Stato, delle singole persone e dei gruppi politici e sociali, organizzati e non, all'arrivo di queste persone, ci consente, infatti, di vedere più chiaramente qual'è lo stato della nostra democrazia. E come chiaramente sosteneva Sayad «riflettere sull'immigrazione (...) significa interrogare lo Stato, i suoi fondamenti, i suoi meccanismi interni di strutturazione e di funzionamento»[1].

L'intera questione legata ai migranti forzati in Italia è stata a lungo ignorata dalle politiche pubbliche, ma da circa un decennio il tema delle migrazioni e dei migranti è diventato terreno di strumentalizzazioni, mistificazioni e banalizzazioni. In un clima generale di forte ostilità verso gli stranieri, in cui si è giunti a rievocare "l'invasione dei clandestini", citando dati privi di fondamento e distorcendo quelli esistenti, sembra necessario oggi più che mai, partire dai dati e dai numeri per dare corpo ed evidenza alle donne e uomini che sono fuggiti dai loro Paesi di origine e sono giunti in Italia.

Pertanto l'analisi che si cercherà di sviluppare nel corso delle pagine che seguiranno, ripercorre l'evolversi del fenomeno dei richiedenti asilo in Italia negli ultimi vent'anni. Attraverso i dati ufficiali, proveremo a ricomporre i frammenti di un quadro composito, fatto di arrivi di migranti, di richiedenti protezione internazionale e decisioni assunte dalle Commissioni territoriali competenti, connettendoli, per quanto possibile, con i principali cambiamenti avvenuti nel quadro normativo di riferimento. Nel paragrafo conclusivo, verrà, inoltre, dedicato uno sguardo alle tempistiche dei procedimenti amministrativi, nonché ai tempi ed esiti dei procedimenti giudiziari afferenti la protezione internazionale (impugnazioni *ex* art. 35 d.lgs 25/2008).

1. L'arrivo dei migranti via mare e le domande di protezione internazionale

L'Italia, da oltre vent'anni, si confronta con il fenomeno delle migrazioni internazionali strettamente connesse alle gravi crisi umanitarie che si sono succedute nel tempo facendo sempre di più, della nostra Penisola, un Paese di arrivo di persone alla ricerca di protezione e asilo. Una situazione che ci ha reso testimoni di una umanità in fuga da guerre, conflitti, persecuzioni, e spesso, contestualmente dalle crisi ambientali o dal mancato accesso alle risorse, che ha trovato in alcuni Paesi europei, ed in particolare in Italia, il luogo di primo approdo.

Dopo un primo consistente numero di sbarchi di migranti (albanesi e kosovari) nel corso degli anni novanta[2], con punte di 50mila nel 1999, tra il 2000 e il 2007 gli arrivi sulle coste italiane si sono presentati con un flusso costante riguardando, mediamente, 23.000 persone all'anno. Dal 2008 al 2013 l'andamento degli sbarchi diviene invece instabile, riflettendo, da un lato, le condizioni politiche-economiche e sociali dei Paesi di origine dei migranti e dall'altro le politiche del Governo italiano nel contrastare gli arrivi. In questo arco di tempo, se la prima emergenza "sbarchi" che l'Italia si è trovata ad affrontare è stata nel 2008 con l'arrivo di quasi 37.000 persone in fuga da conflitti e carestie in Somalia, Eritrea, Nigeria, nel biennio successivo si è invece registrato un calo degli

1. A. Sayad, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2002, pp. 369-370.

2. Il 7 marzo del 1991 arrivarono nel porto di Brindisi, a bordo di navi mercantili e di imbarcazioni di ogni tipo, 27mila migranti albanesi i quali fuggivano dalla crisi economica e politica nella quale versava il Paese. Qualche mese dopo, l'8 agosto 1991 attraccò nel porto di Bari il mercantile "Vlora" partito da Durazzo con ventimila persone a bordo. Fu il secondo grande sbarco in Puglia. Sei anni più tardi, nel 1997, si è verificata una seconda ondata migratoria a causa del fallimento della maggior parte delle società finanziarie nazionali che aveva condotto il Paese alla miseria. E poco dopo, la terza ondata migratoria degli albanesi è avvenuta a seguito della guerra del Kosovo (1998-1999), quando lasciarono il loro Paese chiedendo asilo politico come cittadini Kosovari. Si veda K. Barjaba, Z. Dervishi, L. Perrone, *L'emigrazione albanese: spazi, tempi e cause*, in "Studi Emigrazione", XXIX (1992), n. 107, p. 525; Orkida Mehillaj, *L'immigrazione albanese in Italia. Profili sociologici e politiche di controllo*, 2010, www.altrodiritto.unifi.it/rivista/2010/mehillaj/index.htm.

arrivi imputabile in particolare al «*Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione*» stipulato con la Libia di Gheddafi, che mirava a contrastare l'immigrazione intensificando i controlli alle frontiere e i respingimenti in mare, per i quali peraltro l'Italia è stata condannata dalla Corte europea per i diritti umani[3].

Nel 2011, l'esodo da Tunisia, Egitto e Libia, a seguito degli eventi che hanno caratterizzato la cosiddetta Primavera araba e portato alla caduta dei regimi autocratici, il nostro Paese affronta un nuovo e consistente flusso di arrivi via mare (cd. emergenza Nord Africa). Sono state circa 63.000 le persone sbarcate, la metà delle quali di nazionalità tunisina e l'altra metà composta sostanzialmente da lavoratori cittadini di altri Paesi africani, perlopiù del Corno d'Africa, in fuga dalla Libia a causa della guerra civile. Dopo solo un anno di arrivi sotto la media, il manifestarsi e riacutizzarsi di conflitti vecchi e nuovi in numerosi territori del Nord Africa e del vicino Medio Oriente portano, nel corso del 2013, all'arrivo di 43.000 migranti, metà dei quali provenienti dall'Eritrea e dalla Siria.

Nel periodo 2014-2017, ove si è aperta una nuova fase di flussi migratori verso l'Europa[4], l'Italia ha accolto sulle proprie coste oltre 600.000 migranti, ovvero più di quanti ne siano arrivati nei precedenti 20 anni. Se complessivamente coloro che hanno attraversato irregolarmente le frontiere esterne dell'Europa nello stesso periodo temporale sono stati oltre 2.800.000, è interessante tenere presente che il 22% è giunto in Italia percorrendo la rotta del Mediterraneo centrale ed in particolare nel 2017 gli sbarcati in Italia hanno costituito il 70% di tutti gli arrivi via mare in Europa[5].

In questi ultimi quattro anni, infatti, sono state mediamente oltre 150.000 le persone giunte sulle coste italiane attraverso gli sbarchi ed in particolare oltre 170.000 nel 2014, 153.842 nel 2015 e oltre 181.000 nel 2016 (ovvero +18% rispetto al 2015), di cui quasi 26.000 minori stranieri non accompagnati. Nel 2017, seppur il numero di *migranti sbarcati sulle coste italiane* nel secondo semestre sia diminuito (-34%) a seguito degli accordi con la Libia[6], le persone arrivate via mare sono comunque state circa 120.000,

3. La Grand Chamber della Corte europea dei diritti umani ha stabilito, nel caso Hirsi Jamaa e altri c. Italia (sentenza del 23 febbraio 2012), che il respingimento verso Tripoli dei 24 ricorrenti (appartenenti ad un gruppo di circa 200 persone, molti somali e eritrei come i ricorrenti stessi respinti il 6 maggio 2009) operato dalle navi militari italiane costituisce violazione dell'art. 3 (tortura e trattamento inumano) della Convenzione europea dei diritti umani, perché la Libia non offriva alcuna garanzia di trattamento secondo gli standard internazionali dei richiedenti asilo e dei rifugiati e li esponeva anzi ad un rimpatrio forzato. Inoltre la Corte ha condannato l'Italia per violazione del divieto di espulsioni collettive e per non aver offerto loro alcuna effettiva forma di riparazione per le violazioni subite. Si veda: http://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/Hirsi-Jamaa-e-altri-c-Italia-illegali-i-respingimenti-verso-la-Libia-del-2009/249; A. Di Pascale, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2012.

4. Negli ultimi 4 anni a livello internazionale si è assistito all'acuirsi e cronicizzarsi di molte situazioni di guerra, tanto che si contano attualmente 37 conflitti in atto e 11 situazioni di crisi. Tali scenari di guerra, oltre a causare morte e distruzione, provocano la fuga di un numero tanto maggiore di persone quanto più lungo e cruento diventa il conflitto o quanto più perdurano nel tempo situazioni di insicurezza, violenza e violazione dei diritti umani. Nel corso degli ultimi due decenni, la popolazione globale di persone costrette a fuggire e cresciuta ad un tasso molto elevato, passando dai 33,9 milioni nel 1997 ai 65,9 nel 2016. Questo incremento si e in gran parte concentrato tra il 2012 e il 2015, dovuto soprattutto al conflitto in Siria. Tuttavia, anche altri conflitti hanno contribuito all'aumento del numero totale di persone in fuga nel mondo, in Paesi quali l'Iraq e lo Yemen, cosi come in Stati dell'Africa sub-sahariana, come il Burundi, la Repubblica Centrafricana, la Repubblica democratica del Congo, il Sud Sudan e il Sudan. Negli ultimi anni si e verificato un aumento sostanziale del numero di migranti forzati, passati da circa 1 persona costretta a fuggire su 160 di un decennio fa, ad un rapporto attuale di 1 persona su 113. A livello europeo, seppur la ricaduta sia minima se confrontata ai numeri di rifugiati e richiedenti asilo presenti in altri contesti territoriali quali Turchia, Pakistan e Libano, i richiedenti protezione internazionale sono stati quasi 4.000.000 dal 2014 al 2017. Per un approfondimento si rinvia ai *Rapporti annuali sulla protezione internazionale in Italia* realizzati dal 2014 da Anci, Caritas, Cittalia, Fondazione Migrantes, Servizio centrale dello Sprar in collaborazione con Unhcr (www.cittalia.it/images/file/1%20Rapporto%20protezione%20internazionale%202017.pdf).

5. Nel corso degli ultimi quattro anni, l'assenza di canali di ingresso sicuri e legali, ha spinto in particolare coloro che fuggono dal proprio Paese di origine a percorrere rotte sempre più rischiose verso l'Europa ed in particolare ad utilizzare quelle del Mediterraneo (centrale ed orientale). Nonostante si sia assistito ad una diminuzione significativa di coloro che, nel corso dell'ultimo anno, hanno attraversato irregolarmente le frontiere esterne dell'Europa, ovvero 204.718 a fronte dei 551.000 del 2016 e ancor più del 1.822.33 del 2015, nel 2017 la maggior parte degli arrivi (oltre 119.000 persone sbarcate) si sono concentrati in buona parte nel Mediterraneo centrale seguendo la rotta storica che negli anni passati aveva luoghi di partenza multipli nell'Africa Settentrionale ora concentrati perlopiù in Libia (si veda a tal proposito il rapporto annuale di Frontex, *Risk Analysis for 2018*). A tal proposito è necessario segnalare che seppur gli arrivi via mare in Italia, provenienti principalmente dalla Libia, siano drasticamente diminuiti dal luglio 2017, secondo un nuovo rapporto pubblicato dall'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati (Unhcr), che illustra il cambiamento dei modelli dei flussi, i pericoli che molti affrontano durante il viaggio sono aumentati. In particolare il viaggio verso l'Italia si è dimostrato sempre più pericoloso e il tasso di mortalità tra coloro che partono dalla Libia è stato di 1 decesso ogni 29 persone nel 2017 e di 1 su 14 nei primi mesi del 2018. Si veda: UNHCR, *The Desperate Journeys report*, April 2018; https://data2.unhcr.org/en/documents/download/63039.

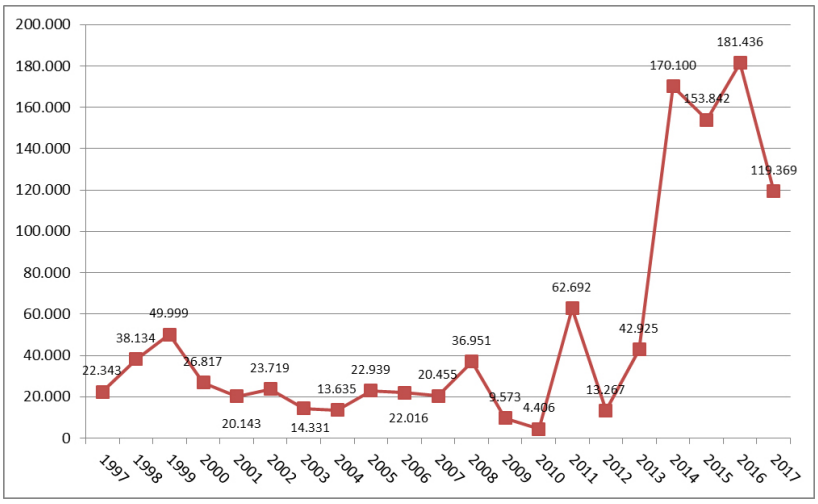
6. L'Italia, dall'inizio del 2016, in "sintonia" all'approccio europeo delineato dall'Agenda per l'immigrazione del 13 maggio 2015, ha avvia-

di cui oltre 15.700 minori stranieri soli (13% del totale).

La partenza delle persone che si sono messe in viaggio lungo la rotta del Mediterraneo centrale e giunte in Italia nel corso dell'ultimo anno è avvenuta quasi esclusivamente dalle coste della Libia e ha coinvolto cittadini sub sahariani, del Corno d'Africa e, seppur in misura inferiore, anche provenienti da Paesi asiatici. Si è trattato soprattutto di uomini, in prevalenza della Nigeria, Guinea, Costa d'Avorio, Bangladesh, Mali, Eritrea, Sudan, Tunisia, Marocco, Senegal. Per la sua collocazione geografica, la Sicilia, come avvenuto anche negli anni precedenti a partire dal 2011, ha rappresentato la regione nella quale è avvenuto il numero maggiore di sbarchi (circa 75.000 pari al 63% del totale). A questa, sono seguite, seppure con numeri di gran lunga inferiori, la Calabria (22.787 migranti sbarcati, pari al 20%), la Campania (6.953, pari al 6%), la Puglia (oltre 4.800, pari al 5%) e la Sardegna e (con 3.151 sbarchi), ove spesso le imbarcazioni vengono "traghettate" verso i porti che in quel momento hanno disponibilità di attracco dalle navi di soccorso che le intercettano in mare.

Seppur la questione legata ai migranti forzati in Italia sia divenuta una costante nel dibattito e nelle politiche pubbliche solo a partire dagli arrivi consistenti del 2011, è utile ricordare che già dagli anni novanta il nostro Paese si è confrontato con un fenomeno complesso e in rapida evoluzione che ne ha condizionato e ridefinito l'immagine, da "Paese di transito" per i rifugiati a "Paese di asilo permanente". Infatti, se in un arco di quasi 40 anni, dal 1952 alla fine degli anni ottanta, i richiedenti asilo in Italia erano stati circa 130.000, perlopiù provenienti da Paesi europei[7], nel decennio successivo le persone che hanno presentato domanda di asilo sono risultate di pari entità (circa 120.000). A partire dai richiedenti provenienti dall'Albania nel 1991 (oltre 21.400 su 28.400 domande complessive), agli 80.000 cd. "sfollati di guerra" provenienti dalla *ex*-Jugoslavia, agli oltre 20.000 iracheni che hanno, tra il '99 e il 2000, inoltrato istanza di protezione[8].

Fig. 1 - Migranti sbarcati sulle coste italiane
Anni 1997-2017



Fonte: elaborazione dell'autore su dati del Ministero Interno.

---

to una politica di dialogo e negoziato con i Paesi africani di origine e transito dei migranti, mirata ad arrestare la cosiddetta migrazione "irregolare" e a ridurre i flussi migratori attraverso la rotta del Mediterraneo centrale. In questa direzione sono stati adottati i provvedimenti relativi ai finanziamenti concessi dal Governo italiano a Mali, Niger, Sudan al fine di aumentare la collaborazione dei due Paesi nel controllo delle loro frontiere e nelle procedure di rimpatrio dei loro cittadini, e il protocollo di intesa Italia-Libia firmato il 2 febbraio 2017 (*Memorandum* d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana). Per un approfondimento si rinvia ai numeri monografici dedicati agli accordi di riammissione e di cooperazione di *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1-2, 3-4, 2016.

7. Si trattava principalmente di persone afferenti a Paesi europei e alcune migliaia di extraeuropei riconosciuti rifugiati in eccezione alla "limitazione geografica" in vigore fino al 31 dicembre 1989 e ritirata in base alle disposizioni del d.lgs. 416/30 dicembre 1989, poi convertito in legge 39/90. La "riserva geografica" inizialmente posta dall'Italia al momento di aderire alla Convenzione, impegnava il nostro Paese all'osservanza dell'atto solo nei confronti degli stranieri provenienti da determinati Paesi.

8. A tal proposito è necessario ricordare che risale al 1° settembre 1997 l'entrata in vigore della Convenzione di Dublino firmata dall'Italia nel 1990 la quale costituisce «una pietra miliare» in quanto stabilisce per la prima volta il principio di responsabilità permanente

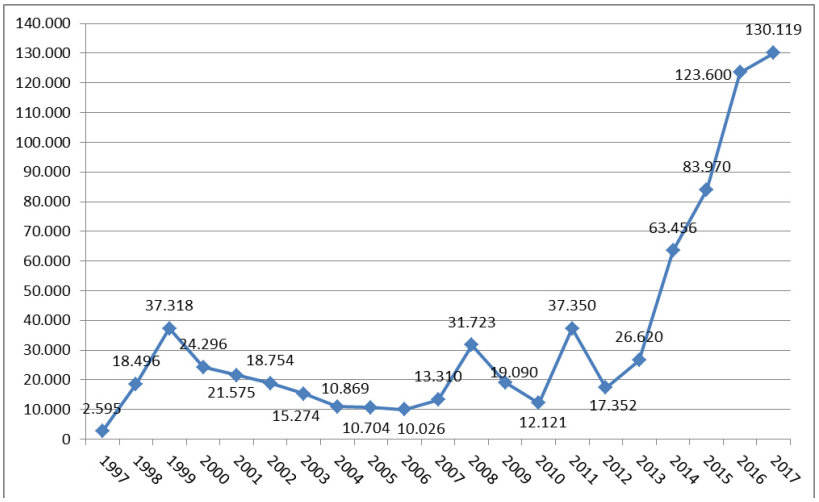
Dal 2001 al 2013, sebbene le domande di asilo nel nostro Paese abbiano registrato cifre modeste (19.000 mediamente all'anno) se comparate con i Paesi del centro e nord Europa[9], si sono però distinte sia per l'elevato numero di Paesi di origine coinvolti, sia per l'eterogeneità dei fattori che sono alla base dei movimenti migratori. In questi anni, agli iracheni, si sono infatti aggiunti gli eritrei, i somali e dal 2008 la composizione per provenienza è andata ulteriormente ampliandosi con coloro che provenivano dall'Afghanistan, Bangladesh, Pakistan, Costa d'Avorio, Nigeria e Ghana.

Ma è partire dal 2014 che si registra, dal punto di vista quantitativo, una vera e propria inversione di tendenza rispetto al passato. Da questo momento, contestualmente all'aumento dei migranti sbarcati in Italia, *incrementa* in maniera esponenziale il *numero dei migranti che presentano la richiesta di protezione internazionale* nel nostro Paese[10]. Ai flussi di richiedenti asilo provenienti dai principali Paesi coinvolti in conflitti armati tra Stati, si affiancano quelli in fuga da instabilità politica, conflitti interni (politico-civili o tra gruppi di appartenenza) o vittime delle conseguenze dei cambiamenti climatici che molto spesso hanno aggravato e acutizzato lo stato di povertà assoluta già presente in molti Paesi.

In questi ultimi 4 anni, i richiedenti provengono nel 20% dei casi dall'Asia (Bangladesh, Afghanistan, Pakistan) ma, come vedremo dettagliatamente, nella maggior parte dei casi da diverse zone del continente africano.

Tra il 2014 e il 2016 il numero di persone che hanno fatto richiesta di protezione internazionale è raddoppiato, passando da poco più di 63.000 a 123.600 e nel corso del 2017 le istanze avanzate sono state oltre 130.000, ovvero il numero più alto registrato in Italia, più del doppio rispetto a quattro anni

Fig. 2 - Domande di protezione internazionale presentate in Italia Anni 1997-2017



Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

del Paese di primo approdo dei migranti, prevedendo, tra le altre cose, all'art. 6 che: «Se il richiedente l'asilo ha varcato irregolarmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da uno Stato non membro delle Comunità europee, la frontiera di uno Stato membro, e se il suo ingresso attraverso detta frontiera può essere provato, l'esame della domanda di asilo è di competenza di quest'ultimo Stato membro».

9. Nell'Unione europea, sia in occasione del picco di domande di asilo raggiunto nel 1992 (672 mila domande nell'Ue-15) in concomitanza con l'arrivo negli Stati membri di numerosi richiedenti asilo provenienti dall'*ex* Jugoslavia, sia nel 2001 (424 mila domande nell'Ue-27), le domande di asilo hanno principalmente riguardato Germania, Francia, Svezia e Inghilterra. Questo tendenza si è mantenuta anche in seguito quando le domande nell'Ue-27 sono scese a poco meno di 200 mila nel 2006 mantenendosi sotto alle 300.000 domande sino al 2012. Mentre dopo il 2012, il numero di richiedenti asilo è cresciuto a un ritmo più sostenuto, con 431 mila domande presentate nel 2013, 627 mila nel 2014, circa 1,3 milioni sia nel 2015 che nel 2016 e il numero di richieste presentate in Italia è andato aumentando raggiungendo percentuali sempre più consistenti rispetto al totale in Ue.

10. Interessante osservare a tal proposito che in questi anni, parallelamente agli sbarchi è cresciuto il numero dei migranti che hanno fatto domanda di protezione internazionale nel nostro Paese, e che attualmente è divenuta ormai la seconda motivazione di ingresso di cittadini non comunitari in Italia dopo i ricongiungimenti familiari. La crescita relativa dei permessi per asilo e protezione umanitaria negli ultimi anni è stata rapidissima: si è passati dal 3,7% del 2007 al 28,2% dei permessi di soggiorno nel 2015 ed in particolare a partire dal 2011 si è registrata una speculare contrazione di quelli per motivi di lavoro (passati dal 59% del 2007 al 9,1 nel 2015). Si veda Istat, *Permessi di soggiorno per asilo politico e protezione umanitaria*, 23 dicembre 2016.

Tab. 1 - Principali nazionalità dei richiedenti asilo
Anni 2010-2017

Anno	1° Paese	2° Paese	3° Paese	4° Paese	5° Paese	Altri Paesi	Totale richiedenti
2010	Ex Jugoslavia	Nigeria	Pakistan	Turchia	Afghanistan	Altri	Totale
	2.249	1.632	1.115	1.020	999	5.106	**12.121**
2011	Nigeria	Tunisia	Ghana	Mali	Costa d'Avorio	Altri	Totale
	7.030	4.805	3.402	2.607	2.095	17.411	**37.350**
2012	Pakistan	Nigeria	Afghanistan	Senegal	Tunisia	Altri	Totale
	2.601	1.613	1.495	939	893	9.811	**17.352**
2013	Pakistan	Nigeria	Somalia	Eritrea	Afghanistan	Altri	Totale
	3.232	3.519	2.774	2.109	2.056	12.930	**26.620**
2014	Nigeria	Mali	Gambia	Pakistan	Senegal	Altri	Totale
	10.040	9.692	8.477	7.064	4.615	23.568	**63.456**
2015	Nigeria	Pakistan	Gambia	Senegal	Bangladesh	Altri	Totale
	18.174	10.403	8.022	6.386	6.056	34.929	**83.970**
2016	Nigeria	Pakistan	Gambia	Senegal	Costa d'Avorio	Altri	Totale
	27.289	13.510	9.040	7.723	7.419	58.619	**123.600**
2017	Nigeria	Bangladesh	Pakistan	Gambia	Senegal	Altri	Totale
	25.964	12.731	9.728	9.085	8.680	63.931	**130.119**

Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

fa e 6 volte in più rispetto al 2013[11].Il percorso di asilo riguarda anche coloro che percorrono vie terrestri o aeree (ad esempio chi proviene dall'Ucraina) ma in modo prevalente i migranti che giungono via mare, infatti nella maggioranza dei casi il richiedente è originario del continente africano (in oltre 7 casi su 10) e di sesso maschile (84%), seppur si sia registrato un sensibile aumento di domande presentate da donne (passando dall'11,5% del 2015 al 16% del 2017). Con riferimento all'età, la fascia prevalente è quella che va dai 18-34 anni (77%) seguita da quella 35-64 anni (11%). Per quanto attiene alla provenienza, nel 2017, i primi cinque Paesi di origine dei richiedenti asilo sono Nigeria (25.964), Bangladesh (12.731), Pakistan (9.728), Gambia (9.085), Senegal (8.680) e Costa d'Avorio (8.374), che nel complesso corrispondono ad oltre il 57% del totale, seguiti da Guinea, Mali, Ghana ed Eritrea. Quasi otto richiedenti su dieci provengono da questi 10 Paesi, rispetto ai quali si aggiunge che, in termini assoluti, si è registrato un incremento nel numero di istanze inoltrate rispetto all'anno precedente, ad eccezione di coloro che giungono da Pakistan (-28%), Eritrea (-27%) e Nigeria (-5%). I Paesi di provenienza che hanno invece subito l'incremento più significativo nel 2017 sono stati il Bangladesh (+87%), la Guinea (+29%) e il Mali (+20%). A questo proposito è inoltre interessante aggiungere che nel corso dell'ultimo anno si è registrato un aumento nel numero di domande da parte di coloro che giungono dalla Siria (+43% tra il 2016 e 2017, da 1.590 a 2.270), dalla Sierra Leone (+80%, da 610 a 1.099), Kosovo, Georgia e Venezuela.

Infine, se, come abbiamo visto, le persone in fuga che nel 2017 hanno complessivamente chiesto asilo in Italia sono risultate il 5,4% in più rispetto al 2016, per quanto riguarda i minori giunti soli in Italia l'aumento è stato del 65% (da 5.930 a 9.782). I *minori stranieri non accompagnati* che nel corso del 2017 hanno presentato domanda di protezione internazionale sono stati 9.782 (pari al 7,5% del totale dei richiedenti), il numero più alto registrato nel corso degli anni. La stragrande maggioranza proviene dal continente africano (86%), è di sesso maschile (93%) e rientra nella fascia d'età 14-17 anni (99%). Il *trend* delle richieste di asilo presentate nel

11. È utile evidenziare che l'andamento registrato nel primo semestre 2017 è stato di forte crescita ma da luglio, parallelamente al brusco rallentamento degli sbarchi, è iniziato il calo delle domande di protezione che hanno portato ad un aumento complessivo a fine anno di lieve entità ovvero pari al +5,4% rispetto al 2016.

periodo 2008-2017 da questo particolare segmento dei flussi migratori alla ricerca di protezione e tutela, mostra nettamente due fasi: la prima, fino al 2013, è caratterizzata da un andamento di crescita costante ed equilibrato con numeri che non superano le 1.000 domande presentate; la seconda vede, a partire dal 2014, un forte e progressivo aumento di richieste fino a raggiungere il valore massimo di quasi 10.000 domande nel 2017. Così come riscontrato nel biennio precedente, nell'ultimo anno preso in esame la nazionalità prevalente dei minori è quella gambiana (21% del totale), seguita a larga distanza da quella nigeriana (12%), bengalese (11%) senegalese e maliana (rispettivamente 8%).

1.1. I migranti che arrivano via mare ma non presentano domanda di protezione internazionale

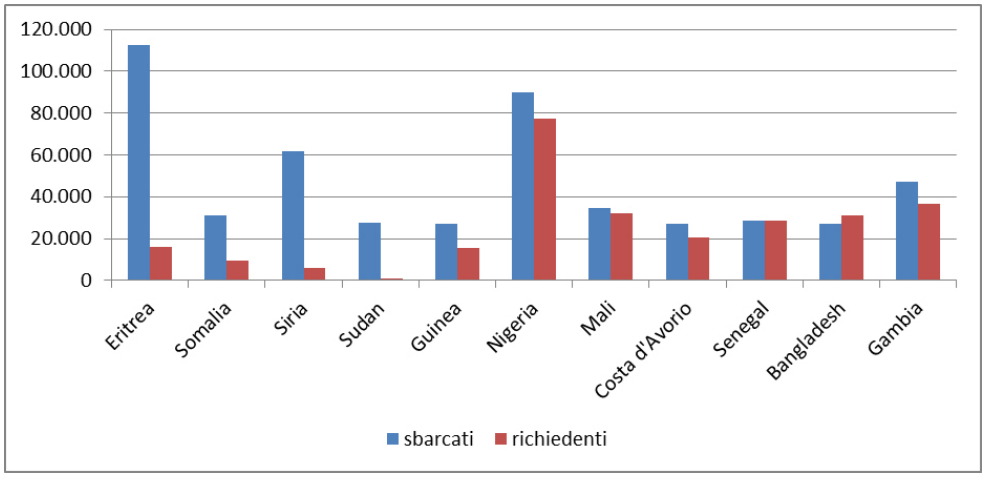
Un aspetto interessante che si ritiene utile evidenziare a completamento della fotografia sin qui ritratta, riguarda un segmento significativo di *"potenziali richiedenti" che non ha presentato la domanda di protezione* una volta sbarcato in Italia. Analizzando congiuntamente i dati relativi al numero di richieste presentate alle Commissioni territoriali e il numero di sbarchi sulle coste italiane nell'arco temporale compreso tra il 1997-2017, si registra infatti un sostanziale sincronismo nell'andamento, ma un decisivo disallineamento tra il numero di coloro che hanno avanzato l'istanza di protezione (728.618) e quanti sono sbarcati (1.069.092). Complessivamente, in questi ultimi 20 anni, solo il 68% delle persone giunte via mare ha presentato domanda di asilo e seppur le attività di fotosegnalamento ed identificazione, in particolare dal 2015, siano risultate relativamente "coerenti" con il numero dei migranti sbarcati, lo "scarto" tra persone giunte via mare e istanze presentate non accenna a cambiare in maniera sostanziale, soprattutto in merito ad alcune nazionalità[12].

Per far luce su tale circostanza è necessario prendere in considerazione il dato relativo agli sbarcati e ai richiedenti in relazione ai rispettivi Paesi di provenienza concentrando la nostra attenzione sugli ultimi sei anni. Se la geografia delle provenienze via mare verso l'Italia appare infatti ben consolidata – e particolarmente connotata da flussi di cittadini africani, assai più che di asiatici –la percentuale delle richieste d'asilo pervenute in questi ultimi anni in Italia sul numero degli sbarcati per nazionalità cambia invece a seconda del Paese di provenienza. Da questo punto di vista il numero di *eritrei* sbarcati sul territorio nazionale dal 2012 al 2017 (113.000), è stato molto superiore al numero di cittadini di tale nazionalità che hanno richiesto protezione in Italia nel medesimo periodo: quasi 16.000 (14%). Così come, a fronte di circa 35.000 *somali* poco più di 9.500 ha avanzato richiesta di protezione internazionale. Ma in particolare le richieste da parte di *siriani* nello stesso arco temporale sono state incredibilmente esigue: anche in questo caso poco più di 5.800, rispetto a un totale di oltre 62.000 giunti in Italia via mare nello stesso lasso di tempo (9%). Similmente, infine, a fronte dei circa 30.000 *sudanesi* "sbarcati" in Italia in poco più di 1.000, ovvero meno del 4%, ha presentato domanda d'asilo.

L'evidenza che emerge dall'analisi di questi dati è che, da un lato, per la quasi totalità degli immi-

12. Con la Circolare n. 41807 del 29 dicembre 2015 il Ministero dell'interno forniva indicazioni circa il monitoraggio dell'attribuzione della qualificazione giuridica ai migranti giunti via mare. Nella Circolare viene spiegato come, alla data del 1 ottobre 2015, l'Italia aveva presentato alla Commissione europea un programma strutturato (*Roadmap* italiana) circa le modalità con le quali, anche in ottemperanza alle indicazioni contenute nell'Agenda europea per la Migrazione, l'Italia si impegnava ad affrontare l'afflusso di migranti sul territorio nazionale. Per questo motivo, si sottolinea nella Circolare, sono state aperti gli *hotspot* in prossimità dei luoghi di sbarco dei migranti. All'interno di queste strutture, prosegue la «con il supporto di rappresentanti delle agenzie europee e delle competenti organizzazioni internazionali, si procede, dopo l'identificazione ed il fotosegnalamento, ad assegnare ai migranti un'appropriata qualificazione giuridica, al fine di avviarli successivamente alle pertinenti strutture di destinazione». Nel caso in cui i migranti vengano invece fatti sbarcare presso porti diversi, in cui non è stato allestito un *hotspot* e quindi non sarebbe possibile attivare la procedura sopra descritta, dovranno essere comunque sottoposti alle attività di identificazione e fotosegnalamento presso le Questure di destinazione (secondo quanto previsto dalla circolare 400/A/l.308/0031828 del 24 settembre 2015 e dalla circolare 400/A/l .308/0028197 del 25 settembre 2014). Per questo motivo la Circolare, anche nell'ottica del monitoraggio dell'effettiva attività di identificazione e di fotosegnalamento operata in Italia, dispone che le Questure interessate o destinatarie di migranti provenienti da uno sbarco, comunichino al Servizio immigrazione della Direzione centrale il numero dei migranti loro assegnati e successivamente al Servizio immigrazione, entro il termine di 72 ore, l'avvenuto fotosegnalamento e «*la definizione giuridica attribuita ad ognuno dei migranti provenienti dalle località di sbarco giunti nella rispettiva provincia a seguito dei piani di riparto*». A tal proposito si vedano inoltre «*Standard Operating Procedures (Sop) applicabili agli hotspots italiani*» redatte dal Ministero dell'interno nel 2016. Sulle criticità e l'assenza di una sufficiente copertura normativa del sistema hotspot, per ragioni di spazio e pertinenza si rimanda alla folta letteratura di riferimento, in questa sede ci si limita a segnalare il rapporto europeo della Commissione Juri del Parlamento europeo, *On the frontline: the hotspot approach to managing migration*, , maggio 2016. (www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556942/IPOL_STU%282016%29556942_EN.pdf) e la *Relazione di minoranza sull'approccio hotspot nell'ambito del sistema di identificazione ed accoglienza*, della Commissione parlamentare d'inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione nonché sulle condizioni di trattamento dei migranti e sulle risorse pubbliche impiegate, presentata dal deputato Erasmo Palazzotto.

Fig. 3 - Confronto tra domande di protezione internazionale presentate alle Commissioni territoriali e sbarcati per le principali nazionalità Anni 2012-2017



Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

grati siriani o del Corno d'Africa – dall'Eritrea, dalla Somalia, al Sudan – il nostro Paese è il primo approdo verso una migrazione finale in altri Paesi europei, mentre, dall'altro lato, risulta diverso l'orientamento dei cittadini degli Stati dell'Africa centro-occidentale (Nigeria, Gambia, Mali, Senegal, ecc.), i quali, quasi nella totalità dei casi fanno richiesta d'asilo in Italia una volta arrivati. Ciò sembra valere anche per molte persone provenienti da Ghana, Costa d'Avorio, Guinea, rispetto alle quali il rapporto tra "sbarcati" e richiedenti asilo è molto vicino alla parità[13].

Tutto questo ci porta a fare una prima considerazione di merito, ovvero che il dibattito in corso, che vede nel divario tra sbarcati e domande di asilo una ragione per sostenere che vi sia mediamente una consistente percentuale di "non aventi diritto" alla richiesta di protezione internazionale, sia lontano dalla realtà. Come dimostrato dai dati riportati sopra, seppur i tassi di presentazione della domanda di alcune nazionalità che entrano in misura massiccia via mare (non potendo giungere in altro modo per cercare di raggiungere subito altre mete europee d'asilo), siano mediamente intorno all'8% (e tra i sudanesi, come tra i siriani, non superiori al 5%) sono proprio questi ovvero gli eritrei, i siriani, i somali e sudanesi che hanno – come ci dimostrano i dati europei nonché quelli che analizzeremo di seguito relativi agli esiti – generalmente maggiori "credenziali" di riconoscimento di protezione internazionale.

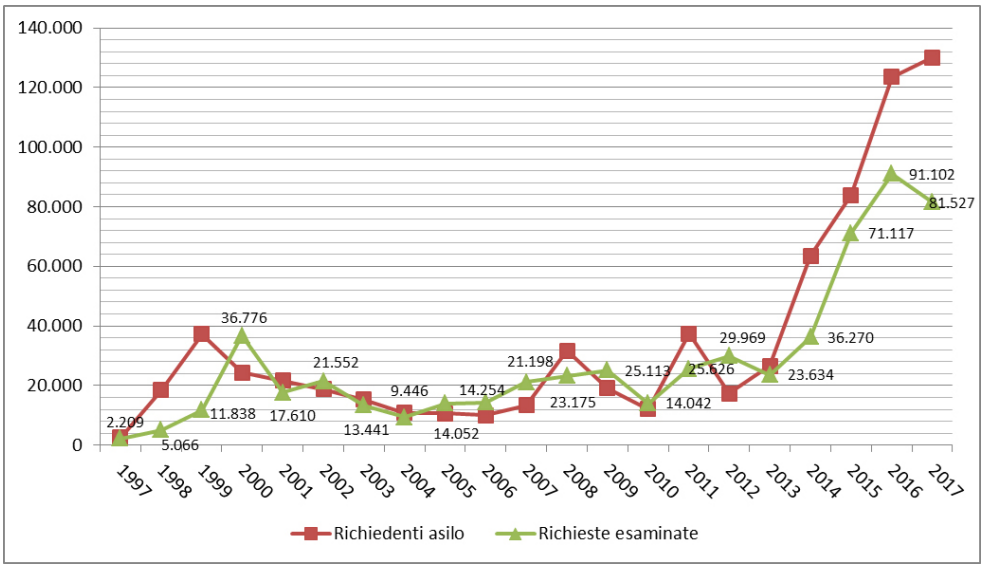
2. Gli esiti delle domande di protezione internazionale ed i procedimenti amministrativi pendenti

L'analisi diacronica relativa agli esiti delle domande esaminate dalle Commissioni territoriali mette in luce diversi aspetti rilevanti. Il primo dal quale partire riguarda *l'incremento dei provvedimenti amministrativi adottati*, aumentati, nel susseguirsi degli anni, in maniera significativa e seguendo lo stesso andamento del numero delle istanze presentate. Per 12 anni, dal 1999 al 2010, le richieste di asilo esaminate mediamente all'anno sono state 18.000, giunte a 25mila nel triennio 2011-2013, per poi incrementare notevolmente dal 2014 al 2016, passando da 36mila a 90mila decisioni (+151%). Mentre nel corso dell'ultimo anno, seppur i provvedimenti adottati siano stati oltre 81.000 si è, contrariamente al passato, registrata una flessione delle decisioni assunte (-10,5% rispetto al 2016)[14].

13. A. Menonna, *Differenti approcci alla richiesta di asilo in Italia per principali nazionalità allo sbarco*, Ismu, gennaio 2017.

14. A tal proposito è interessante anticipare che l'attività delle Commissioni territoriali nei primi mesi quattro mesi del 2018 ha registrato un incremento significativo del +21% se raffrontato al numero dei procedimenti amministrativi definiti nello stesso periodo, ovvero 28.981 rispetto a 23.985 del 2017.

Fig. 4 - Domande di protezione internazionale presentate e richieste esaminate Anni 1997-2017



Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

Il secondo aspetto, assai più rilevante, sul quale ci si vuole soffermare riguarda la *natura delle decisioni*. In primo luogo, a partire dalle *decisioni di non riconoscimento*, dal 97 al 2002, i dinieghi "secchi" sfioravano il 74%, mentre dall'entrata in vigore della legge n. 189 del 2002[15], l'analisi temporale dell'ultimo quindicennio ci permette di constatare che prima del 2015 la percentuale dei dinieghi era intorno al 30-40% (con un picco minore del 17% nel 2012 quando è stata proposta la protezione umanitaria per oltre 15.000 persone a seguito dei provvedimenti assunti nell'ambito della cd. Emergenza nord Africa)[16] e che solo per due annualità (2009 e 2011) gli esiti di non riconoscimento avevano superato il 40%. A partire dal 2015, quando per la prima volta oltre 1 domanda su 2 di quelle esaminate è stata rigettata dalla competente Commissione territoriale, i dinieghi, al netto dei rigetti per irreperibilità, sono aumentati diventando la maggioranza degli esiti ed in particolare, nell'ultimo biennio (2016-2017), quasi 6 domande esaminate su 10 hanno ricevuto un esito negativo. Infatti nel corso del 2017 gli esiti nega-

15. Con la legge 189, nel settembre del 2002 è stato approvato un corposo intervento legislativo in modifica della previgente normativa in materia d'immigrazione, contenente al suo interno disposizioni attinenti il diritto di asilo (procedura e accoglienza). Quanto all'aspetto procedurale, l'art. 1 *quater* ha istituito le Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e ne ha determinato la composizione, il funzionamento e le modalità di esame. Da quel momento, la Commissione nazionale non è più quindi preposta, come in precedenza, all'esame delle domande, bensì svolge una funzione di indirizzo e coordinamento delle diverse Commissioni territoriali, nonché di formazione e aggiornamento dei suoi componenti, di raccolta di dati statistici oltre che poteri decisionali in tema di revoche e cessazione dello *status* concessi (art. 1-*quinquies* dl 416/1989, introdotto dalla legge 189). Quanto alle decisioni adottabili dalle Commissioni, vi è la possibilità di valutare l'esistenza delle condizioni per il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5 comma 6 d.lgs 286/98. Inoltre la legge 189/2002 prevede che i servizi di assistenza e di protezione dei richiedenti asilo e dei rifugiati siano svolti principalmente dagli enti locali, disciplinando all'art. 32 un sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (Sprar) che permetta agli enti locali di accogliere nell'àmbito dei servizi di accoglienza da essi apprestati i richiedenti asilo privi di mezzi di sussistenza, prevedendo (forme di sostegno finanziario apprestate dal Ministero dell'interno e poste a carico di un fondo *ad hoc* (Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo) istituito dal successivo articolo 1-*septies* e prevedendo l'attivazione (ad opera del Ministero dell'interno) e l'affidamento, mediante convenzione, all'Anci di un servizio centrale di informazione, promozione, consulenza, monitoraggio e supporto tecnico agli enti locali che prestano i servizi di accoglienza (commi 4-6).

16. A causa del conflitto nel territorio libico e dell'evoluzione degli assetti politico-sociali nei Paesi della fascia del Maghreb e in Egitto si è accentuato nei primi mesi del 2011 lo sbarco in Italia di persone alla ricerca di protezione e a seguito di ciò il 12 febbraio 2011 è stato dichiarato lo stato di emergenza umanitaria nel territorio nazionale e successivamente è stato rilasciato un permesso temporaneo di soggiorno, avvalendosi dell'articolo 20 del Tui-immigrazione, ai profughi e migranti arrivati dal 1° gennaio al 5 aprile 2011 dai Paesi del Nord Africa e richiesto l'intervento del Sistema nazionale di protezione civile per pianificare e gestirne l'accoglienza (Opcm n. 3933 del 13 aprile 2011). Si vedano inoltre la Comunicazione 28 ottobre 2012 e le circolari del Ministero interno n. 5426 del 30 ottobre 2012 e n. 400 del 31 ottobre 2012.

Tab. 2 - Domande presentate, esaminate e dinieghi
Anni 1997-2017

Anno	Domande presentate (a)	Domande esaminate (b)	Dinieghi complessivi (c=d+e)		Dinieghi secchi (d)		Dinieghi per irreperibilità (e)	
	Nr.	Nr.	Nr.	V.p. (c/b)	Nr.	V.p. (d/b)	Nr.	V.p. (e/b)
1997	2.595	2.209	1.707	**77,3**	1.707	77,3	0	0,0
1998	18.496	5.066	3.523	**69,5**	3.523	69,5	0	0,0
1999	37.318	11.838	9.489	**80,2**	9.489	80,2	0	0,0
2000	24.296	36.776	32.799	**89,2**	32.785	89,1	14	0,0
2001	21.575	17.610	12.880	**73,1**	9.258	52,6	3.622	20,6
2002	18.754	21.552	18.605	**86,3**	5.515	25,6	13.090	60,7
2003	15.274	13.441	10.130	**75,4**	2.943	21,9	7.187	53,5
2004	10.869	9.446	5.268	**55,8**	2.958	31,3	2.310	24,5
2005	10.704	14.052	8.520	**60,6**	5.378	38,3	3.142	22,4
2006	10.026	14.254	7.701	**54,0**	4.419	31,0	3.282	23,0
2007	13.310	21.198	9.094	**42,9**	5.056	23,9	4.038	19,0
2008	31.723	23.175	10.136	**43,7**	9.219	39,8	917	4,0
2009	19.090	25.113	12.860	**51,2**	11.193	44,6	1.667	6,6
2010	12.121	14.042	5.218	**37,2**	4.698	33,5	520	3,7
2011	37.350	25.626	13.470	**52,6**	11.131	43,4	2.339	9,1
2012	17.352	29.969	6.455	**21,5**	5.259	17,5	1.196	4,0
2013	26.620	23.634	9.175	**38,8**	6.765	28,6	2.410	10,2
2014	63.456	36.270	14.217	**39,2**	13.122	36,2	1.095	3,0
2015	83.970	71.117	41.503	**58,4**	37.400	52,6	4.103	5,8
2016	123.600	91.102	54.254	**59,6**	51.170	56,2	3.084	3,4
2017	130.119	81.527	46.992	**57,6**	42.700	52,4	4.292	5,3

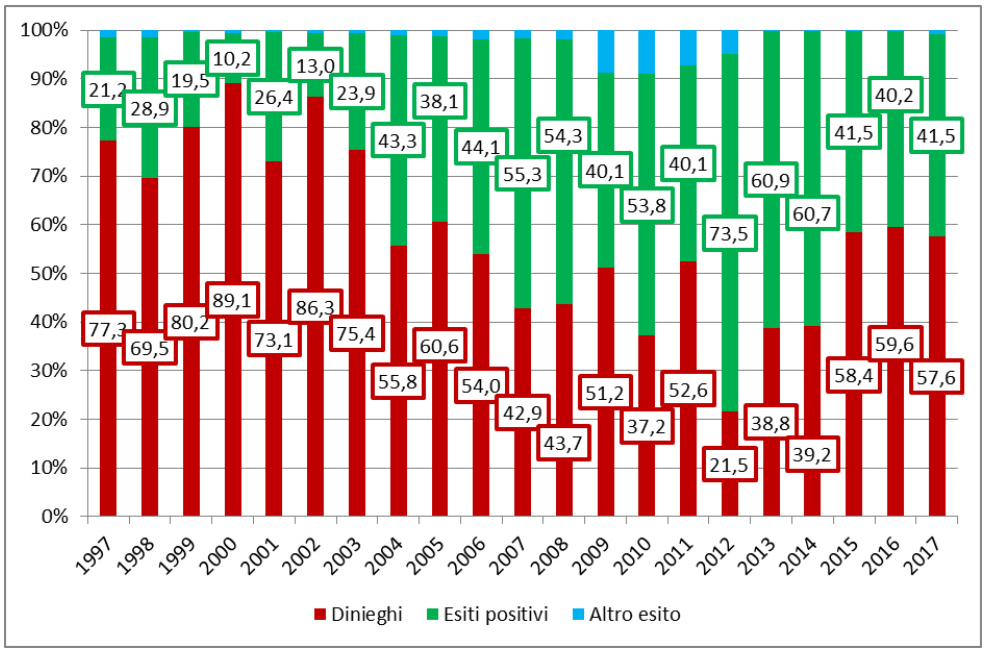
Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

tivi hanno riguardato i due terzi delle istanze prese in esame: per quasi 47.000 persone le Commissioni territoriali hanno ritenuto non sussistessero i requisiti per riconoscere una qualche forma di protezione. In secondo luogo, a completamento della questione relativa ai dinieghi, è interessante osservare che sino al 2003 i rigetti per irreperibilità hanno riguardato un segmento significativo di persone raggiungendo punte del 61% delle decisioni assunte (2002). Un fenomeno che inizia a registrarsi dal 2001 e ha riguardato in particolare persone provenienti dall'Iraq, la Turchia (prevalentemente kurdi) e dall'*ex* Jugoslavia. Dal 2004, momento nel quale il sistema nazionale di accoglienza si definisce ulteriormente a seguito dell'adozione del d.lgs 140/2005,[17] i rigetti per irreperibilità si riducono della metà e sino al 2007 sono stati mediamente il 22%. Ma l'inversione di tendenza si avrà a partire dal 2008, contestualmente con lo strutturarsi della procedura in materia di asilo (con l'entrata in vigore del d.lgs n. 251/2007-decreto qualifiche e del d.lgs n. 25/2008 -decreto procedure) e a seguito dell'adozione dei provvedimenti finalizzati all'ampliamento dei posti nell'ambito del sistema di accoglienza[18], quando il numero dei di-

17. Con il d.lgs 30 maggio 2005, n. 140, *Attuazione della direttiva 2003/9/Ce che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, si prevede che l'accoglienza dei richiedenti asilo privi di mezzi di sussistenza sia disposta preferibilmente presso i servizi attivati dagli Enti locali e, in caso di indisponibilità, nei Centri di identificazione o nei Centri di accoglienza allestiti ai sensi della legge 563/1995 (legge Puglia). Agli interessati è rilasciato il permesso di soggiorno e qualora dopo sei mesi non sia stata adottata la decisione sulla domanda di asilo, il permesso di soggiorno era rinnovato per sei mesi e consentiva di svolgere attività lavorativa.

18. Nel corso del 2008 ai 2.541 posti di accoglienza messi a disposizione dagli Enti locali afferenti alla rete Sprar con le risorse del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (Fnpsa), vennero aggiunti 1.847 posti di accoglienza con risorse straordinarie del Ministero dell'interno, sia come ampliamento di progetti già finanziati che di progetti ammessi *ex novo* alla rete. Inoltre, con decreto del presidente del Consiglio dei ministri del 25 luglio 2008, lo stato di emergenza decretato per fronteggiare l'eccezionale afflusso di cittadini non comunitari giunti irregolarmente in Italia, ed inizialmente previsto solo per Sicilia, Calabria e Puglia (decreto PCM14/02/2008) fu esteso a tutto

Fig. 5 - Esiti delle decisioni sulle richieste di protezione internazionale in Italia Anni 1997-2017



Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

nieghi per irreperibilità è sceso decisamente, non oltrepassando mai, nell'ultimo decennio, la soglia del 10%.

Pertanto, come mostrato nella figura sotto, i dinieghi nel loro complesso (non riconosciuti e rigetti per irreperibilità), hanno registrato un andamento altalenante, riguardando oltre la metà delle decisioni assunte sino al 2006, per poi scendere mediamente al 40% tra il 2007 e 2014, e ritornando a circa il 60% negli ultimi 3 anni.

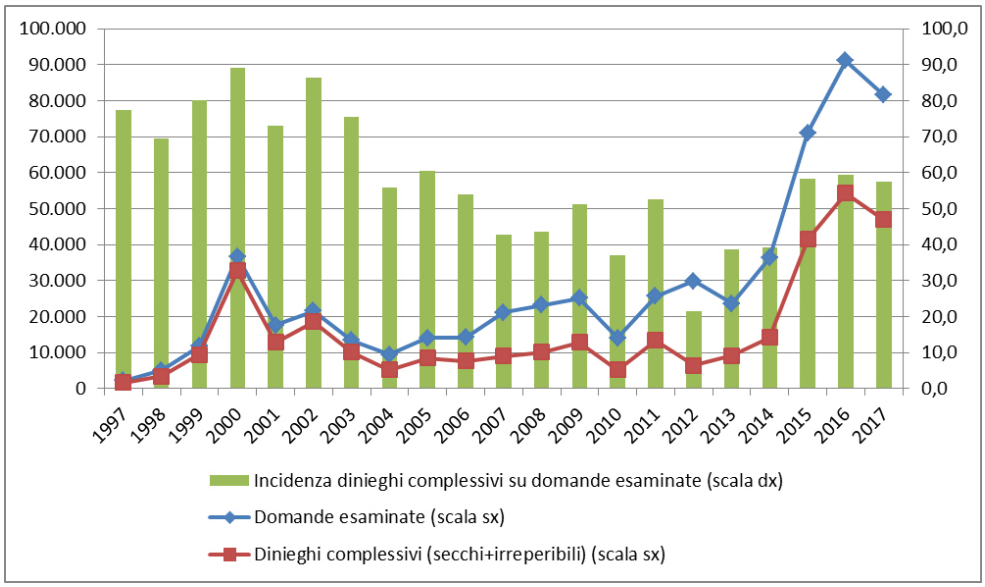
Ciò che l'analisi temporale ci permette, infine, di aggiungere a proposito dell'andamento dei dinieghi, è che nei periodi in cui vi è stato un forte incremento sia sul fronte delle domande di protezione presentate che esaminate, contestualmente o nell'anno seguente, si è anche registrata una variazione in crescita dei non riconoscimenti. In particolare, questa tendenza si è mantenuta costante nell'ultimo triennio, ove a fronte di un aumento di richieste è diminuita la proporzione di coloro che si sono visti riconosciuta una qualche forma di protezione (*status* rifugiato, sussidiaria o umanitaria). Così come, dal grafico sottostante è possibile notare, che l'incidenza dei dinieghi rispetto alle domande esaminate ha subito una inversione di tendenza soprattutto a partire dal 2012, tornando ai valori registrati nel 2005.

Contestualmente, *l'analisi sugli esiti positivi*, evidenzia un andamento assai irregolare e significativamente condizionato, dagli interventi normativi intercorsi negli anni. Per tale ragione suddivideremo l'osservazione e l'analisi, soffermandoci su due fasi. Prima del 2007, il quadro di riferimento sul diritto di asilo prevedeva, da parte delle Commissioni preposte, il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra e la possibilità di valutare l'esistenza delle condizioni per il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari (ai sensi dell'art. 5 comma 6 d.lgs 286/98) qualora ricorressero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»[19]. In questa prima fase, tra il 99 e 2002, lo *status* di rifugiato

il territorio nazionale e vennero potenziate le strutture governative di prima accoglienza finanziate con fondi straordinari. Infine, con ordinanza 3703 del presidente del Consiglio del 12 settembre 2008 fu data la possibilità al capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno di adottare tutti gli interventi necessari all'allestimento, all'ampliamento della disponibilità ricettiva di tali centri, anche attraverso la collaborazione dei Prefetti territorialmente competenti. Si veda www.sprar.it/wp-content/uploads/2016/06/Documenti/Quaderni_servizio_centrale/Rapporto_annuale_SPRAR_Anno_2008-2009.pdf.

19. La Commissione territoriale può trasmettere gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5 co. 6 del Tu immigrazione il quale prevede che «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di

Fig. 6 - Decisioni di non riconoscimento della protezione internazionale (dinieghi) sulle domande esaminate Anni 1997-2017



Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

viene riconosciuto a circa il 60% delle persone, *ex* jugoslavi, congolesi, kurdi e russi, alle quali è accordata una forma di protezione. Mentre dal 2003 al 2007, nella maggior parte dei casi, le Commissioni territoriali raccomandano alle Questure il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari (a somali, eritrei, *ex* jugoslavi, romeni, nigeriani ecc). Nella seconda fase, ovvero a partire dal 2008[20], a seguito delle novità introdotte dal *Decreto Qualifiche*, che introduce la previsione della forma di protezione sussidiaria[21], le decisioni positive si articolano ulteriormente segnando andamenti altalenanti. Nel biennio 2008-2009, la maggior parte degli esiti positivi ha proprio riguardato il riconoscimento della protezione sussidiaria a favore di cittadini provenienti dalla Somalia e dall'Eritrea, un quinto lo *status* di rifugiato (prevalentemente a somali ed afghani) e quasi un terzo dei casi la protezione umanitaria (a nigeriani, ivoriani, *ex* jugoslavi, ghanesi e afghani).

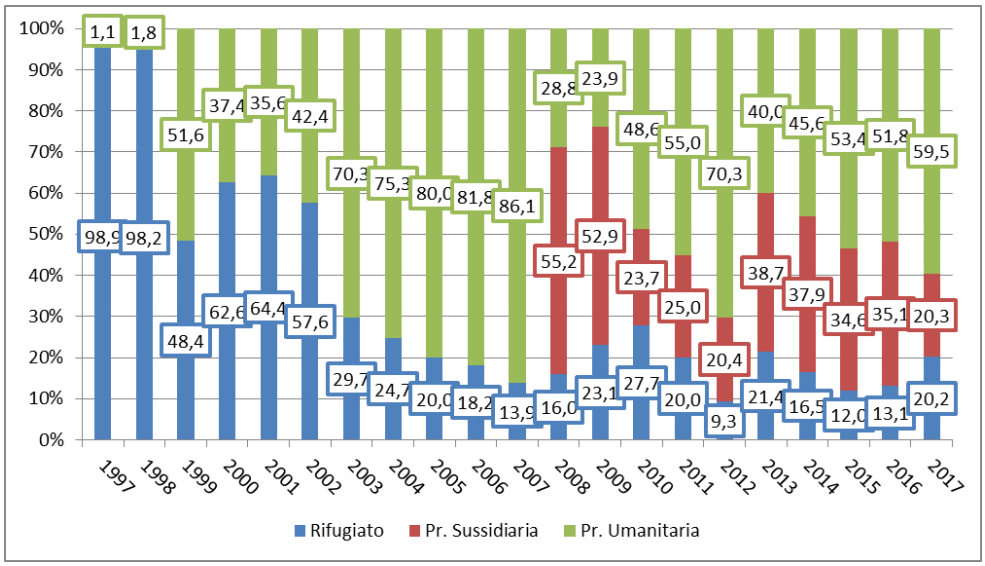
In seguito, si è assistito ad un forte incremento delle decisioni che contemplano da parte delle Commissioni la proposta di rilascio di un permesso per motivi umanitari ed in particolare nel 2012, a seguito dei

convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello stato italiano».

20. In quel periodo la conformazione del diritto di asilo si completa con il recepimento di due importantissime direttive dell'Unione europea che cambiano radicalmente il quadro normativo interno in materia di asilo, ovvero la Direttiva del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/83/Ce recante norme minime sull'attribuzione della qualifica di rifugiato e di protezione sussidiaria, e la Direttiva del Consiglio 1 dicembre 2005, 2005/85/Ce recante norme minime sulle procedure applicate ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, recepite rispettivamente con il d.lgs n. 251/07 e con il d.lgs n. 25/08. In particolare con il decreto qualifiche la dicitura "domanda di asilo" viene sostituita con "domanda di protezione internazionale", ovvero di una istanza di protezione diretta ad ottenere lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria e in base all'art. 2, co. 1 lett. g del d.lgs 251/07, è persona ammissibile alla protezione sussidiaria colui per i quale non ci sono i requisiti per essere riconosciuto rifugiato ma sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine correrebbe un rischio effettivo di subire un danno grave. Sono considerati danni gravi (art. 14 d.lgs 251/07): a) La condanna a morte o all'esecuzione; b) La tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; c) La minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

21. Riconosciuta a quel «cittadino di un Paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel suo Paese di origine, o nel caso di apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno».

Fig. 7 - Decisioni positive delle richieste di protezione internazionale in Italia Anni 1997-2017



Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

provvedimenti adottati in merito alla cd "Emergenza Nord Africa", ha riguardato oltre il 70% delle decisioni positive. In questo stesso periodo, il riconoscimento dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria ha toccato il valore minimo (rispettivamente il 9,3% e il 20,4%), mentre l'anno successivo vi è stata una significativa flessione dell'umanitaria (giunta al 40%) a favore del riconoscimento della protezione internazionale (*status* rifugiato 21,4% e sussidiaria 38,7%).

Infine, dal 2014, nel nostro Paese le proposte di protezione umanitaria aumentano nuovamente raggiungendo nel 2017 il 59,5% degli esiti positivi, a fronte di coloro a cui è stato riconosciuto lo status di rifugiato (20,2%) o la protezione sussidiaria (20,3%). In termini assoluti, su circa 81.500 mila domande esaminate, per circa 34.000 è stata riconosciuta una qualche forma di protezione (6.827 *status* di rifugiato, 6.880 protezioni sussidiarie, 20.166 protezioni umanitarie) e per la prima volta, il numero degli *status* di rifugiato riconosciuti praticamente equivale a quello delle protezioni sussidiarie. Infine, per ciò che attiene ai minori non accompagnati, nel 2017 sono state esaminate oltre 6.200 domande di asilo presentate da minori non accompagnati: a 4.405 minori è stata proposta la protezione umanitaria (71% dei casi), mentre hanno ricevuto esito negativo circa il 20% delle domande, valore molto inferiore rispetto alla media generale (58%). Il 79% dei minori soli aveva 18 anni o più al momento in cui ha ricevuto la decisione dalla Commissione, dunque giovani che hanno ottenuto uno status in età adulta a fronte di una domanda presentata da minorenni.

2.1. Gli esiti delle domande di protezione internazionale per nazionalità, genere ed età

L'analisi degli esiti per nazionalità di origine dei migranti che chiedono asilo e protezione, mostrano a loro volta aspetti interessanti. Da uno sguardo complessivo agli esiti per area geografica si rileva innanzitutto che i richiedenti africani, dal 2010 al 2017, sono stati "diniegati" in oltre la metà dei casi ma, negli ultimi tre anni, la percentuale è andata aumentando raggiungendo il 65%. In oltre il 23% dei casi ricevono protezione umanitaria, mentre residuale risulta il riconoscimento dello *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria. Per quelli di origine europea e americana prevale la protezione umanitaria e secondariamente, meno di un terzo, il respingimento della domanda. Mentre i richiedenti di origine asiatica, se sino a tre anni fa vedevano negata la propria domanda solo nel 30% dei casi, recentemente la metà ricevono il diniego e tra i riconosciuti la maggior parte riceve una protezione sussidiaria.

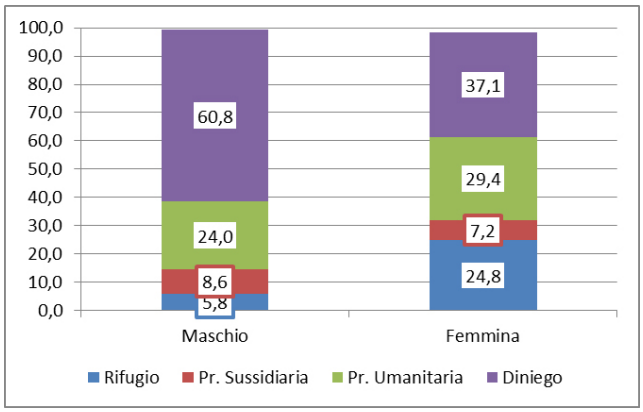
Soffermandoci ora sulle nazionalità prevalenti per richieste di asilo negli ultimi sette anni, possiamo osservare che per quanto riguarda i cittadini nigeriani richiedenti protezione, a parte il 2012, anno nel quale sono stati nel 76% dei casi esaminati destinatari di provvedimenti finalizzati al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, dal 2010 al 2017 mediamente 7 su 10 ha ricevuto un diniego. Stessa sorte, per coloro che giungono dal Pakistan, ai quali solo nella metà dei casi è stata riconosciuta una qualche forma di protezione, ed in particolare umanitaria e protezione sussidiaria,

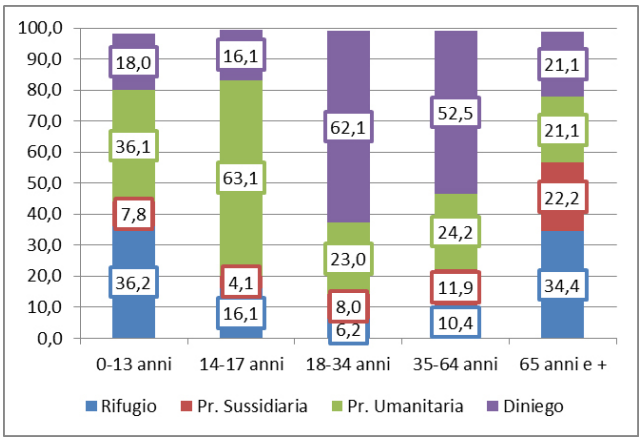
Tab. 3 - Esiti per principali nazionalità
Anni 2010-2017

Anno	Principali Paesi	% Rifugiato	% Prot. Suss	% Umanitaria	% Diniego
2010	Nigeria	1,0	1,5	13,9	74,9
	Ex Jugoslavia	2,0	2,2	72,9	15,7
	Pakistan	5,6	24,1	16,6	43,1
	Afghanistan	24,0	60,9	2,9	5,7
2011	Tunisia	0,3	0,4	5,9	80,6
	Nigeria	1,1	1,5	23,0	66,5
	Pakistan	5,1	19,3	25,8	44,2
	Ghana	0,7	1,0	17,9	76,8
2012	Nigeria	1,3	2,3	76,0	18,4
	Ghana	0,6	0,9	89,0	8,2
	Mali	1,4	78,5	9,8	9,5
	Pakistan	6,5	7,5	38,9	43,4
2013	Nigeria	2,1	6,6	31,5	59,5
	Pakistan	9,4	15,0	21,9	52,9
	Afghanistan	16,2	66,7	7,9	9,2
	Mali	0,7	60,7	26,6	12,0
2014	Nigeria	2,5	14,6	28,6	54,1
	Pakistan	8,5	22,3	22,8	46,2
	Mali	0,8	7,4	43,3	48,5
	Gambia	3,6	3,0	31,1	62,3
2015	Nigeria	2,7	7,5	19,6	70,2
	Gambia	2,9	2,2	29,3	65,6
	Mali	0,7	8,5	22,6	68,2
	Pakistan	5,5	21,6	17,2	55,6
2016	Nigeria	2,8	5,1	17,5	74,5
	Pakistan	4,0	19,0	14,4	62,3
	Gambia	2,6	2,8	27,7	66,9
	Mali	0,9	22,0	23,3	53,8
2017	Nigeria	4,7	1,8	19,9	73,5
	Pakistan	3,8	11,4	16,8	67,5
	Gambia	2,1	0,9	38,0	59,0
	Bangladesh	1,4	0,3	31,0	67,1

Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

Fig. 8 - Esiti delle richieste per genere e fasce di età dei richiedenti asilo
Anno 2017





Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

rispettivamente nel 20% delle decisioni, e lo *status* di rifugiato nell'8% dei casi. Per ciò che riguarda i maliani, le decisioni si sono differenziate a seconda del periodo considerato: nel biennio 2012-2013 a 7 su 10 è stata riconosciuta la protezione sussidiaria, mentre negli anni a seguire oltre la metà sono stati "diniegati" e per coloro ai quali è stata riconosciuta una qualche forma di protezione si è trattato, in misura sempre maggiore, di umanitaria. Situazione simile ma seppur con qualche variante per le persone giunte dal Ghana, rispetto alle quali nel 2011 è stato adottato prevalentemente un provvedimento di diniego (nel 77% dei casi) e riconosciuta l'umanitaria in misura residuale (18%), mentre al contrario, nel 2012, questa forma di protezione ha riguardato 9 ghanesi su 10. Le decisioni relative ai gambiani, che dal 2014 rientrano tra le principali nazionalità per numero di domande, risultano negative nel 61% dei casi esaminati, per un terzo l'umanitaria e in misura residuale sussidiaria e *status* di rifugiato (rispettivamente il 3% in media negli ultimi quattro anni). Discorso completamente inverso per gli afghani, ai quali sia nel 2000 che nel 2013, è stata riconosciuta la protezione internazionale a 8 persone su 10, con una prevalenza della forma sussidiaria (64%), ma anche lo *status* di rifugiato (20%). Soffermandoci sulle decisioni adottate nel corso dell'ultimo anno, è interessante evidenziare che i migranti provenienti da Siria, Iraq, Afghanistan, Somalia, Sudan, El Salvador ed Ucraina sono tra coloro a cui viene maggiormente riconosciuta dal nostro Paese una qualche forma di protezione ed in particolare lo *status* di rifugiato a quasi tutti i siriani, la protezione sussidiaria ad afghani, iracheni, sudanesi e somali e l'umanitaria, relativamente ai Paesi di provenienza sopra richiamati, ad ucraini e salvadoriani.

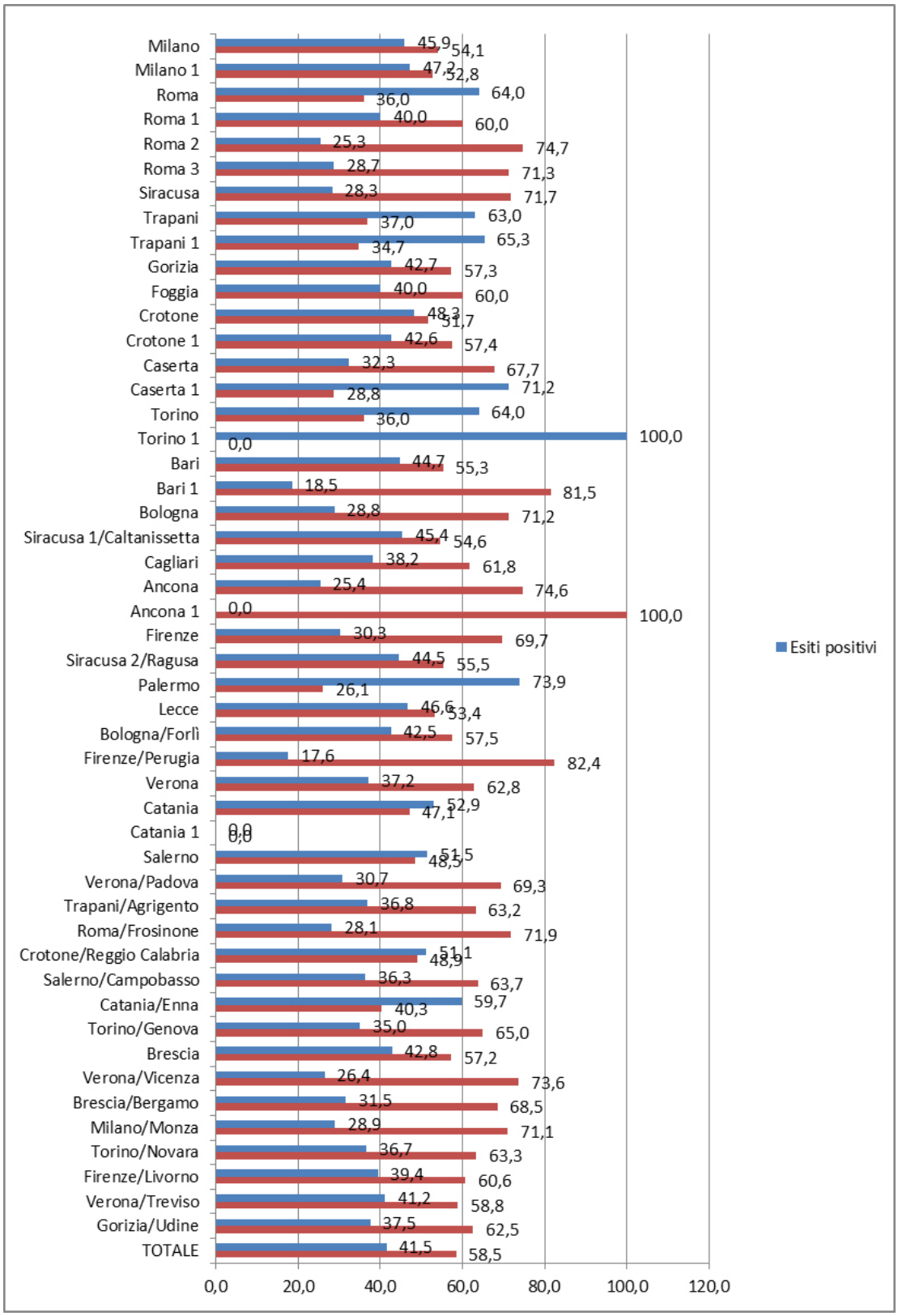
Di converso, molto elevate le percentuali di non riconoscimento per chi proviene dal Bangladesh (67%) e da altri Paesi rilevanti per numero di richiedenti asilo, ovvero Pakistan (67,5%), Senegal (71%), Nigeria (73,5%) e Gambia (59%).

Interessante rilevare che il 61% dei maschi è raggiunto da un provvedimento di non riconoscimento, il 24% dalla protezione umanitaria, un 9% dalla sussidiaria e a meno del 6% è riconosciuto lo *status* di rifugiato. Per le decisioni prese nel 2017 relative al contingente femminile, il diniego ha riguardato il 37% delle donne, la protezione umanitaria il 29%, ad un 25% è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato e al 7% la sussidiaria. Infine, anche dall'incrocio delle fasce di età con gli esiti, osserviamo differenze significative: ai minori sotto i 13 anni, in 7 casi su 10, è in pari misura riconosciuto lo status di rifugiato (36,2%) e la protezione umanitaria (36,1%), mentre quelli dai 14 ai 17 anni, risultano destinatari di un provvedimento relativo alla protezione umanitaria in oltre 6 casi su 10, ai quali va sommato un 16% di coloro che sono rifugiati. Così come per gli ultrasessantacinquenni, per i quali in oltre la metà dei casi vi è stato un riconoscimento della protezione internazionale (55,6%) e il 20% di umanitaria. Al contrario, è invece ciò che osserviamo nei confronti delle fasce di età centrali: la maggior parte dei giovani/adulti (18-34 anni) e quasi la metà degli adulti (35-64) sono destinatari di un provvedimento di diniego e preponderante, nei casi di esiti positivi, risulta la protezione umanitaria.

2.2. Gli esiti delle domande di protezione internazionale per Commissioni territoriali ed i procedimenti amministrativi ancora pendenti

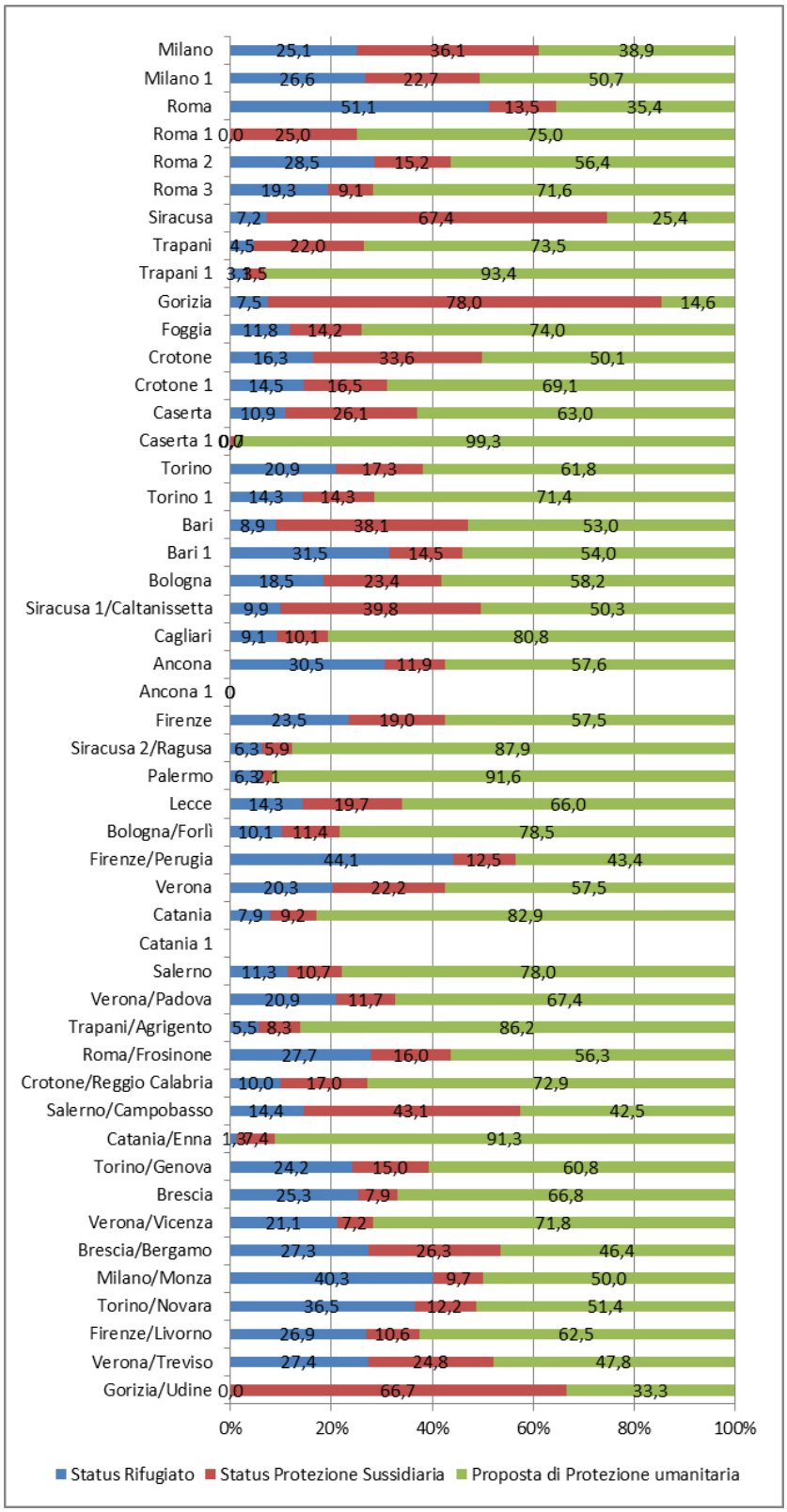
Nel 2017, come abbiamo visto, le domande esaminate dalle 49 Commissioni territoriali e sezioni in

Fig. 9 - Decisioni sulle domande di protezione internazionale esaminate per Commissione territoriale Anno 2017



Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

Fig. 10 - Esiti positivi per Commissione territoriale
Anno 2017



Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

sede distaccata sono state oltre 81.000. Tra quelle che hanno esaminato più di 3.000 domande nel corso dell'anno, al primo posto risulta la Territoriale di Roma e le sue tre sezioni, che hanno vagliato 8.305 istanze pari al 10% del totale nazionale. Milano e la relativa sezione ne hanno prese in esame 5.347, e a seguire Crotone e Crotone 1 (4.629), Bari (3.939), Ancona (3.973) e Bologna (oltre 3.227); tra i 2500 e i 3mila casi esaminati Torino, Cagliari, Foggia e Gorizia (per il dettaglio si veda la tab. 5).

Analizzando i dati sugli esiti delle domande di protezione disaggregati per Commissione territoriale (e sezioni distaccate) relativi al 2017 emerge un quadro estremamente eterogeneo. Innanzitutto, le Commissioni che hanno emesso parere positivo riconoscendo almeno una forma di protezione internazionale (status di rifugiato, protezione sussidiaria o permesso di soggiorno per motivi umanitari) in misura nettamente superiore rispetto alla media nazionale (pari a 41,5%) sono state Palermo (73,9% di esiti positivi), Caserta 1 (71,2%), Roma (64%), Trapani e Trapani1 (rispettivamente 63 e 65%), Torino (64%), Catania (53%), Crotone/Reggio Calabria e Salerno (51%).

Di converso, relativamente ai dinieghi, si riscontrano i più alti tassi di non riconoscimento presso le Commissioni territoriali di Firenze/Perugia (82,4%), Bari1 (85%), Ancona (75%), Verona/Vicenza (73,6%), Roma/Frosinone (72%), Milano/Monza (71%), Siracusa (72%)Bologna (71%), Firenze (70%), Caserta (68%),contro una media nazionale pari a circa 6 domande respinte su 10.

Scendendo nel dettaglio delle decisioni positive, si rileva che le Commissioni territoriali che hanno conferito in misura maggiore lo *status* di rifugiato sono Roma (51% sul totale degli esiti positivi), Milano/Monza (40,3%), Torino/Novara (36,5%), Bari 1 (31,5%), Ancona (30,5%), Roma 2 (28,5), Brescia/Bergamo (27,3%). La protezione sussidiaria è stata invece in prevalenza riconosciuta dalle Commissioni di Gorizia (78%), Gorizia/Udine (67%), Siracusa (67%), Salerno/Campobasso (43%), Siracusa 1/Caltanissetta (40%), Bari (38%) e Milano (36%). Il permesso per motivi umanitari, infine, è stato proposto con maggior frequenza dalle Commissioni territoriali di Caserta 1 (99%), Palermo (92%), Trapani 1 (93%), Siracusa/Ragusa (88%), Trapani/Agrigento (86%), Catania (83%), Bologna/Forlì (78,5%) e Roma 1 (75%).

Un ultimo dato interessante relativo alle Commissioni territoriali riguarda le richieste pendenti che al 15 dicembre 2017 risultavano essere 148.311. Le domande di protezione ancora da istruire per le quali non è stata definita la data della convocazione ammontano 101.947 (ovvero il 69% sul totale), mentre quelle per le quali la data di convocazione è stata definita ma che risultano da notificare sono 6.824 (4,6%). E ancora, l'incidenza delle convocazioni notificate (comprendenti i richiedenti già auditi e coloro che devono ancora esserlo) è del 13% (19.415) e le evidenze Dublino in attesa di decisione sono oltre 10.000.

Per quanto riguarda il carico di procedimenti ancora pendenti, a livello territoriale, i numeri più significativi riguardano la Commissione di Milano (9,3% sul totale nazionale), Bologna (7,3%), Torino (7%), Salerno (7%), Torino/Genova (6%) e Firenze (5%).

3. I procedimenti amministrativi e giudiziari relativi ai richiedenti asilo ricorrenti: tempi ed esiti

Per tentare di completare la fotografia di questo lungo viaggio lungo la dorsale del sistema asilo ci soffermeremo, in questo paragrafo conclusivo, sulle tempistiche e sugli esiti dei procedimenti amministrativi e giudiziari, riportando i risultati di una prima indagine nazionale, realizzata nell'ambito del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati. Questa ricerca, esplorativa ma al contempo unica, riguarda i casi chiusi almeno in primo grado a fine 2016, relativi a oltre 5.000 beneficiari dello Sprar che hanno presentato ricorso contro la decisione della Commissione territoriale ed esaminati dai Tribunali, dalle Corti d'appello e in Cassazione[22]. La finalità era quella di ricostruire la tempistica dei procedimenti con l'obiettivo di rilevarne le eventuali criticità e, conseguentemente, valutarne l'incidenza sull'allungamento dei tempi di accoglienza dei richiedenti protezione, ma le informazioni emerse riteniamo possano essere utili a gettare un cono di luce sui procedimenti afferenti i richiedenti protezione in Italia.

Innanzitutto, in merito ai tempi ed esiti relativi alla richiesta di protezione internazionale, secondo i dati raccolti, la domanda di protezione internazionale (compilazione del Modello C3) viene presentata in media 85,9 giorni (quasi 3 mesi) dopo l'ingresso in Italia. L'audizione da parte della Commissione territoriale o della sezione distaccata avviene in media 252,7 giorni (pari ad oltre 8 mesi) dopo la presenta-

22. Le informazioni raccolte riguardano 5.416 richiedenti protezione internazionale ricorrenti accolti in 233 progetti dislocati in tutta Italia (ad eccezione di Valle d'Aosta e Trentino-Alto Adige). La maggioranza dei beneficiari ricorrenti è di sesso maschile (95,6%), ha tra i 21 e i 30 anni (62,6%) e proviene da Nigeria (21,1%), Gambia (18,5%) e Mali (17,7%). Inoltre, il 97,5% è ancora in una struttura di accoglienza al momento dell'indagine, mentre il restante 2,5% ha terminato il percorso o ha abbandonato il progetto.

Tab. 4 - Domande esaminate e procedimenti pendenti per Commissione territoriale Anno 2017

Commissioni territoriali e Sezioni in sede distaccata	Esaminati nell'anno 2017	Totale procedimenti pendenti alla data del 15.12.2017
Milano	3.120	13.899
Milano 1	2.227	279
Roma	5.136	5.741
Roma 1	20	19
Roma 2	1.429	1.315
Roma 3	1.720	873
Siracusa	1.967	392
Trapani	1.120	606
Trapani 1	692	334
Gorizia	2.845	4.671
Foggia	2.566	1.304
Crotone	2.863	1.209
Crotone 1	1.766	669
Caserta	1.754	6.236
Caserta 1	838	619
Torino	2.877	9.821
Torino 1	7	0
Bari	2.449	1.730
Bari 1	1.490	16
Bologna	3.237	10.907
Siracusa 1/Caltanissetta	355	730
Cagliari	2.874	4.709
Ancona	3.973	5.454
Ancona 1	1	0
Firenze	2.030	7.644
Siracusa 2/Ragusa	575	522
Palermo	1.431	1.283
Lecce	1.975	3.981
Bologna/Forlì	2.436	2.079
Firenze/Perugia	1.548	1.519
Verona	2.323	4.799
Catania	2.140	1.854
Catania 1	0	0
Salerno	1.718	10.109
Verona/Padova	2.521	3.411
Trapani/Agrigento	296	1083
Roma/Frosinone	910	3502
Crotone/Reggio Calabria	1.288	2.838
Salerno/Campobasso	1.530	1.961
Catania/Enna	385	638
Torino/Genova	1.521	8.820
Brescia	2.091	3.217
Verona/Vicenza	1.583	1.552
Brescia/Bergamo	977	2610
Milano/Monza	1.251	4.685
Torino/Novara	1.503	2.228
Firenze/Livorno	1.097	1.823
Verona/Treviso	1.056	3.024
Gorizia/Udine	16	1596
TOTALE	**81.527**	**148.311**

Fonte: elaborazione dell'autore su dati della Commissione nazionale per il diritto di asilo

Tab. 5 - Sintesi ricerca Cittalia/Servizio Centrale SPRAR su tempi ed esiti dei procedimenti amministrativi e giudiziari Anno 2017

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO	
Presentazione della domanda di protezione internazionale da ingresso in Italia	media giorni 85,9
Audizione da prima richiesta	media gg 252,7
Notifica esito da audizione	media gg 64,0
Notifica esito da richiesta	media gg 307,2

PROCEDIMENTO GIUDIZIARIO	
PRIMO GRADO	
Presentazione ricorso da esito domanda	media gg 24,1
Fissazione udienza da presentazione ricorso	media gg 85,7
Udienza da fissazione udienza	media gg 138,1
Udienza da presentazione ricorso	media gg 172,4
Decisione da udienza	media gg 100,5
Decisione da presentazione ricorso	media gg 290,9
In attesa	49,5%
Esiti	
Accolto	49,8%
Respinto	50,2%
Sospensiva	
Richiesta accoglimento sospensiva	69,6%
Accoglimento sospensiva	43,0%
SECONDO GRADO	
Presentazione ricorso da esito primo grado	media gg 29,6
Udienza da presentazione ricorso	media gg 135,0
Decisione da udienza	media gg 207,5
Decisione da presentazione ricorso	media gg 343,9
In attesa	59,6%
Esiti	
Accolto	69,6%
Respinto	30,4%
TERZO GRADO	
Presentazione ricorso da esito appello	media gg 222,5
Decisione Cassazione da presentazione ricorso	media gg 464,5
Decisione Cassazione da esito appello	media gg 687,0

Fonte: Cittalia-Servizio Centrale dello Sprar

zione della domanda e la notifica dell'esito della richiesta di protezione internazionale 64 giorni dopo l'audizione. Complessivamente, il tempo intercorrente tra il momento della richiesta e la notifica dell'esito risulta quasi di 1 anno (307 giorni).

I casi analizzati, come anticipato, riguardano 5.416 beneficiari del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati i quali hanno impugnato prevalentemente decisioni di diniego delle Commissioni (nell'84,4% dei casi), ma vi sono anche coloro che ricorrono contro un provvedimento nel quale è stata riconosciuta la protezione umanitaria (12,3%) o quella sussidiaria (2,1%).

Relativamente alla tempistica dei procedimenti giudiziari, nell'ambito dei 4.966 ricorrenti in primo grado analizzati, la presentazione del ricorso avviene in media 24,1 giorni dopo la notifica dell'esito. Dal momento della presentazione del ricorso in primo grado, il ricorrente attende 85,7 giorni (quasi 3 mesi) per la fissazione dell'udienza presso il Tribunale com-

petente. Una volta fissata l'udienza, il ricorrente protezione internazionale deve aspettare in media 138,1 giorni (circa 4,6 mesi) per lo svolgimento della stessa (attesa che sale a 172,4 giorni dalla presentazione del ricorso). Una volta svolta l'udienza (o le udienze nel caso di rinvii), il ricorrente deve aspettare in media 100,5 giorni (3 mesi e mezzo circa), per conoscere l'esito della decisione, tempi che si dilatano a 290,9 giorni (quasi 10 mesi) dalla presentazione del ricorso. Di tutti i ricorrenti in primo grado, il 49,5% ha ancora il procedimento in corso, mentre per coloro che hanno già ricevuto l'esito del ricorso, la proporzione di ricorsi accolti e respinti si bilancia, coprendo rispettivamente il 49,8% e il 50,2%.

Rispetto, invece, al secondo grado di giudizio il tempo medio di presentazione dell'impugnazione è di 29,6 giorni, mentre la prima udienza avviene 135 giorni dopo la presentazione del ricorso, pari a 4,5 mesi contro i 2,9 registrati per l'udienza in primo grado. Tale differenza trova spiegazione nella diversa struttura dei due giudizi: in primo grado è determinata dalla scelta del giudice, in secondo grado dal rito prescelto[23]. La decisione in merito al giudizio d'appello viene notificata in media 207,5 giorni (6,9 mesi) dopo l'udienza, due volte il tempo che il ricorrente ha dovuto attendere la notifica per il primo grado (3,4 mesi). Sebbene il 59,6% dei ricorsi presentati in Corte d'appello siano ancora in attesa dell'esito definitivo, per quelli conclusi è interessante evidenziare che sono stati accolti in 7 casi su 10.

In merito, infine, ai pochissimi casi giunti in Cassazione analizzati nel corso della ricerca, si evidenzia che la presentazione del ricorso avviene oltre 222,5 giorni dopo la sentenza di secondo grado. A questi si aggiungono altri 15 mesi e mezzo per giungere alla sentenza in Cassazione, raggiungendo in tal modo quasi 2 anni dalla decisione presa in Corte d'appello.

A conclusione di questa analisi, tenendo conto delle risultanze e delle considerazioni tratte dai dati presentati nelle pagine precedenti, si ritiene di poter avanzare una riflessione di merito, sugli esiti dell'intero percorso di riconoscimento della protezione. Partendo dai risultati della ricerca sopra riportati si evince che (sommando i tassi di accoglimento delle Commissioni e quelli delle Corti) una grande maggioranza delle domande venga, all'esito dei giudizi, accolta in percentuale superiore al 70%.

Va considerato però che la stima prospettata poco sopra è stata calcolata prendendo a riferimento un campione di ricorrenti che attiene ad un segmento di richiedenti afferenti al Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (Sprar) ove la presa in carico e la tutela legale dei beneficiari è assai più "rigorosa" e codificata rispetto a coloro che sono accolti nei circuiti dell'accoglienza straordinaria. Per tale ragione, a completamento del tema presentato, si ritiene utile avvalersi dei dati elaborati dall'Ufficio Statistico del Consiglio superiore della magistratura[24]. Se sul fronte della durata dei procedimenti relativi al 2016 non si rilevano scostamenti dai dati rilevati con l'indagine presentata sin qui (mediamente di 278 gg in tribunale secondo i dati del Csm rispetto ai 290 gg rilevati dalla ricerca sui ricorrenti dello Sprar e 381 gg in Corte d'appello rispetto ai 344 gg), per quanto riguarda l'esito dei procedimenti definiti nel 2016 (considerando i soli procedimenti registrati con il codice oggetto specifico 110032 - Impugnazione *ex* art. 35 d.lgs 25/2008), il tasso di accoglimento (totale o parziale) in primo grado è stato del 35% e in secondo grado del 26%.

Questi dati, raccolti invece in maniera strutturata e puntuale solo a partire dal 2017 dal Ministero della giustizia, vengono parzialmente confermati: per quanto riguarda le Corti d'appello i provvedimenti di accoglimento sono stati il 24% dei procedimenti definiti, mentre presso i Tribunali i provvedimenti di accoglimento sono risultati a fine anno il 39%[25] (si vedano i dati specificatamente riportati nella tabella 6).

Pertanto, ripetendo l'esercizio proposto sopra, sommando agli esiti positivi delle Commissioni territoriali i tassi di accoglimento risultanti dalla rilevazione statistica del Ministero della giustizia relativi al 2017, si può facilmente giungere a stabilire che in definitiva sono 73 su 100 le persone alle quali viene riconosciuta una qualche forma di protezione al termine dei procedimenti giudiziari (42 dalle Commissioni e 31 accolti dalle Corti). Prendendo in esame, infatti, le 100 domande di protezione internazionale presentate ed esaminate dalle competenti Commissioni territoriali nel corso del 2017 e calcolando sulle 58 respinte

23. È infatti necessario considerare che si tratta di riti processuali diversi: in primo grado è un ricorso con fissazione dell'udienza da parte del giudice, in secondo grado è atto di citazione con fissazione della prima udienza che non può essere inferiore a 90 gg.

24. Consiglio superiore della magistratura, *Procedimenti relativi alla protezione internazionale*, www.csm.it//documents/21768/137951/Analisi+dei+flussi+in+materia+di+protezione+internazionale/072ff6df-3d2c-0440-97b7-348b823e5f48. A tal proposito è necessario osservare che solo dagli inizi del 2016 è stato introdotto nel sistema informativo degli uffici giudiziari per la gestione dei procedimenti civili – Sicid - il nuovo codice oggetto per la corretta registrazione e individuazione dei procedimenti «Impugnazione *ex* art. 35 d.lgs 25/2008 (codice 110032)». Fino all'introduzione di tale codice gli uffici hanno utilizzato codici oggetto differenti, presumibilmente quelli in materia di stato della persona e relativi ai diritti della personalità.

25. Dati forniti dal Ministero della giustizia (*Datawarehouse* della giustizia civile).

Tab. 6 - Esito dei procedimenti in materia di impugnazione *ex* art. 35 d.lgs 25/2008 definiti in primo grado nei Tribunali ordinari Anno 2017 *

Tribunale Ordinario	Rigetto	Accoglimento parziale/totale	Altrimenti definiti	Totale definiti	% accoglimenti parziali e totali sul totale definiti
Ancona	972	772	125	1.869	41%
Bari	2.006	1.447	140	3.593	40%
Bologna	1.332	742	90	2.164	34%
Brescia	1.463	286	128	1.877	15%
Cagliari	1.581	456	71	2.108	22%
Caltanissetta	662	579	64	1.305	44%
Campobasso	96	420	18	534	79%
Catania	419	174	28	621	28%
Catanzaro	338	53	47	438	12%
Firenze	286	630	37	953	66%
Genova	349	605	12	966	63%
L'aquila	345	548	22	915	60%
Lecce	246	121	19	386	31%
Messina	3	7	10	20	35%
Milano	1.948	722	108	2.778	26%
Napoli	1.436	1.919	253	3.608	53%
Palermo	907	1.382	194	2.483	56%
Perugia	93	62	14	169	37%
Potenza	348	15	7	370	4%
Reggio Calabria	35	15	18	68	22%
Roma	985	1.611	318	2.914	55%
Salerno	231	234	80	545	43%
Torino	1.093	259	54	1.406	18%
Trento	46	70	7	123	57%
Trieste	501	305	97	903	34%
Venezia	1.693	448	210	2.351	19%
Totale complessivo	**19.414**	**13.882**	**2.171**	**35.467**	**39%**

Fonte: elaborazione dell'autore su dati del Datawarehouse della Giustizia civile – Ministero della giustizia

* Sono qui conteggiate le cause definite senza sentenza escluse le interruzioni, le sospensioni e i mutamenti di rito e sono individuate unicamente le sedi competenti nella materia.

che vengono accolti 23 ricorsi in primo grado (applicando il tasso di accoglimento 39% presso i Tribunali) e altri 8 (applicando il 24% sui 35 non accolti in primo grado) in secondo grado, si giunge a 73 sommando a questi le 42 riconosciute dalle Commissioni. Pur riducendo i valori in considerazione del fatto che è la grandissima maggioranza ma non la totalità dei richiedenti a impugnare i dinieghi e appellare le decisioni dei Tribunali, la percentuale finale potrebbe ridursi ma mai scendere al di sotto del 65-66% di riconoscimento di protezione all'esito dei giudizi.

Anche se per il futuro non è prevedibile in quale misura l'abolizione dell'appello produrrà una perdita di accoglimenti ed in che misura gli accoglimenti (con rinvio) dei ricorsi per Cassazione assorbirà la perdita di garanzie. È noto infatti che, a seguito della conversione in legge del dl. 13/2017 (legge 46/2017) il legislatore abbia infatti optato per un unico grado di merito eliminando la possibilità di presentare reclamo in Corte d'Appello. Tutto questo come sottolineato dal Csm «in un sistema dove le ipotesi di unico grado di giudizio sono del tutto residuali essendo previsto un gravame per la maggioranza delle controversie civili anche in giudizi di ridotto valore patrimoniale ed extrapatrimoniale, il legislatore ha ritenuto di perseguire le dichiarate finalità acceleratorie [...] attraverso l'eliminazione di un grado di giudizio proprio in materia di diritti fondamentali della persona»[26].

26. Consiglio superiore della magistratura, *Parere, ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/58 sullo testo del decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 10 febbraio 2017, concernente: Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, Delibera del 15 marzo 2017; www.csm.it/documents/21768/92150/Delibera+15+marzo+2017/345ebfb6-32c5-24d0-b53e-8c2735cc943c.

Lo *status* di rifugiato e l'identità politica dell'accoglienza

di *Stefano Celentano*

Il concetto di dignità della persona, e l'elaborazione sociopolitica dello spessore dei suoi diritti fondamentali si misurano anche sul grado di protezione che i singoli contesti nazionali intendono accordare a quegli individui stranieri che, in determinati momenti e contesti storici, per cause oggettive o soggettive, si trovano in condizioni di grave pregiudizio se non in pericolo di vita. L'identità politica di un ordinamento nazionale si misura anche dalle modalità con cui, quale strumento deputato anche al dialogo internazionale, intende porsi come soggetto garante dei diritti fondamentali delle persone che transitano sul suo territorio, e che, per necessità evidenti, debbano esservi accolte e protette. L'elaborazione culturale del concetto di rifugiato, prende le mosse dalla Convenzione di Ginevra, ne supera la cornice storica, e si modella sulla base delle dinamiche sociopolitiche delle comunità nazionali in uno alla elaborazione internazionale dei diritti della persona. La definizione giuridica di "rifugiato" presenta margini di interpretazione che si ampliano o si restringono a seconda delle condizioni politiche e delle pratiche di riconoscimento sociale, e per evitare che l'eccesso di discrezionalità nazionale si traduca in una discriminazione nel riconoscimento dei diritti della persona, occorrerebbe non superare la prospettiva secondo la quale il "rifugiato" esisterebbe come una categoria sociologica direttamente prodotta dai trattamenti, istituzioni e pratiche della persecuzione o dell'oppressione che costringono gli esseri umani alla fuga.

1. Genesi storica ed evoluzione del concetto di "rifugiato". L'attuale quadro normativo

La definizione di rifugiato, e l'identità storico-politica del relativo concetto, prendono le mosse dalla Convenzione di Ginevra del 1951, dal protocollo relativo allo *status* di rifugiato, sottoscritto a New York il 31.1.1967 (reso esecutivo in Italia con la Legge 14 febbraio 1970 n. 95), documenti che ancora oggi rappresentano i soli strumenti internazionale a carattere universale che la contengono.

L'esigenza storico-sociale posta a base della Convenzione di Ginevra era rappresentata dalla volontà di attribuire una condizione giuridica più stabile a quegli stranieri o apolidi, sfollati o fuggitivi perché temevano di rientrare in patria dopo gli svolgimenti politici, etnici e territoriali successivi alla Seconda guerra mondiale, e nel clima della Guerra fredda; tale considerazione rende evidente come, nel tempo, la definizione di rifugiato, offerta alla comunità internazionale per le esigenze rappresentate, si sia poi arricchita ed evoluta, in termini qualitativi e quantitativi, dai fenomeni storici e migratori delle epoche successive. Ed infatti, il testo originario contenuto nella Convenzione di Ginevra fu integrato dapprima con il Protocollo di New York del 1967, e poi, per via giurisprudenziale, da interpretazioni sempre più estensive della nozione di rifugiato da parte dei numerosi stati firmatari e delle relative Corti nazionali, per giungere necessariamente ad essere superato nella sua formulazione originaria e definitivamente privato di ogni interpretazione restrittiva.

L'originaria definizione, contenuta all'art. 1 lett. A comma 2 della Convenzione, prevedeva che fosse considerato rifugiato «*colui che, a seguito di avvenimenti verificatisi anteriormente al 1 gennaio 1951, temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni po-*

litiche, si trova al di fuori del paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo paese, ovvero che, non avendo la cittadinanza e trovandosi al di fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra[1]*»*. Con la sottoscrizione del protocollo di New York del 1967, la riserva temporale – «avvenimenti verificatisi anteriormente al 1 gennaio 1951» – è stata definitivamente accantonata, con la conseguenza che gli Stati contraenti o aderenti alla Convenzione si sono impegnati al rispetto dei relativi obblighi anche per eventi successivi e futuri, che fossero ascrivibili nella clausola di inclusione prevista dalla Convenzione[2].

Venendo al contenuto della previsione della Convenzione, va preliminarmente chiarito che essa non contiene norme di carattere procedurale circa l'ammissione al territorio del richiedente o la procedura di esame della domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ma impone il divieto di respingere il rifugiato verso i luoghi in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate o poste comunque in pericolo: l'art. 33 disciplina infatti il principio di non respingimento, un principio di portata generale che trova la sua applicazione sia nelle ipotesi di espulsione e/o respingimento tecnicamente intese, sia in qualsiasi altra forma di allontanamento forzato verso un territorio non protetto, ipotesi tra le quali vanno annoverate le misure di estradizione o di trasferimento informale del soggetto[3].

Conseguentemente, eventuali violazioni di tale principio generale si configurano anche nel caso di non ammissione alla frontiera ed in ogni altra condotta, materiale o giuridica, che rischi di rinviare un rifugiato verso luoghi non sicuri, sia qualora venga rinviato verso il paese di origine, sia qualora venga rinviato verso altri Stati ove abbia comunque motivo di temere minacce per la propria vita o libertà per uno o più motivi contemplati dalla norma, o dal quale rischi di essere ulteriormente rinviato verso simili pericoli.

Dunque, può affermarsi che il richiedente lo *status* di rifugiato abbia un diritto soggettivo perfetto all'ingresso sul territorio dello Stato di accoglienza, quantomeno al fine di far esaminare ed accertare la sua situazione personale dalla competente autorità; per tale motivo, è evidente che il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha natura meramente dichiarativa e non costitutiva della relativa condizione: l'obbligo di protezione del richiedente sorge nel momento in cui la sua condizione personale soddisfa i requisiti previsti dall'art. 1 lett. A) della Convenzione, indipendentemente dall'intervenuto o meno riconoscimento formale dello *status* da parte dello Stato di protezione[4]. Sul punto, una recente pronuncia della Corte di cassazione, nel ribadire il pieno diritto di accesso alla procedura di asilo da parte del soggetto bisognoso della protezione internazionale, ha affermato che le autorità hanno l'obbligo tassativo di astenersi dall'assumere provvedimenti di espulsione o respingimento che possano impedire la definizione del procedimento di asilo, affermando che «*dal predetto quadro normativo emerge incontestabilmente che il cittadino extracomunitario giunto in condizioni di clandestinità sul territorio nazionale e come tale suscettibile di espulsione* ex *art. 13 comma 2 Tu 286/98 abbia il diritto di presentare istanza di protezione internazionale e che l'Amministrazione abbia il dovere di riceverla (inoltrandola al Questore per le determi-*

1. La lett. B del citato articolo specifica che «*per avvenimenti verificatisi anteriormente al 1 gennaio 1951 possano intendersi gli avvenimenti verificatisi anteriormente al 1 gennaio 1951 in Europa, oppure gli avvenimenti verificatisi anteriormente al 1 gennaio 1951 in Europa o altrove, opzione che ciascuno degli Stati contraenti ha potuto scegliere al momento della firma, della ratifica o dell'adesione alla Convenzione*».

2. La limitazione geografica (art. 1, lett. B) è stata poi rimossa in Italia, con la Legge 28.2.1990 n. 39, e permane soltanto per un numero limitatissimo di Stati contraenti: Brasile, Paraguay e Turchia.

3. Il principio subisce delle deroghe nelle ipotesi di cui agli artt. 32 e 33, comma 2, che consentono l'espulsione del rifugiato «*per ragioni di sicurezza nazionale e ordine*» e qualora «*per motivi seri, egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede o costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di questo Paese*».

4. La natura dichiarativa dello *status* di rifugiato è stata univocamente chiarita dalla sentenza 17 Dicembre 1999 n. 907 delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che hanno affermato. «*La qualifica di rifugiato politico ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 costituisce, come quella di avente diritto all'asilo (dalla quale si distingue perché richiede, quale fattore determinante, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito non richiesto dall'art. 10, comma 3, Cost.) una figura giuridica riconducibile alla categoria dello "*status*" e dei diritti soggettivi, con la conseguenza che tutti i provvedimenti assunti dai competenti organi in materia hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva, e le controversie riguardanti il riconoscimento della posizione di rifugiato (così come quelle sul riconoscimento del diritto all'asilo) rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, una volta definitivamente abrogato dall'art. 46 L. 40/98, l'art. 5 dl n. 416/89, convertito con modificazioni dalla L. 39/90 (abrogazione confermata dall'art. 47 del Tu d.lgs 286/98) che attribuiva al giudice amministrativo la competenza per l'impugnazione del provvedimento di diniego dello* status *di rifugiato*» (cfr. anche Cass. 5055/2002 , 8423/2004, 11441/2004, 27319/2008).

nazioni di sua competenza) astenendosi da alcuna forma di respingimento e da alcuna misura di espulsione che impedisca il corso e la definizione della richiesta dell'interessato innanzi alle Commissioni designate ed in ossequio al dettato di legge».

L'evoluzione sociopolitica del fenomeno delle migrazioni e del riconoscimento delle differenti forme di protezione internazionale, nel passato più recente, prende le mosse da un programma politico elaborato dal Consiglio europeo a Tampere nell'ottobre del 1999, programma finalizzato alla creazione di un regime comune di asilo; il programma prevedeva una prima fase, che avrebbe avuto termine nel 2005, tesa alla armonizzazione dei quadri giuridici degli Stati membri in materia di asilo con l'adozione di *standards* comuni relativi anche alla definizione di rifugiato (e della tre forme di protezione internazionale), oltre che alla disciplina concreta del sistema di accoglienza.

In questa volontà internazionale, che traccia una chiara identità politica del sistema di accoglienza, si colloca il Trattato di Lisbona e l'introduzione del concetto di "asilo europeo"; il Consiglio europeo, nel dicembre 2009 ha poi adottato il Programma pluriennale per lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia per il periodo 2010-2014, che mira alla costruzione del sistema Comune europeo di asilo – Ceas, anche con l'obbiettivo di arrivare ad un livello equivalente in tutti gli Stati membri per ciò che concerne le procedure di accoglienza, quelle di determinazione dello *status*. In questa ottica sono stati definiti: 1) La direttiva 2001/55E sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Ue e che non possono fare rientro nel Paese di origine, che dà al Consiglio la facoltà di deliberare di volta in volta misure eccezionali finalizzate ad apprestare forme di tutela immediata, favorendo il *burden sharing*, ovvero un equilibrio degli sforzi fra gli Stati che ricevono sfollati o che subiscono le conseguenze della accoglienza degli stessi: 2) la direttiva 2003/09/Ce sulle condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati, che definisce le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, condizioni che devono garantire un livello di vita dignitosa e condizioni di vita analoghe in tutti gli Stati membri; 3) la direttiva 2004/83/Ce sulla attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, che fissa criteri comuni per l'attribuzione delle diverse forme di tutela, assicurando un livello comune di prestazioni[5] ; 4) la direttiva 2005/85/Ce sulle norme minime applicate nei vari stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato (cd. Direttiva procedure) che disciplina i principi minimi delle norme di carattere procedurale per il riconoscimento e la revoca degli *status* di protezione internazionale, con l'obiettivo di limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo tra gli Stati membri che possono derivare dalle diversità delle normative interne.

Il quadro di riferimento normativo si compone, poi, della direttiva 2003/86/Ce relativa al diritto al ricongiungimento familiare, , e di due coppie di regolamenti che compongono il cd. "sistema Dublino", e segnatamente il Regolamento 343/03 e quello 407/02, nonché il regolamento Eurodac 2725/00 ed il suo regolamento di attuazione 1560/03, sul confronto delle impronte digitali e sulla efficace applicazione del regolamento Dublino.

Non ultima, la direttiva 2011/95/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 13.12.2011 recante norme sulla 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. La direttiva in esame ha l'evidente «"protezione all'interno del Paese di origine», « appartenenza ad un determinato gruppo sociale», di eliminare le differenze tra i vari Stati membri nel livello di diritti e prerogative concessi ai rifugiati ed ai beneficiari di protezione sussidiaria, in riferimento alla durata del titolo di soggiorno, all'accesso alla assistenza sanitaria e sociale ed al mercato del lavoro, e di rafforzare l'accesso effettivo ai diritti, tenendo conto dei problemi specifici di integrazione dei beneficiari di protezione internazionale.

La direttiva 2004/83/Ce del Consiglio europeo, del 29 aprile 2004 (Norme minime sulla attribuzione a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta) ha avuto come obiettivo principale quello di garantire uno *standard* minimo di protezione uniforme in tutti i Paesi dell'Unione, armonizzando la nozione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951[6] e prevedendo una forma complementare di protezione, per tutte quelle ipotesi in cui il richiedente, privo dei requisiti per essere ammesso alla protezione convenzionale, fosse ugualmente meritevole di tutela

5. Tale documento si prefigge, tra gli altri, lo scopo di evitare il fenomeno dell'*asylum shopping*, ovvero della ricerca dello Stato membro con una disciplina più favorevole per l'accertamento delle esigenze di protezione.

6. Definita nel Considerando della Direttiva in parola, come «la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa ai rifugiati».

pubblica ai sensi della normativa internazionale; e così, seguendo questo *modus operandi*, la nozione di protezione internazionale oggi prevede e comprende al suo interno due distinti *status*, quello di rifugiato e quello della protezione sussidiaria, e consente a chi ne faccia richiesta, di ottenere il riconoscimento dello *status* maggiormente appropriato alla sua condizione giuridica, sulla base di una richiesta indifferenziata di protezione. Dunque, la direttiva citata non introduce uno *status* uniforme ed unico in materia di protezione internazionale, ma costruisce una cornice giuridica di norme minime allo scopo di assicurare, da una parte, che gli Stati membri applichino criteri comuni per identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale e, dall'altra, che un livello di prestazioni sia disponibile per tali persone in tutti gli Stati membri[7].

Ben oltre la scadenza temporale prevista, l'ordinamento italiano ha recepito la predetta normativa a mezzo del d.lgs 251/2007, che risolve in senso positivo alcuni dubbi interpretativi e recepisce nozioni importanti sinora non previste all'interno della normativa nazionale, rinunciando quasi in via generale all'esercizio delle numerose facoltà previste dalla direttiva comunitaria che avrebbero consentito di introdurre nell'ordinamento italiano misure derogatorie o più sfavorevoli per i richiedenti asilo, e talvolta rinunciando ad attuare norme della direttiva che appaiono ambigue.

2. La condizione di rifugiato: elementi costitutivi

L'originaria definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra all'art. 1, lett. A, è stata letteralmente ripresa dal legislatore comunitario all'art. 2, comma 1, lett. C, della Direttiva 2004/Ce e dal legislatore italiano nell'art. 2, comma 1, lett e), del d.lgs 251/2007.

Tale definizione si applica soltanto ai cittadini extracomunitari ed agli apolidi, atteso che gli stati membri dell''Unione, con il Protocollo sull'asilo per i cittadini dell'Unione europea, si sono reciprocamente riconosciuti come Paesi d'origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi all'asilo.

Gli elementi essenziali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato sono dunque contenuti nella cd. clausola d'inclusione della nozione di rifugiato (art. 1, lett. A, comma 2 ,della Convenzione di Ginevra) e sono: a) il timore fondato; b) la persecuzione; c) l'impossibilità e/o la non volontà di avvalersi della protezione dello stato di cittadinanza e/o di residenza; d) la presenza al di fuori del Paese di cittadinanza o di residenza abituale. Per il riconoscimento dello *status* occorre il preventivo accertamento, che avviene alternativamente con la decisione adottata dalla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale[8], oppure con un provvedimento della autorità giudiziaria ordinaria, in accoglimento del ricorso proposto ai sensi dell'art. 35 d.lgs 25/2008 e 19 d.lgs 150/2011 avverso la decisione negativa della Commissione; al riconoscimento dello *status* consegue il diritto ad ottenere i rilascio di un titolo di soggiorno della durata di cinque anni, rinnovabile, con una serie di diritti ed obblighi.

2.1. Il timore fondato

È il primo elemento costitutivo della definizione di rifugiato, e può essere qualificato come timore ragionevole di essere perseguitato per motivi di carattere etnico, religioso, o a causa della appartenenza ad un determinato gruppo sociale, a causa della nazionalità oppure per le opinioni politiche, nell'ipotesi di rientro nel Paese di cittadinanza, oppure di dimora abituale nel caso di apolidia. È l'elemento pregnante la condizione di rifugiato, ed è caratterizzato da una componente tipicamente soggettiva (il timore, uno stato mentale), e da una oggettiva, la fondatezza del timore, che si basa, con un accertamento necessariamente rigoroso, su elementi oggettivi e circostanze esterne, senza le quali la proiezione mentale del "timore" non acquista rilevanza giuridica e pubblica, e resta relegata nella sfera soggettiva poiché giuridicamente irrilevante ed ingiustificata. L'operazione di riscontro della fondatezza del timore è una operazione senza dubbio complessa che, da un lato, risente della considerazione per cui l'elemento soggettivo è inseparabile da una valutazione della personalità del richiedente, basata sulle sue caratteristiche personali e degli eventi che hanno caratterizzato il suo vissuto e le sue esperienze di vita globalmente intese, anche al fine di valutarne la attendibilità e la credibilità[9], e dall'altro, richiede una valutazione delle dichiarazioni rese dal richiedente alla luce delle informazioni esistenti sul Paese d'origine, informazioni che costitui-

7. Considerando n. 6 della Direttiva in esame.

8. Investita della richiesta di protezione internazionale da parte della Questura, su richiesta presentata dall'interessato ad un Ufficio di polizia di frontiera o alla Questura stessa.

9. Cfr. parr. 40 e 41 Manuale Unhcr, ragion per cui occorre valutare se il timore espresso dal richiedente sia verosimile per un individuo che si trovi nelle concrete condizioni fisiche, psicologiche, economiche, sociale e culturali della persona interessata

scono il primo degli elementi essenziali per verificare la verosimiglianza del rischio di persecuzione; sotto tale ultimo profilo, è utile evidenziare come il legislatore nazionale, in recepimento della normativa comunitaria, abbiam previsto l'obbligatorietà dell'uso di informazioni aggiornate sulla situazione dei Paesi d'origine[10].

Questi criteri interpretativi sono stati recepiti all'art. 3, comma 3, lett. C, del d.lgs 251/2007 che, ai fini dell'esame individuale della domanda di protezione internazionale, impone la valutazione della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, in particolare la condizione sociale, il sesso e l'età, al fine di valutare se, in base alle circostanze personali del richiedente, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave, e, al successivo comma 5, lett c, prevede che qualora le dichiarazioni del richiedente siano ritenute coerenti e plausibili e non siano in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, pur in assenza di prove, i fatti narrati potranno essere considerati veritieri (presunzione di buona fede del richiedente asilo).

L'esame del requisito in oggetto deve dunque basarsi su una valutazione del rischio del richiedente di subire comportamenti persecutori nella ipotesi di rientro nel suo paese di origine, valutazione che consiste necessariamente in una rigorosa prognosi futura, sebbene l'esperienza individuale del richiedente sia utile ad accertare l'esistenza concreta del timore di persecuzione; ovviamente, non è necessario che la persona abbia già effettivamente patito persecuzioni nel passato, poiché potrebbe essere riuscita ad evitarle o a fugarle, ma è invece necessario che il timore concreto di patirle sussista in relazione ad una concreta prospettazione futura, soprattutto laddove altre persone dello stesso ambiente sociale o familiare del richiedente, o nella sua medesima situazione soggettiva, le abbiano già patite, ovvero quando risulti in modo certo che, nel paese di origine del richiedente, ne siano colpiti in modo ricorrente e sistematico individui che si trovano nella sua medesima situazione, o che appartengono allo stesso gruppo religioso o politico o etnico. Parimenti, è pienamente plausibile che una persona potrebbe avere effettivamente subito persecuzioni in passato e tuttavia non temere più di subirne ancora in futuro; ciò accade, ad esempio, quando le persecuzioni subite siano remote nel tempo e senza più alcun plausibile rapporto con la attualità poiché, nel frattempo, la situazione del Paese di origine è radicalmente mutata *in melius*, e dunque sussistono chiare indicazioni in senso contrario che il timore di ricevere nuove persecuzioni possa essere effettivamente fondato[11]. A tale ultima considerazione, fa però eccezione la previsione contenuta nel Manuale dell'Unhcr, al paragrafo 136, secondo cui, in base ad un principio di carattere umanitario, non si può rimpatriare un individuo che sia stato colpito, in prima persona o indirettamente attraverso i suoi familiari, da atroci forme di persecuzione di cui stia ancora soffrendo il trauma o patendo le conseguenze dal punto di vista morale e psicologico.

Al fine di corroborare la sua istanza di riconoscimento dello *status* più alto di protezione internazionale, il richiedente è tenuto a presentare, unitamente alla domanda di protezione, o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessaria a motivare la domanda, tra cui certamente vanno ricomprese le dichiarazioni e tutta la documentazione in suo possesso in relazione alla sua età, alla condizione sociale, anche dei congiunti[12]. Infine, poiché il timore è per definizione una percezione meramente soggettiva, è necessario valutarne la fondatezza anche alla luce della situazione individuale del richiedente, accertando nel concreto se il timore da lui espresso sia fondato o comunque verosimile in relazione ad un individuo che si trovi nelle sue medesime condizioni fisiche, psicologiche, economiche sociali e culturali.

L'elaborazione giurisprudenziale, sul punto, è arrivata ad affermare, nel settembre del 2012 che, nelle ipotesi in cui il richiedente non sia stato già perseguitato o abbia subito minacce serie di persecuzione, ai sensi dell'art. 4, par. 4, della direttiva "Qualifiche", devono comunque essere considerati seri indizi della fondatezza del timore, nel valutare l'entità del rischio del richiedente di subire effettivamente atti di persecuzione nel contesto di provenienza, la possibilità che il richiedente rinunci alla condotta e/o a comportamenti e/o ad atti che lo potrebbero esporre a tale rischio, ragion per cui è sufficiente che le autorità competenti «*alla luce della situazione personale del richiedente, considerino ragionevole ritenere che, al suo ritorno nel Paese d'origine, egli compirà atti*

10. Cfr. art.8, comma 3, d.lgs 25/2008, secondo cui «*ciascuna domanda è esaminata alla luce di informazioni precise ed aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese d'origine del richiedente*».

11. Art. 3, comma 4, del d.lgs 251/07, recita testualmente che «*il fatto che il richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di persecuzioni o danni costituisce un serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni, salvo che si individuino elementi o motivi per ritenere che le persecuzioni o i danni gravi non si ripeteranno*».

12. Art. 3, commi 1 e 2 d.lgs 251/2007.

religiosi che lo esporranno ad un rischio effettivo di persecuzione»[13].

2.2. La persecuzione

È il secondo elemento fattuale necessario per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ma non tutte le condotte persecutorie sono rilevanti ai fini del suo accertamento, bensì solo quelle poste in essere per uno dei motivi specifici indicati dalla Convenzione di Ginevra, e dunque per motivi di razza, religione, cittadinanza, appartenenza ad un determinato gruppo sociale, opinioni politiche.

La Convenzione del 1951 non prevede una definizione letterale di persecuzione, ma dalla lettura combinata degli artt. 1, lett. a, comma 2 e 33, può ritenersi che ogni minaccia al diritto alla vita o alla libertà personale dell'individuo, praticata per ragioni di razza, religione, nazionalità, o per l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per la propria fede politica, possa sempre qualificarsi in concreto come condotta persecutoria[14].

Il concetto di persecuzione va però necessariamente ancorato ai mutamenti storico-sociali delle singole comunità ed alle relative dinamiche relazionali, ragion per cui esso va interpretato in maniera flessibile, adattabile e sufficientemente aperta, così che possa riflettere la natura evolutiva delle forme di persecuzione, ed appaia in concreto come un concetto "socialmente orientato".

Nel tentativo di offrire una certa delimitazione della portata e del contenuto del concetto di persecuzione, il legislatore italiano, all'art. 7, comma 1, del d.lgs 251/2007 ha affermato che gli atti persecutori debbano consistere in una violazione grave dei diritti umani fondamentali, a causa della loro gravità oppure a causa della loro pluralità, chiarendo che possono alternativamente essere sufficientemente gravi (o per la loro natura, o per la loro frequenza) da rappresentare una evidente violazione dei diritti umani fondamentali ed in particolare quelli inderogabili, oppure costituire la somma di diverse misure, tra cui le violazioni dei diritti umani, il cui impatto complessivo determini in capo all'individuo un effetto analogo a quello derivante da una grave violazione dei suoi diritti fondamentali. E così, è possibile ipotizzare due tipologie differenti di persecuzioni: a) la persecuzioni intesa come violazione grave di diritti umani; b) la persecuzione posta in essere con pluralità di atti con analogo effetto pregiudizievole e lesivo sulla persona.

Alla prima categoria, possiamo ascrivere gli atti persecutori a danno delle libertà democratiche garantite dalla Carta costituzionale e i diritti fondamentali della persona garantiti dalle Convenzioni internazionali con riferimento esplicito, ma non esaustivo, ai diritti inderogabili elencati all'art. 15, par. 2, della Convenzione sui diritti dell'uomo e della libertà fondamentali[15] , e nella valutazione del *quantum* di gravità della persecuzione dovrà tenersi conto della persistenza della violazione, della sua durata e della sua intensità.

Nella seconda categoria, invece, rientrano gli atti persecutori posti in essere attraverso una somma di comportamenti che, presi singolarmente non hanno particolare gravità, ma che nel complesso possono dare luogo ad un effetto pregiudizievole inteso come grave violazione dei diritti umani fondamentali. A questa categoria appartengono sovente gli atti discriminatori o le disparità di trattamento, che, ove reiterate nel tempo, possono raggiungere una gravità tale da essere considerati atti persecutori ai danni di diritti umani fondamentali[16].

Venendo alle singole tipologie di condotte persecutorie, va evidenziato preliminarmente che l'art.7, comma 2, d.lgs 251/2007 ne prevede una esemplificazione non esaustiva, che non va dunque identificata come un *numerus clausus*. L'elencazione comprende:

- atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale, ogni qualvolta quest'ultima venga utilizzata come strumento persecutorio a motivo della religione, delle opinioni politiche o della nazionalità delle donne stesse. Le cronache dell'orrore ci riportano casi di stupri sistematici praticati come strategia bellica o come forme di pulizie etniche, perpetrati dunque non come violenza di genere, ma per motivazioni etniche o religiose. Differenti sono le

13. Corte di Giustizia, sentenza della Grande Sezione nelle cause riunite C-71/11 e C-99/11 Bundesrepublik, Deutschhland/Y.Z. 5 settembre 2012.

14. Inoltre, l'interpretazione della Convenzione di Ginevra, anche alla luce della normativa internazionale in materia di diritti umani, consente certamente di affermare che, per le stesse ragioni, devono considerarsi persecuzioni anche altre gravi violazioni dei diritti umani (par. 45 Manuale Unhcr)

15. Il diritto alla vita (art. 2), alla protezione dalla tortura, dalle pene e dai trattamenti inumani o degradanti (art. 23), alla protezione dalla riduzione in schiavitù o servitù (art. 4), alla legalità ed alla irretroattività delle incriminazioni penali e delle pene (art. 7), alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9) e alla vita privata e familiare (art. 8).

16. Par. 54 Manuale Unhcr «È solo in circostanze particolari che la discriminazione determina persecuzione. Ciò avviene se le misure discriminatorie implicano conseguenze gravemente pregiudizievoli per la persona colpita, ad esempio, da serie restrizioni del diritto di guadagnarsi la vita, di praticare la propria religione o di avere accesso alle strutture scolastiche disponibili per la generalità dei cittadini».

ipotesi di violenza di genere, perpetrata invece sulla base del genere sessuale di appartenenza, e che comprende parimenti azioni che infliggono grave danno o sofferenza fisici, mentali o sessuali, minacce di tali atti, coercizione e altre forme di grave privazione della libertà[17];

- provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, aventi natura discriminatoria o attuati con modalità discriminatorie: in questa categoria rientrano le violazioni del diritto di difesa, le leggi che impediscano a chiunque di esercitare un determinato diritto fondamentale, anche se paradossalmente esse di per sé non discriminano poiché trattano in modo analogo persone che si trovano in situazioni oggettivamente identiche. Sul punto, l'art. 7 cit. stabilisce che ogni atto persecutorio è tale non perché discrimina, ma perché comporta la violazione di determinati diritti fondamentali garantiti dalle norme costituzionali ed internazionali in vigore per l'Italia; l'art. 32, comma 2, del d.lgs 25/2008 considera quali gravi motivi che legittimano il riconoscimento dello *status* di rifugiato anche le discriminazioni o le repressioni di comportamenti non costituenti reato per l'ordinamento italiano, ma che risultano invece perseguibili nel Paese di origine, anche ove esso sia definito in termini di sicurezza;
- azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie: non rientrano in tale tipologia le pene previste per i reati di diritto comune e le persone che fuggono per sottrarsi alle conseguenze penali della commissione di un reato di tal genere non possono essere considerati rifugiati, a meno che possa essere inflitta una pena eccessiva rispetto alla violazione commessa, utilizzando quale parametro di riferimento la legge dello stato di accoglienza ed i principi del diritto internazionale dei diritti dell'uomo. Sotto tale profilo, sono potenzialmente persecutorie e repressive le legislazioni che vietano o puniscono come reato il proprio orientamento sessuale, e nella specie omosessuale[18], e la pena che miri a colpire un determinato gruppo di persone per uno dei motivi indicati nella convenzione di Ginevra, ad esempio a scopo di intimidazione politica o nei confronti di un certo gruppo etnico o di coloro che professano una determinata religione[19]. È evidente che, per compiere l'operazione di valutare la natura sproporzionata o discriminatoria dell'azione giudiziaria o della sanzione penale, occorre valutare in concreto il fatto addebitato all'individuo e non il titolo formale del reato contestato, con una valutazione in concreto del fatto storico e non della norma asseritamente violata. La sproporzione delle pene irrogate può derivare già dal tipo di reato o dal tipo di pena, ma anche dalla lesione del diritto di difesa nel processo nel contraddittorio e davanti ad un giudice imparziale, terzo ed indipendente, e dunque dalla concreta impossibilità di difendersi in modo effettivo;
- rifiuto di accesso ai mezzi di tutela giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria;
- azioni giudiziarie o sanzioni penali come conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissioni di crimini, reati o atti che rientrano nelle clausole di esclusione di cui all'art. 10, comma 2[20]; vengono qui in rilievo i crimini contro la pace, i crimini di guerra o i crimini contro l'umanità ovvero reati gravi o atti particolarmente crudeli, o contrari alle finalità ed ai principi delle Nazioni unite. Il comportamento omissivo e rifiutante del richiedente asilo, pur essendo illecito nel suo ordinamento giuridico di appartenenza, viene considerato dagli *standard* internazionali come un legittimo esercizio del diritto di libertà finalizzato a sottrarsi alla eventuale commissione di crimini odiosi[21];

---

17. Alla violenza di genere si ascrivono le violenze intrafamiliari, comprese le percosse, lo sfruttamento sessuale, l'abuso sessuale delle minori in luogo domestico, la violenza legata alla dote, lo stupro da parte del marito, le mutilazioni genitali femminili e altre pratiche dannose per la salute della donna, la violenza all'interno della comunità di appartenenza, quella giustificata da parte dello Stato o delle istituzioni, ovunque essa si verifichi (Unhcr, Violenza sessuale e di genere nei confronti di rifugiati, rimpatriati e sfollati interne. Linee guida per le prevenzione e la risposta).

18. Cass. 20.9.2012 n. 15981, Cass, 25.7.2007 n. 16417.

19. Cass. Ordinanza 17576/2010, che ha statuito che la persecuzione politica sussiste anche quando vengano legalmente adottate sanzioni penali all'esito di un regolare processo a carico di chi ha espresso mere opinioni politiche.

20. Recenti pronunce di merito hanno concesso lo *status* di rifugiato, a cittadini ucraini che hanno rifiutato l'arruolamento, richiamati a prestare servizio di leva come riservisti (cfr. Trib. Palermo 29.3.2018, Trib. Torino 25.8.2017, Trib. Perugia 13.3.2018, che ha esteso il riconoscimento dello *status* anche al coniuge del riservista).

21. In Italia, pur essendo la diserzione un reato militare, il nostro ordinamento prevede il dovere del militare di non eseguire un ordine

Atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia. In questo ambito rientrano il reclutamento dei bambini soldato, i matrimoni forzati o precoci, le mutilazioni genitali femminili e la violenza di genere.

Dalla elencazione esaminata, appare evidente come le difficoltà di carattere economico non costituiscono di per sé una persecuzione, ma possono diventarlo esclusivamente laddove siano espressione e conseguenza diretta di una persecuzione, di una discriminazione così grave da potersi considerare persecutoria, ed in tali specifiche ipotesi esse possono essere considerate rilevanti ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Particolare risalto, all'esito dell'esame di tali ipotesi di persecuzione, deve essere dato all'art. 3 della Cedu, che garantisce una tutela ben più ampia rispetto a quella offerta dagli artt. 32 e 33 della Convenzione di Ginevra, atteso che esso contiene un divieto inderogabile, ed una tutela che va affermata sempre, ed indipendentemente dalla condotta personale dello straniero, ragion per cui, ogni qualvolta siano stati dimostrati motivi sostanziali per cui la persona possa subire un rischio di trattamento disumano e degradante qualora venga allontanato verso un determinato Stato, lo Stato accogliente viola un obbligo della Convenzione ed è obbligato ad accoglierlo, ospitarlo e offrirgli concreta tutela e protezione. Tale obbligo non può trovare bilanciamento neanche nelle ipotesi in cui su costui gravi il sospetto di appartenenza ad organizzazioni terroristiche, poiché le sue specifiche condotte non possono essere considerate in quanto non intaccano il rischio che subirebbe lo straniero in caso di allontanamento[22].

Va da sé che, laddove torture, maltrattamenti o pene inumane siano arrecati senza che vi siano concreti motivi di persecuzione che legittimino il riconoscimento dello *status* di rifugiato, al richiedente va accordata la forma di tutela della protezione sussidiaria, oppure, laddove si trovi in una situazione che configuri il divieto o la revoca o la cessazione o l'esclusione del riconoscimento dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, gli andrà rilasciato il permesso di soggiorno per motivi umanitari, laddove egli corra il rischio, in ogni caso, di subire torture o maltrattamenti nel Paese di invio.

2.3. L'autore della persecuzione

Rispetto agli orientamenti restrittivi maturati a seguito della sottoscrizione della Convenzione di Ginevra – che riconoscevano esclusivamente come autore della persecuzione lo Stato, un agente statale, o un agente privato connivente con l'autorità pubblica – la direttiva "Qualifiche", all'art. 6, come poi recepito letteralmente dall'art. 5, del d.lgs 251/2007, dà una definizione uniforme di responsabile della persecuzione e di danno grave, prevedendo che esso possa essere, alternativamente, lo Stato, un partito o una organizzazione che controlla lo Stato o una parte consistente del suo territorio, o un soggetto non statuale, laddove lo Stato o un partito di esso non possa o non voglia fornire protezione ai sensi dell'art. 6, comma 2, contro persecuzioni o danni gravi.

Dunque, il *persecuto*r può essere statale, con la conseguenza che il timore del richiedente sarà *de facto* fondato attesa la logica impossibilità di chiedere allo Stato stesso protezione, oppure potrà essere non statale, ed in questa ipotesi, per ottenere protezione in un diverso stato, sarà sufficiente che quello di origine non voglia o non sia in grado di fornirla; nella pratica, qualora uno Stato "*non voglia*" fornire protezione, significa che esso tollera o addirittura sostenga l'azione o l'omissione dell'agente non statale responsabile della persecuzione; qualora invece esso "*non possa*" fornire protezione, vorrà dire che sia incapace o impossibilitato a fornirla nel concreto, poiché si caratterizza per un sistema inadeguato di protezione nazionale e per un meccanismo inefficace nell'individuare, perseguire e sanzionare le condotte persecutorie praticate al suo interno.

Va altresì chiarito che la persecuzione può provenire sia da atti provenienti da una autorità statale riconosciuta, che da una organizzazione che esercita di fatto il potere sulla zona in cui vive il richiedente protezione, anche se ciò avvenga in regime di occupazione militare o durante un conflitto armato. Infine, indipendentemente dalla natura statale o non del persecutore, è del tutto irrilevante che sussista o meno un intento persecutorio nella sua condotta; la finalità persecutoria, infatti, non compare né nella definizione di rifugiato della Convenzione di Ginevra, né in quella letteralmente trasposta nella direttiva "qualifiche", ma la sua eventuale presenza accertata potrà considerarsi come un valido riscontro del fondato timore del richiedente.

Infine, è plausibile che il *persecutor* possa essere un agente terzo, estraneo alla organizzazione ufficiale dello Stato, coincidendo talvolta con la comunità di appartenenza se non addirittura con la rete familiare o con segmenti non organizzati della popolazione civile.

Nel vaglio rigoroso della mancanza di volontà o di possibilità nell'apprestare idonea protezione al sog-

---

manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce manifestamente reato.

22. Cedu, sent. 15.11.1996, Chabal/United Kingdom; sent. Grand Chamber 28.2.2008, Saadi/Italy.

getto perseguitato, si valuterà in concreto la natura della protezione offerta sia dallo Stato che dai partiti o organizzazioni, comprese quelle internazionali, che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio, tenendo ben evidenziato che la protezione di cui al comma 1 consiste nella adozione di 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 nell'accesso da parte del richiedente a tali misure[23].

2.4. I motivi della persecuzione

Il riconoscimento dello *status* di rifugiato può avvenire soltanto nelle ipotesi di fondato timore di subire atti persecutori compiuti per uno dei cinque motivi indicati dall'art. 1, lett. A, comma 2, della Convenzione di Ginevra, come ripresi dall'art. 8, comma 1, del d.lgs 251/2007, che ne definisce ulteriormente il contenuto, e che sono: razza, religione, nazionalità, particolare gruppo sociale, opinione politica. L'elencazione è tendenzialmente esaustiva, sebbene una lettura "socialmente orientata" dei singoli motivi può portare ad applicazione più ampie. La mancanza di un legame teleologico tra la persecuzione ed uno dei motivi di cui sopra costituisce il *discrimen* con la semplice violazione dei diritti umani, che, pur non consistendo in persecuzioni ai sensi della Convenzione di Ginevra, sono comunque meritevoli di protezione ai sensi dell'art. 14 del d.lgs 251/2007, e possono dar luogo alla protezione sussidiaria.

Tale nesso teleologico ha valenza interna, laddove si valuta la sussistenza in capo al richiedente delle caratteristiche etniche, razziali, nazionali, sociali o politiche che provocano la persecuzione, e valenza esterna, laddove si valuta ciò che il soggetto *persecutor* attribuisce al richiedente in termini di motivi per la persecuzione. La persecuzione, ovviamente, può avvenire anche per più motivi concomitanti, e spetterà alla autorità preposta all'accertamento dello *status* di rifugiato il compito di individuare il singolo motivo o i motivi della persecuzioni sulla base delle dichiarazioni del richiedente e della situazione sociopolitica del paese di provenienza.

La razza: costituisce una discriminazione fondata sulla razza «*ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica*»[24].

È utile, nel diritto internazionale dei rifugiati, interpretare il termine "razza" nella sua accezione più ampia possibile, ricomprendendovi ogni gruppo etnico, a cui nel linguaggio corrente viene riferito tale termine[25], atteso che spesso la persecuzione si fonda sulla percezione del persecutore della diversità razziale del soggetto perseguitato, diversità che però può essere reale o presunta. Il legislatore nazionale, all'art. 8, comma 1, del d.lgs 251/2007 ha ulteriormente definito le regole di interpretazione ed il contenuto del termine razza, ricomprendendovi anche le considerazioni inerenti il colore della pelle, la discendenza o l'appartenenza ad un determinato gruppo etnico, e pertanto, allo stato, per persecuzioni razziale deve intendersi sia una persecuzione fondata sulla appartenenza ad una presunta razza, sia quella fondata su considerazioni relative al colore della pelle, ad una particolare discendenza, anche solo presunta, o ad una origine nazionale o etnica.

La religione: il sistema internazionale dei diritti umani tutela il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione nel senso più ampio possibile, includendovi la facoltà di cambiare credo religioso, di professare la propria fede, di manifestarla sia in ambito pubblico che in privato; allo stesso modo, è tutelato il diritto a non professare alcuna religione e a non conformarsi all'osservanza di riti, usanze e precetti, anche se praticati in modo massiccio e tendenzialmente univoco.

La direttiva qualifiche, e il d.lgs 251/2007, all'art.8, comma 1, lett. C, chiariscono il concetto di persecuzione per motivi religiosi, evidenziando, in primo luogo, che essa può avere ad oggetto «*le convinzioni teiste, non teiste o ateiste, la partecipazione a o l'astensione da, riti di culto celebrati in privato o in pubblico, sia singolarmente che in comunità, altri atti religiosi o professioni di fede, nonché le forme di comportamento personale o sociale fon-*

23. Nella nuova Direttiva Qualifiche è stato precisato che tale protezione contro persecuzioni o danni gravi deve essere "*effettiva e non temporanea*" (art. 7, comma 2, Direttiva 2011/95/Ue)

24. Tale definizione è contenuta nella Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 21.12.1965, e poi ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 13.10.1975 n. 654, a decenni di distanza dalle odiose Leggi razziali promulgate in epoca fascista.

25. Par. 68 Manuale Unhcr.

date su un credo religioso o da esso prescritto»[26].

La persecuzione fondata su motivi religiosi può assumere differenti forme, tra cui il divieto di appartenere a determinate comunità religiose, a quello di professare e celebrare il culto, a dare una istruzione religiosa, o semplicemente nella adozione di atti discriminatori nei confronti di chi professa uno specifico credo, se non addirittura in pratiche di conversione forzata[27].

Va tuttavia chiarito che la Corte di giustizia ha affermato che solo talune forme di violazione del diritto alla libertà religiosa integrano atti persecutori[28]: infatti, le restrizioni e le limitazioni all'esercizio del diritto alla libertà di religione previste dalla legge non possono essere considerate di per sé atti persecutori, perché coperte dalla riserva di cui all'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali. Dunque, secondo la Corte di giustizia, una violazione del diritto alla libertà di religione può costituire una persecuzione soltanto qualora il richiedente, a causa dell'esercizio di tale libertà personale corra un rischio effettivo, in particolare, di essere perseguitato o sottoposto a trattamenti o a pene disumani o degradanti ad opera di un soggetto autore della persecuzione[29].

La nazionalità: il termine non coincide con il concetto giuridico di cittadinanza, ma ricomprende in sé anche l'appartenenza ad un determinato gruppo etnico, culturale o linguistico, quasi da essere assimilato a quello di razza; per tali ragioni, la persecuzione per motivi di nazionalità può concretizzarsi in atteggiamenti pregiudizievoli ed ostili diretti contro una minoranza etnica o linguistica, e spesso può coincidere con quella per opinioni politiche, allorquando un movimento politico si identifica con una particolare nazionalità.

Il legislatore nazionale, all'art. 8, comma 1, lett. C, d.lgs 251/2007 ha specificato l'ampiezza del termine nazionalità ancorandola a quello di identità culturale, etnica o linguistica, alle origine geografiche comuni o politiche.

L'appartenenza ad un determinato gruppo sociale: è il motivo persecutorio che ha dato origine a differenti problemi interpretativi, atteso che sussistono differenti criteri per l'individuazione del concetto di gruppo sociale: il primo criterio è basato sulla percezione esterna che il *persecutor* ha di un gruppo di persone, per cui il gruppo condivide una caratteristica che lo rende riconoscibile all'esterno o lo contraddistingue, e che ne identifica la diversità. Il secondo criterio è invece quello della "autodefinizione", basato dunque su una percezione interna delle caratteristiche storiche, innate o immutabili che contraddistinguono un determinato gruppo sociale[30].

Il gruppo sociale, dunque, si caratterizza per il possesso identitario di caratteristiche obbiettive, immodificabili e irrinunciabili senza grave sacrificio, ragion per cui anche gruppi molto numerosi di individui possono essere considerati gruppo sociale ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, e persino il genere femminile, in determinate situazioni sociali, inteso nella sua interezza, può essere considerato tale laddove seriamente esposto al rischio di persecuzione. Inoltre, possono segnalarsi casi in cui all'interno di un gruppo molto ampio, vi è un sottogruppo a rischio d persecuzione per alcune ulteriori caratteristiche (ad es. le donne accusate di adulterio, le donne nubili, le donne lavoratrici).

Particolarmente significativa è poi la appartenenza ad un gruppo per motivi di orientamento sessuale, una delle caratteristiche tristemente utilizzate per la persecuzione delle minoranze: il legislatore nazionale ha stabilito che «in funzione della situazione del paese di origine, un particolare gruppo sociale piò essere individuato in base alla caratteristica comune dell'orientamento sessuale, fermo restando che tale orientamento non includa atti penalmente rilevanti ai sensi della legislazione italiana». Alla luce di ciò, in molti Stati, persone appartenenti al gruppo Lgbti (lesbiche, gay, bisessuali, transgender e interssessuati) sono potenzialmente esposti a persecuzione, anche

26. Cfr., tra le più recenti pronunce di merito, Trib. Trieste 30.1.2018, che ha concesso lo *status* di rifugiato ad un cittadino della Repubblica popolare cinese, perseguitato per motivi religiosi, nonché Trib. Bari 29.3.2017, che ha riconosciuto lo *status* ad un cittadino iraniano, convertito ad altra religione.

27. Par. 71,73 Manuale Unhcr.

28. Sentenza resa dalla Grande Sezione nella cause riunite C.7/11 e C-99/11 Bundesrepublik Deutschland/Y.Z, del 5.9.2012.

29. Sotto tale profilo, al Corte di giustizia ha sottolineato come, qualora la partecipazione a cerimonie pubbliche di culto, singolarmente o in gruppo, possa comportare la concretizzazione di siffatte lesioni, la violazione del diritto alla libertà di religione può configurarsi come sufficientemente grave.

30. L'art. 8, comma 1, lett. D, del d.lgs 251/2007 chiarisce che i due criteri sono alternativi tra loro, per cui il gruppo sociale «è quello costituito da membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune, che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi, oppure è quello che possiede una identità distinta nel paese di origine perché vi è percepito come diverso dalla società circostante».

giudiziaria e sono soggetti a discriminazione determinata da atti normativi[31].

In ogni caso, vanno pertanto considerati atti persecutori la repressione o la discriminazione di una persona a causa del suo sesso o della sua vita sessuale o delle sue pratiche sessuali svolte in privato tra adulti consenzienti, o di un suo eventuale orientamento sessuale o transessuale, mentre non possono considerarsi atti persecutori la prevenzione o la repressione degli atti osceni in luogo pubblico o della pedofilia o della pedopornografia o dell'incesto, della necrofilia o della violenza sessuale, secondo la configurazione prevista dalla legislazione nazionale.

L'interpretazione estensiva del motivo di persecuzione in esame consente di includervi anche gruppi di individui trattati come inferiori agli occhi della legge, in modo che lo stato applica la legge in modo discriminatorio o rifiuta di invocare la legge a tutela di tale gruppo o comunque ne tollera la persecuzione da parte di agenti privati; si tratta della situazione in cui versano molte donne vittime di violenza domestica, compresa la violenza sessuale e le mutilazioni genitali femminili, in quegli stati in cui le donne non hanno tutela effettiva contro tali abusi[32].

Infine, va evidenziato che l'Ancur ha indicato come gruppi socialmente riconoscibili in cui gli individui sono percepiti nella società in base alla loro appartenenza ad esso anche i membri di una famiglia per legami di sangue, matrimoni e relazioni di parentela (circostanze in rilievo nelle faide tra famiglie o tra clan), i minori di strada in particolari condizioni di fragilità, come i bambini di strada, i minori affetti da Hiv, o quelli oggetto di reclutamento da parte delle forze armate o di bande paramilitari, nonché le persone con disabilità mentale[33].

L'opinione politica: è il motivo di persecuzione che si riferisce alla professione di un'opinione, un pensiero o una convinzione su una questione inerente potenziali persecutori e alle loro politiche o ai loro metodi, indipendentemente dal fatto che il richiedente abbia tradotto tale opinione, pensiero o convinzione in atti concreti. Il concetto di opinione politica allude sia alla sfera politica propriamente intesa, sia a qualsiasi pensiero o convinzione su di una qualunque materia o questione di rilevanza pubblica o sociale, che possa suscitare la reazione dei potenziali agenti di persecuzione, anche se non si m è mai tradotto in atti concreti[34].

Per aversi persecuzione alla luce del motivo in esame, occorre che l'opinione sia stata a pretesto per compiere atti discriminatori, repressivi o punitivi avverso la persona che la esprime e la fa propria[35].

L'assenza di protezione dello Stato di cittadinanza e/o di residenza: l'assenza di protezione da parte del Paese di origine può dipendere sia da ragioni oggettive che soggettive, atteso che può dipendere da circostanze indipendenti dalla volontà del richiedente ed oggettivamente determinate da situazioni contingenti (quali lo stato di guerra nel Paese o una guerra civile) oppure da ragioni soggettive, qualora sia il richiedente stesso che non voglia avvalersi della protezione del Paese di provenienza, per ragioni strettamente collegate al timore ragionevole posto alla base della domanda di protezione, presumibilmente riconducibili al fatto che le autorità dello stato sono i soggetti responsabili o comunque complici della persecuzione stessa.

Sotto tale aspetto, alcune Corti nazionali hanno elaborato il concetto di «alternativa di fuga interna», ovvero la concreta possibilità per il richiedente di ricevere protezione in una diversa parte del Paese di

31. Cass civile, sez. VI ord. 209.2012 n. 15981, afferma che «*l'esistenza di norme penali che puniscono gli atti omosessuali costituisce di per sé una condivisione generale di privazione del diritto fondamentale di vivere liberamente la propria sfera sessuale ed affettiva, il che rappresenta una violazione di un diritto fondamentale sancito dalla nostra Costituzione, dalla Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e che si riflette automaticamente sulla condizione individuale delle persone omosessuali ponendole in una situazione di oggettiva persecuzione tale da giustificare la concessione della protezione richiesta*». Recentissime pronunce di merito, nel solco di un percorso giurisprudenziale ormai risalente nel tempo, hanno confermato il riconoscimento dello *status* di rifugiato a persone omosessuali, provenienti da Paesi in cui l'omosessualità è reato punito con la reclusione, quali la Nigeria (Trib. Bologna 6.3.2018, Trib. Roma 17.11.2017), il Gambia (Corte appello Bologna 23.2.2018), il Pakistan (Trib. Lecce 25.10.2017), il Camerun (Corte app. Trieste 18.9.2017), il Senegal (Trib. Bologna 11.5.2017).

32. Cfr. Trib. Brescia 24.1.2018, che, con riferimento allo Stato del Senegal, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad una donna vittima di violenza domestica; Trib. Milano 24.7.2017, che ha riconosciuto lo *status* ad una cittadina nigeriana, vittima di mutilazioni genitali, e Trib. Messina, 11.8.2017, che ha concesso la *status* di rifugiata ad una donna nigeriana vittima di tratta.

33. Unhcr, Elegibility, Guidelines for assessing the internationale Protection Needs of Asylum- Seekers from Colombia, 2010.

34. Tra le pronunce di merito più recenti, vanno segnalate Corte appello Napoli, che ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino del Bangladesh, perseguitato per motivi politici, e Trib. Salerno 24.2.2017, che ha concesso lo *status* ad un cittadino del Mali, oggetto di persecuzione nel suo Paese di matrice jihadista.

35. Cass, Sez VI civ. ord. 2.7.2010 n. 17576 ha affermato che la persecuzione politica sussiste anche quando vengano legalmente adottate sanzioni penali all'esito di un regolare processo a carico di chi ha espresso mere opinioni politiche, mentre ha affermato che non può essere considerata persecuzione la repressione adottata con sanzione penale dell'attività di incitamento alla violenza.

origine. Tale criterio, che non compare nella convenzione di Ginevra, tende ad escludere la possibilità di riconoscere lo *status* di rifugiato a colui che può ottenere protezione idonea nel suo Paese di origine, rifugiandosi in una diversa parte del territorio nazionale rispetto a quella di specifica provenienza o rispetto a quella che è teatro delle persecuzioni. Tale criterio, espressamente indicato all'art. 8 della Direttiva Qualifiche, che ha previsto la mera facoltà degli Stati membri di recepirlo ed applicarlo, non è stato oggetto di recepimento in Italia, ragione per cui, le Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria non possono escludere l'accertamento positivo di tali condizioni soggettive per la mera possibilità del richiedente di trasferirsi in una zona sicura del Paese di origine[36].

Condizione essenziale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato è che il richiedente si trovi al di fuori del Paese di cui ha cittadinanza, o da quello di residenza abituale nel caso di apolidia, mentre è irrilevante se il timore ragionevole di subire persecuzioni sia sorto prima o dopo l'uscita dal Paese di provenienza. Tale condizione non ammette alcuna deroga, e per tali motivi, non rientrano potenzialmente nella categoria dei rifugiati, i cosiddetti sfollati interni, o *internally displaced persons* (Idp), cioè coloro che, pur meritevoli di tutela per lo stesso motivo dei rifugiati, non sono riusciti a varcare i confini dello Stato e si trovano ad essere bloccati nello stato di cittadinanza o residenza abituale, privi di forme di protezione; coloro non hanno uno specifico statuto giuridico, e sono soggetti alla sovranità dello stato di cittadinanza.

Va altresì sottolineato che la Convenzione di Ginevra non richiede che l'uscita dal Paese di origine si realizzi prima che sorga il pericolo di persecuzione, potendo esso emergere anche quando il richiedente si trova all'estero, per cui è irrilevante ai fini del riconoscimento della protezione, che il soggetto possa essere qualificato rifugiato già al momento della uscita dal Paese di origine. La figura del "*rifugiato sur place*", di cui all'art. 5 della Direttiva Qualifiche, attuata dal legislatore nazionale all'art. 4 del d.lgs 251/2007, prevede infatti che il rischio di subire persecuzioni possa derivare da avvenimenti verificatisi dopo la partenza del richiedente, o da attività svolte dal richiedente dopo la sua partenza dal Paese di origine; invero, tale seconda ipotesi è quella che più può prestare il fianco a potenziali abusi, qualora il soggetto predisponga una serie di attività finalizzate in concreto ad ottenere il riconoscimento dello *status,* ed a tal riguardo la direttiva qualifiche ha concesso la facoltà agli stati membri di non riconoscere lo *status* di rifugiato qualora sia evidente che il timore di subire persecuzioni è basato su circostanze determinate dal richiedente stesso dopo la partenza dal Paese di origine[37].

3. Le clausole di esclusione dello *status* di rifugiato

La Convenzione di Ginevra individua una serie concreta di ipotesi in presenza delle quali non è possibile riconoscere lo *status* di rifugiato; tali ipotesi, disciplinate all'art. 1, paragrafi D, E ed F, sono riproposte in maniera sostanzialmente identica all'art. 12 della Direttiva Qualifiche, e recepiti dal legislatore nazionale all'art. 10 del d.lgs 251/2007.

La prima di esse concerne l'ipotesi in cui non ci sia la necessità evidente di attivare la protezione internazionale perché il richiedente beneficia già della assistenza o della protezione delle Nazioni unite, poiché la sua condizione rientra nel campo di applicazione dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra, relativo alla protezione o assistenza di un organo o di una agenzia della Nazioni unite diversi dall' Unhcr; ai fini della applicazione concreta di tale ipotesi, occorre che il soggetto abbia già materialmente ricevuto la protezione in esame. Sino al 2013, la principale categoria di persone potenzialmente interessate da questa clausola di esclusione è stata costituita dai profughi palestinesi che beneficiano di protezione da parte dell'Unrwa[38].

La seconda ipotesi concerne il caso dei cd. "quasi cittadini", cioè coloro che sono considerati dalle autorità competenti del Paese in cui hanno stabilito la loro residenza come aventi diritti ed obblighi connessi al possesso della cittadinanza di detto Paese; la *ratio* di tale ipotesi di esclusione consiste nella evidente mancanza del bisogno di protezione perché il soggetto gode ed esercita, in modo concreto, questi diritti, potendo usufruire di un'altra protezione statale. L'ipotesi in esame è prevista dall'art. 12, comma 1, lett. B, della Direttiva Qualifiche.

36. Cass. civ, 25.1.2012 n. 2294.

37. Art. 5, comma 3, Direttiva 2004/83/Ce, di tale facoltà il legislatore italiano non si è avvalso, sebbene riconosca una specifico *fumus persecutionis* alle sole ipotesi in cui l'autorità accertatrice verifiche che le attività adottate costituiscono l'espressione e la continuazione di convinzioni ed orientamenti già manifestatisi nel Paese di origine, di modo che la continuità di tali espressioni rappresenti la garanzia rispetto ad eventuali strumentalizzazioni ed abusi da parte del richiedente.

38. *United Nations Relkief and Work Agency for Palestin Refugees in the Near East*: trattasi di un'agenzia che offre protezione a quei palestinesi che rientrano nella definizione di rifugiato o di sfollato, all'interno di cinque aree geografiche: Libano, Giordania, Siria, Cisgiordania e striscia di Gaza.

L'ambito più esteso di clausole di esclusione attiene ai motivi di non meritevolezza. L'art. 1, lett. F), della Convenzione di Ginevra individua tre distinte ipotesi di non meritevolezza, tutte poi recepite dapprima dalla direttiva 2004/83/Ce e poi dall'art. 10, comma 2, d.lgs 251/2007; tutte le ipotesi in questione attengono alla commissione da parte del richiedente di gravi condotte, e specificamente: a) crimini contro la pace, crimini di guerra o contro l'umanità, come definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; b) reati gravi, commessi al di fuori del territorio italiano e prima del rilascio del permesso di soggiorno quale rifugiato, o atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con chiaro obiettivo politico, che possano essere qualificati reati gravi[39]; c) atti contrari alle finalità ed ai principi della Nazioni Unite, quali stabiliti nel preambolo e negli artt. 1 e 2 della carta delle Nazioni unite.

La prima delle ipotesi contemplate ha carattere aperto, atteso che il concetto di crimine contro la pace, la guerra o contro l'umanità va enucleato ed adeguato ai mutamenti storici e sociopolitici al momento di presentazione della domanda di protezione; occorre ricordare che in tale ipotesi è sufficiente che vi sia un mandato di cattura internazionale disposto da uno dei Tribunali o Corti internazionali per tali crimini perché il richiedente sia immediatamente consegnato alla Corte stessa, senza che abbia alcun diritto a rimanere nel territorio dello stato durante l'esame della domanda[40].

La seconda casistica attiene invece a quei casi in cui il richiedente lo *status* non potrà ottenerlo «*ove sussistano fondati motivi per ritenere che abbia commesso al di fuori del territorio italiano, prima del rilascio del permesso di soggiorno in qualità di rifugiato, un reato grave ovvero che abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possano essere qualificati come reati gravi»;* la clausola di esclusione non trova dunque applicazione laddove il crimine sia stato commesso nello stato di accoglienza, fatta salva la possibilità per lo stato ospitante di procedere contro il soggetto secondo le regole del sistema penale interno. Va precisato che la gravità del reato, ed il relativo giudizio che la accerta è operazione interpretativa diversa dall'esame della pericolosità del richiedente, ma è una valutazione oggettiva ancorata ai parametri della pena edittale non inferiore nel minimo a quattro anni e nel massimo a dieci. Tuttavia, è necessario che tale valutazione venga operata in senso conforme alla Costituzione ed alle norme internazionali vigenti, ragione per cui, in primo luogo ed in ossequio al principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2 Cost., dovrà trattarsi di sentenza definitiva di condanna, ed in tal senso sarà sufficiente che lo Stato interessato faccia valere tale titolo esecutivo mediante l'invio alla autorità italiana di una documentata richiesta di estradizione o di esecuzione del mandato di cattura europeo e che su tale istanza si svolga la doverosa verifica degli organi giudiziari italiani anche a tutela del divieto di estradizione per reati politici *ex* art. 10, comma 4, Cost. In secondo luogo, in conformità al divieto di estradizione per reati politici, al divieto di pena di morte e a quello di subire torture o trattamenti inumani e degradanti, per consentire l'esclusione dello *status* di rifugiato, occorre che il reato per cui il soggetto sia stato condannato non preveda la pena di morte, né pene o trattamenti disumani e degradanti, e che la sentenza sia stata emessa a seguito di un giudizio in cui lo straniero abbia effettivamente esercitato il suo diritto di difesa.

L'ultima ipotesi di esclusione concerne la commissione di atti contrari ai principi delle Nazioni unite, e dunque atti, metodi e pratiche di terrorismo, posti in essere anche con condotte di mera incitazione, pianificazione o finanziamento[41]. Soggetti attivi di tali condotte possono essere possono essere tanto soggetti pubblici, quanto autori di atti terroristici o di altre forme di grave violazione dei diritti umani fondamentali[42].

4. Le cause di cessazione dello *status* di rifugiato

Il legislatore nazionale ha recepito integralmente le cause di cessazione dello *status* di rifugiato pre-

39. La gravità in parola è valutata anche tenendo conto della pena prevista dalla legge italiana per il reato non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni.

40. Art. 7, comma 2, lett. B9, d.lgs 25/2008.

41. Direttiva 2004/83/CE e considerando n. 22.

42. A tal proposito si segnala Corte di giustizia dell'Ue, sentenza 9.11.2010 n. 111, con cui la Corte ha ritenuto che, per poter considerare sussistenti le cause di esclusione, l'autorità competente deve valutare che sia effettivamente ascrivibile al ricorrente una responsabilità individuale per atti commessi dall'organizzazione terroristica durante il periodo in cui ne faceva parte, e chiarisce che, a tal fine, si deve esaminare il ruolo effettivamente svolto dal soggetto nella partecipazione ad atti terroristici, la sua posizione all'interno dell'organizzazione stessa e l'eventualità che fosse sottoposta a pressioni o altre forme di condizionamento. La Corte specifica anche che gli Stati membri possono riconoscere il diritto d'asilo in forza del loro diritto nazionale ad una persona esclusa dallo *status* di rifugiato in virtù delle clausole di esclusione, a patto che tale forma di tutela non comporti un rischio di confusione con lo *status* di rifugiato ai sensi della direttiva.

viste nella direttive qualifiche, ed all'art. 9 del d.lgs 251/2007 ha stabilito che, sono tali: a) la riassunzione volontaria della protezione nel Paese di cittadinanza; b) il riacquisto volontario della cittadinanza del Paese di origine; c) l'acquisto volontario della cittadinanza italiana o della cittadinanza di diverso Paese; d) il ristabilimento volontario nel Paese rispetto a cui sussisteva il timore di persecuzione; e) la possibilità di godere della protezione del Paese di cittadinanza a causa del venir meno delle circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello *status* di rifugiato; f) la possibilità di godere della protezione del Paese di dimora abituale, nel caso dell'apolide, a causa del venir meno delle circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Le prime quattro ipotesi sono le cosiddette cause di cessazione volontaria dello *status*, dipendendo esse da un cambiamento delle circostanze personali del rifugiato spesso conseguenti ad una sua iniziativa privata; sono queste le cause più frequenti, che tuttavia è auspicabile lasciarle ancorate a due componenti essenziali; il libero arbitrio espresso dal rifugiato e la condizione di sicurezza del soggetto anche in mancanza della protezione internazionale ed in virtù, ad esempio, dell'acquisto della mera cittadinanza.

Le ulteriori ipotesi alludono, invece, ad un cambiamento delle circostanze oggettive nello stato d'origine, tale da rendere ingiustificata e non più necessaria la protezione internazionale; in tali ipotesi, non sarà il rifugiato ad esprimere il desiderio di rinunciare alla protezione, ma il Paese di asilo che provvederà a revocare lo *status*, a patto che il cambiamento delle circostanze abbia natura non temporanea e tale da eliminare il fondato timore di persecuzione che aveva giustificato il riconoscimento dello *status* di rifugiato[43]. Occorre dunque un cambiamento di circostanze, fondamentale, stabile, duraturo ed effettivo[44]. L'onere probatorio della sussistenza di un cambiamento significativo e non temporaneo delle circostanze grava sempre e soltanto sullo stato di asilo.

L'operatività delle cause di cessazione è bloccata in virtù della sussistenza di gravi motivi umanitari che impediscano il ritorno del richiedente asilo nel Paese di origine; questo perché la cessazione dello *status* va dichiarata sulla base di una valutazione individuale di ogni singolo caso, sicché occorre verificare se un determinato Paese di origine o di residenza, eventualmente divenuto sicuro e capace di garantire protezione a tutti i suoi cittadini o residenti, non sia eventualmente ancora insicuro in relazione al soggetto interessato.

La cessazione è dichiarata con decreto della Commissione nazionale per il diritto di asilo, a cui la competenza è attribuita ai sensi dell'art. 5, d.lgs 25/2008, dopo lo svolgimento di una procedura che deve svolgersi nel rispetto di tutte le garanzie procedurali previste per le procedura di riconoscimento della protezione internazionale, nonché nel rispetto delle norme in materia di partecipazione del privato al procedimento amministrativo di cui alla L. 241/90; occorre dunque un avviso scritto dell'inizio del procedimento, con la indicazione del suo oggetto e dei motivi specifici, e il soggetto avrà il diritto di prendervi parte, di essere ascoltato e di produrre documentazione scritta[45].

Il decreto potrà essere impugnato dinanzi al Tribunale ordinario del capoluogo del distretto di Corte d'Appello in cui ha sede la Commissione territoriale che lo ha pronunciato; l'applicazione delle cause di cessazione non determina automaticamente il rimpatrio dell'interessato, che potrà ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno a diverso titolo, in presenza di requisiti previsti in via generale dal testo unico delle leggi sull'immigrazione.

5. Il contenuto dello *status*

La decisione sulla concessione dello *status*, sia essa adottata in via amministrativa dalla Commissione territoriale, o in fase giurisdizionale dinanzi al giudice ordinario, ha natura meramente ricognitiva e non costitutiva dello *status*, e, nel caso di accoglimento in via amministrativa, non necessita dell'esplicazione delle motivazioni per cui essa è adottata, l'obbligo di motivazione sussiste solo per le ipotesi di diniego.

Lo *status* è rinunciabile da parte dell'interessato, ai sensi dell'art. 34, d.lgs 25/2008, con conseguente decadenza di tutti i diritti ad esso connessi; tuttavia, la rinuncia allo *status* non determina necessariamente il rimpatrio dell'interessato nel Paese di origine o di precedente dimora abituale, ma il ri-

43. Art.9, comma 2 d.lgs. 251/2007.

44. Corte di giustizia, 2.3.2010 sentenza n. 16, Salahadin Abdulla, cause riunite 175/08- 176/08- 178/08- 179/08: La Corte ha affermato che «*ai fini della valutazione di un cambiamento delle circostanze, le autorità competenti dello Stato membro devono verificare, tenuto conto della situazione individuale del rifugiato, che il soggetto o i soggetti che offrono protezione ... abbiano adottato adeguate misure per impedire che possano essere inflitti atti persecutori, che quindi dispongano, in particolare, di un sistema giuridico effettivo che permetta di individuare, di perseguire penalmente e di punire gli atti che costituiscono persecuzione e che il cittadino interessato, in caso di cessazione dello* status *di rifugiato, abbia accesso a detta protezione*».

45. Art. 33 d.lgs 25/2008.

chiedente potrà ottenere un titolo di soggiorno con diversa natura.

La direttiva 2004/83/Ce disciplina il contenuto della protezione internazionale all'interno del capo VII, dagli artt. 20 al 34, recepiti nell'ordinamento nazionale agli artt. 19/30 del d.lgs 251/2007. Le disposizioni prendono le mosse dal contenuto della Convenzione di Ginevra, come ribadito dall'art. 19 cit., in cui si chiarisce che i diritti in essa stabiliti non possono essere in alcun modo pregiudicati dalle norme di cui al decreto, e che la loro applicazione deve avvenire sulla base di una valutazione individuale delle specifiche situazioni di vulnerabilità, tra le quali devono essere certo ricomprese quelle dei minori, dei disabili, degli anziani, delle donne in stato di gravidanza , dei genitori singoli con figli minori[46].

La prima delle posizioni di vantaggio del rifugiato, è il suo diritto pieno a ricevere la più ampia informazione sui diritti e doveri connessi al suo *status,* informazioni che gli dovranno essere rese oralmente durante il colloquio con la commissione, e successivamente, dopo la decisione positiva, mediante la consegna dell'opuscolo predisposto dalla Commissione nazionale per il diritto d'asilo in una lingua che può presumersi possa essere conosciuta dall'interessato, o comunque in una delle quattro lingue principali.

Il rifugiato ottiene un permesso di soggiorno per motivi di asilo da parte della Questura della Provincia in cui dimora, della durata di cinque anni, rinnovabile alla scadenza, senza alcuna previa verifica della commissione territoriale competente circa la permanenza delle condizioni che hanno consentito il rilascio, atteso che l'eventuale mutamento delle circostanze giustificano non il rifiuto del rinnovo del permesso ma la cessazione dello *status*, ai sensi dell'art. 9 d.lgs 251/07.

Il permesso di soggiorno prevedrà anche la iscrizione automatica dei figli del rifugiato di età inferiore ai 15 anni. La permanenza per oltre cinque anni sul territorio nazionale, in veste di rifugiato, in presenza di tutti i requisiti previsti dalla L. 91/92 può dare diritto all'acquisto della cittadinanza italiana.

Al rifugiato è rilasciato un libretto di viaggio, documento equipollente al passaporto, che gli consentirà di circolare liberamente all'interno dell'area Schengen e nei territori degli altri Stati in cui è valida ed operativa la Convenzione di Ginevra, documento tra l'altro idoneo alla identificazione, rilasciato dalla Questura competente al rilascio del permesso di soggiorno.

L'assistenza amministrativa offerta al rifugiato ha carattere generale, e si applica ogni qualvolta egli, per l'esercizio di un diritto, necessita della assistenza di una autorità straniera a cui non può però rivolgersi; in tali ipotesi, i documenti e le attestazioni sono rilasciati dalle autorità del Paese in cui sono ospitati, oltre ai normali documenti di identità, qualora essi non possiedano un valido titolo di viaggio (art. 27 Convenzione di Ginevra)[47]. Ai fini della iscrizione anagrafica, il rifugiato è sottoposto alle medesime condizioni previste per l'iscrizione anagrafica dei cittadini italiani, per cui il presupposto è comunque la sussistenza di una dimora abituale nel comune ove si fa richiesta, ed ai fini della iscrizione anagrafica dello straniero, è comunque richiesta l'esibizione del permesso di soggiorno, ed è considerata dimora abituale anche la documentata accoglienza per almeno tre mesi in un centro di accoglienza (art. 6, comma 7, Tu)[48].

Al rifugiato, spetta altresì un regolare accesso al mercato del lavoro, potendo egli godere del medesimo trattamento previsto per il cittadino nazionale in materia di lavoro subordinato, autonomo, per l'iscrizione agli albi professionali, alla formazione professionale e per il tirocinio sui luoghi di lavoro; gli è altresì concesso l'accesso al pubblico impiego alle medesime condizioni previste per i cittadini comunitari.[49]

Anche per le forme di assistenza sociale, il rifugiato ha i medesimi diritti e facoltà del cittadino comunitario[50]: potrà beneficiare della concessione dell'assegno sociale, dei trattamenti pensionistici riservati agli invalidi civili, dell'assegno di maternità e di quello per il nucleo familiare con tre figli minori e di ogni altra prestazione anche economica prevista per i cittadini italiani a livello regionale, provinciale o comunale. Tra le forme assistenziali, deve rientrare anche la possibilità di accedere agli alloggi di edilizia residenziale pubblica del credito per l'acquisto della prima casa di abitazione[51].

---

46. Art. 19, comma 2, d.lgs 251/07.

47. La Commissione nazionale per il diritto di asilo, con nota prot. 1409/CS del 24.4.2009 ha affermato che «la certificazione della Commissione che ha riconosciuto lo *status* agli interessati, unitamente ai relativi permessi di soggiorno rilasciati dalla Questura di residenza possono sostituire, a parere dello scrivente, a tutti gli effetti la documentazione che non può essere richiesta dalle autorità del loro Paese di origine».

48. In ogni caso, trova applicazione l'art. 2 della Legge 24.12.1954 n. 1228 come modificato dalla L. 94/2009.

49. Art. 15, comma 1, d.lgs 251/07.

50. Art. 27, d.lgs 251/07.

51. Art. 31 Direttiva Ue sulle Qualifiche, in conformità all'art. 21 della Convenzione di Ginevra.

Il titolare dello *status* , al pari dei beneficiari della protezione sussidiaria, ha diritto al medesimo trattamento riconosciuto al cittadino italiano in materia di assistenza sanitaria, ragion per cui è previsto l'obbligo di iscrizione al Ssn per gli stranieri che abbiano chiesto il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno per protezione internazionale, con conseguente iscrizione anella azienda sanitaria locale del Comune di dimora[52].

Infine, l'art. 26 del d.lgs 251/07 garantisce il diritto all'accesso alla istruzione, per cui i minori titolari dello *status* hanno diritto di accedere agli studi di ogni ordine e grado secondo le modalità previste per il cittadino italiano, e l'iscrizione scolastica potrà essere richiesta in qualsiasi momento dell'anno. Analoghi principi sono fissati per le iscrizioni universitarie dei maggiorenni.

La norma in esame si occupa anche della complessa questione attinente al riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli conseguiti dal titolare dello *status* nel Paese di origine, prevedendo la applicazione delle disposizioni previste per il riconoscimento di titoli conseguiti all'estero dai cittadini italiani. Occorrerà dunque richiedere la dichiarazione di valore *in loco*, che è un documento di natura esclusivamente ricognitiva ed informativa ma non costituisce riconoscimento del titolo; successivamente, il Ministero competente o l'Università o l'ufficio scolastico potrà decretarne il riconoscimento della qualifica e del titolo compreso.

5.1. Il diritto alla unità familiare

L'art. 22 del d lgs 251/07 tutela il diritto al mantenimento dell'unità familiare del beneficiario della protezione internazionale, mentre il diritto al ricongiungimento familiare del titolare dello *status* di rifugiato è disciplinato dall'art. 29 *bis* del d.lgs 286/98.

Vanno considerati familiari del rifugiato, i soggetti appartenenti al suo nucleo familiare, già costituito prima dell'arrivo nel territorio nazionale, e specificamente il coniuge, i figli minori del beneficiario a patto che siano non sposati ed a suo carico (con piena equiparazione tra i figli minori naturali, adottati o affidati); tali soggetti, ai sensi dell'art. 22 del d.lgs 251/07 hanno i medesimi diritti del titolare dello *status*, ed in loro favore è rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di famiglia, a nulla rilevando l'eventuale pregressa condizione di irregolarità di soggiorno nel territorio, a patto che, tuttavia, non ricorrano per essi le circostanze di cui agli art. 11, 13 e 17 che determinerebbero, da sole, l'esclusione o il diniego dello *status*. Inoltre, nello specifico, per i figli minori conviventi con il richiedente asilo, l'art. 6, comma 2, d.lgs 25/2008 sempre estendere gli effetti della decisione sulla domanda presentata dal genitore e dunque l'automatico riconoscimento dello *status* riconosciuto al genitore, anche perché in base all'art. 31 del Tu, i figli minori seguono la più favorevole condizione dei genitori e sono iscritti sino a 1 anni sul permesso di soggiorno del genitore.

La disciplina del ricongiungimento familiare con il rifugiato è invece quella espressamente prevista dall'art. 29 *bis* Tu; nello specifico, il rifugiato, a differenza di altri beneficiari di forme di protezione, non dovrà dimostrare la concreta disponibilità di un alloggio conforme ai requisiti igienico sanitari, nonché di idoneità abitativa né di un reddito minimo annuo; la prova del vincolo familiare sarà invece fornita da certificazioni rilasciate dalle rappresentanze diplomatiche italiane nel Paese di origine, ai sensi del dPR 200/67 , art. 49[53].

Va tuttavia evidenziato che, il soggetto pubblico o privato persecutore del rifugiato, a seguito del suo espatrio, in genere rivolge le sue attenzioni oppressive ai familiari del rifugiato al fine di ricattarlo e di favorirne il ritorno in patria, e tra le forme più immediate di ricatto vi è il ritiro del passaporto, con conseguente impossibilità di costoro di espatriare in modo regolare; per evitare tale sacrificio, e l'eventualità che essi siano costretti a rimanere segregati nel paese di origine, l'art. 30 comma 1 del Tu, prevede il permesso di soggiorno per motivi familiari ai familiari del rifugiato in possesso dei requisiti per il ricongiungimento, anche a prescindere dalla regolarità del loro soggiorno, e dunque anche laddove siano arrivati sul territorio nazionale privi di documenti.

Conclusioni

La necessità che si dia al concetto di rifugiato una lettura socialmente orientata, e politicamente connessa ai fenomeni migratori ed alle loro continue mutazioni sociali e geografiche, impone di abbandonare scelte ed opzioni ideologiche al tema della migrazione necessitata, ed impone altresì di affrontare il relativo fenomeno sociale come una questione che va risolta con un unico criterio di azione prioritario: il rispetto della dignità delle persone, ed il diritto alla qualità della vita di ciascuno, qualità che può essere legittimamente ricercata anche al di fuori dei confini geografici di appartenenza.

52. Art. 42 dPR 394/1999.

53. Cfr. Trib. Perugia 24.5.2017, secondo cui il genitore del rifugiato, ai fini del rilascio del visto di ingresso per ricongiungimento familiare, non deve provare di essere a carico del figlio.

Ma la politica istituzionale pare essere lontana da questo approccio, che invece ha il pregio di rispondere ad una opzione culturale basata sulla elaborazione dei diritti, ed *in primis* sui dei diritti della persona oggettivamente fonti di tutela del singolo, a prescindere dalla sua provenienza geografica.

Nel *summit* sui Balcani tenutosi nel luglio 2017 a Trieste, il presidente francese Macron ha affermato: «Molto spesso nel dibattito pubblico confondiamo i rifugiati politici con i migranti economici, che però sono cosa diversa. È un dovere per noi accogliere chi chiede asilo perché rischia la vita nel proprio Paese. Ma non possiamo accogliere chi per motivi economici cerca di venire a vivere nel nostro Paese. Questa è una realtà molto diversa, non ricade negli stessi diritti e doveri. Sul piano morale la Francia non cederà allo spirito di confusione imperante». La dichiarazione ha suscitato molte polemiche perché, in effetti, la categoria di forced migration è piuttosto controversa, ma ha comunque il merito di portare in primo piano un problema che va affrontato di petto. La mancata distinzione, però, che porta non pochi ad accusare i rifugiati di essere migranti economici travestiti, contribuisce a fornire un alibi alla evoluzione in senso restrittivo delle politiche migratorie e a danneggiare proprio chi avrebbe titolo a ricevere accoglienza, protezione e asilo, nell'ottica di quella elaborazione giuridica sui diritti delle persone che è diritto vivente a cui occorre uniformarsi anche nelle scelte politiche.

È vero che, in molte circostanze, la difficoltà di accertare quale sia la dimensione prevalente rende la divisione essenzialmente convenzionale. I migranti per motivi di lavoro e i rifugiati si muovono entro condizioni e regimi giuridici diversi, e tuttavia, molto spesso povertà e conflitti sono in un rapporto di stretta osmosi, atteso che sottosviluppo e malgoverno, impoverimento e guerre endemiche sono spesso strettamente collegati. E tuttavia, la distinzione analitica tra migrazione volontaria e migrazione forzata ha il vantaggio di richiamare l'attenzione sul diverso valore che va riconosciuto alle rivendicazioni, e ai diritti, dei migranti economici rispetto a quelli dei rifugiati: questi ultimi, a differenza dei primi, non hanno avuto alcuna scelta riguardo alla decisione di abbandonare il proprio Paese, e sono pertanto titolari di uno specifico diritto che, prima di avere valenza giuridica, ha natura e spessore sociale e morale, ed è così che deve essere socialmente inteso. Ed è per questo che il diritto, riconosciuto ai governi a livello internazionale di regolare discrezionalmente l'arrivo degli stranieri, può – e deve – essere limitato dalla sottoscrizione di obblighi contratti volontariamente, come la sottoscrizione della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, che impone, come si è visto, agli Stati firmatari l'impegno a non procedere al rimpatrio forzato dei rifugiati e dei richiedenti asilo nel paese di origine quando ciò possa comportare un chiaro pericolo per la loro vita e la loro libertà.

Ciò posto, è evidente che il concetto di rifugiato sia tanto descrittivo quanto normativo. Anzi, mai come in questo caso definire equivale a prescrivere, cioè a compiere un atto performativo, nel senso che, più che descrivere una realtà (presuntivamente) oggettiva, si tratta di costruire la realtà che si intende definire e che può mutare a seconda del contesto e del punto di vista adottato, con la conseguenza che il percorso e la sensibilità politica di ogni comunità sociale ha il compito essenziale di dare senso e ampiezza al termine "rifugiato". Per esempio, se ci si colloca nella prospettiva dei Governi dei Paesi di arrivo che tentano di giustificare procedure di espulsione agli ingressi di confine e di non applicare il più importante principio posto a tutela dei rifugiati, ossia quello del non-refoulement, la definizione descrittiva e normativa di rifugiato sarà quanto più restrittiva possibile, sia in senso procedurale sia sostanziale. Non a caso, per depoliticizzare le cause del loro spostamento è stato coniato il termine di bogus refugees, dei cosiddetti "finti rifugiati", migranti irregolari che "saltano la fila" e approfittano dei sistemi nazionali d'asilo per regolarizzare la loro presenza. Siccome la Convenzione di Ginevra obbliga gli Stati firmatari ad attuare il principio di non-refoulement, i settori dell'opinione pubblica e del mondo politico che propendono per una politica generalizzata di chiusura, anche contraria al rispetto dei diritti della persona, accusano i rifugiati di essere in realtà dei migranti economici che sfruttano la richiesta di asilo, allo scopo strumentale di aggirare le politiche migratorie decise dagli Stati: una lettura superficiale, semplicistica, e poco rispettosa della più profonda a attenta considerazione per cui disagio sociale, pericolo per la sicurezza e necessità economiche sono spesso circostanze che convivono tra loro e che gravano sulla vita reale dei migranti. Per tali motivi, e proprio per suggerire e sostenere una operazione politico-culturale di segno opposto, è quanto mai necessario distinguere e affrontare senza reticenze il problema di stabilire con termini certi chi, tra i migranti, possa essere annoverato alla categoria dei rifugiati, anche laddove si dia ad essa una lettura elastica e socialmente orientata, nonostante il quadro normativo di riferimento che è stato sin qui esaminato.

Ma c'è una ulteriore ragione che alimenta discussioni e polemiche. I rifugiati sono persone che si sono viste costrette ad attraversare un confine internazionale e che non possono fuggire dal Paese d'origine se non ricevono accoglienza in un altro Paese. Il risultato è che il riconoscimento dello *status* di rifugiato dipende dai luoghi e dalle circostanze e risulta spesso assoggettato a dinamiche regolative fortemente discrezionali, che rendono talvolta arbitrario il pro-

cesso di produzione normativa. nonostante l'oggetto dell'osservazione, su cui si costruiscono le scelte politiche, sia identico Sono gli Stati a decidere se riconoscere a uno specifico fenomeno migratorio un carattere volontario oppure se attribuirne valenza politica e forzata. È perciò evidente che il senso della definizione categoriale eccede ogni criterio descrittivo di appartenenza. La definizione giuridica di "rifugiato" presenta margini di interpretazione che si ampliano o si restringono a seconda delle condizioni politiche e delle pratiche di riconoscimento sociale, e per evitare che l'eccesso di discrezionalità nazionale si traduca in *un discrimen* per il riconoscimento dei diritti della persona, occorrerebbe non superare la prospettiva secondo la quale il "rifugiato" esisterebbe come una categoria sociologica direttamente prodotta dai trattamenti, istituzioni e pratiche della persecuzione o dell'oppressione che costringono gli esseri umani alla fuga, senza che tale categoria possa essere svilita, ridotta o ridimensionata da una lettura che non riconosca, a seconda del singolo Stato che affronta politicamente il fenomeno, gli elementi gravi ed oggettivi delle pur differenti forme di persecuzione e di oppressione. Il faro ed il criterio interpretativo per evitare questo rischio, è il concetto di dignità umana, un concetto base della civiltà e dei rapporti internazionali che mai dovrebbe essere formulato con prospettazioni al ribasso.

Infine, il tentativo, virtuoso, di proporre il concetto in una chiave onnicomprensiva risulta problematico fin dall'inizio a causa del messaggio implicito che le rappresentazioni a esso associato tendono a evocare. I sociologi e gli antropologi, non meno degli attori non governativi che operano sul campo, hanno spesso rivelato una malcelata insofferenza per le definizioni di tipo giuridico, dal momento che richiamano alla mente masse informi di esseri umani spogliati della loro umanità e suggeriscono immagini di dipendenza, impotenza e miseria. L'idea di rifugiato che ha monopolizzato l'immaginario collettivo evoca uno scenario di devastazione e perdita, che condanna le vittime a uno stato di inazione e passività. Naturalmente, le storie inenarrabili di dolore e devastazione non sono una finzione e riguardano milioni di persone, ma la tendenza a trasformare gli individui in semplici corpi sofferenti privi di soggettività presenta un rischio non da poco: da una parte, quello di considerare come un 'vero' rifugiato soltanto chi corrisponde allo stereotipo della "nuda vita", vulnerabile e indifesa, e dall'altra, quello di dissolvere l'aura di compassione ed empatia che circonda le 'vittime' non appena agiscono da non-vittime, e ciò quando non manifestano il comportamento passivo considerato «normale» per le vittime, con conseguente calo della attenzione sociale e del giusto riconoscimento del fenomeno. Letture sociali, queste, figlie di un approccio superficiale al fenomeno migratorio, e ad una inaccettabile tendenza a richiedere forme stereotipate di migrazione e di migranti, senza nutrire un approccio al tema più fluido e più rispettoso delle diversità di vita con cui veniamo a contatto.

Tuttavia, prendere atto dei mutevoli confini semantici della categoria, del suo carattere costitutivo e non semplicemente dichiarativo, non fa venir meno l'esigenza pratica, politica e morale di individuare uno strumento giuridico in grado di proteggere esseri umani in fuga da ciò che può loro accadere nello spazio del male. Ciò che va comunque costantemente ribadito è che, nel caso del rifugiato, il problema della definizione rappresenta molto di più che una semplice questione di semantica e il problema di chi vada o non vada incluso nella categoria può segnare la differenza, in certi casi, tra la vita e la morte, o tra differenti tipologie di vita anche a scapito della dignità del vivere. In ogni caso, una definizione di tipo essenzialistico non è praticabile perché tende a essere avulsa dai bisogni reali, correlata a un ideal-tipo immaginato e decontestualizzato che si presta alla standardizzazione e alla burocratizzazione, approcci inaccettabili sia socialmente che giuridicamente. Ed allora, il rispetto della dignità umana e della dignità del vivere, il diritto al futuro e la necessità che i diritti della persona non subiscano pregiudizi né nei luoghi di partenza, né in quelli di arrivo, sono i criteri a cui ispirare una politica dell'accoglienza più coraggiosa, meno populista, e maggiormente rispettosa dei principi giuridici di civiltà e della elaborazione sociale e giuridica del diritto alla vita.

Ma non è neppure auspicabile, perché la diversità delle definizioni può servire tanto a soddisfare le differenti esigenze dei vari attori in campo, quanto la sua natura strutturalmente mutevole e adattabile.

La protezione sussidiaria tra minaccia individuale e pericolo generalizzato

di *Silvia Albano*

L'esigenza di garantire un'area più ampia di protezione internazionale, rispetto allo *status* di rifugiato, porta la protezione sussidiaria ad assumere contorni meno precisi: la valutazione della gravità della minaccia individuale e della intensità del conflitto armato appaiono i contorni più suscettibili di contrastanti interpretazioni di fronte al presentarsi di sempre nuove e più gravi minacce alla incolumità ed alla dignità della persona umana.

1. Quadro normativo

La protezione internazionale è stata introdotta e regolamentata per la prima volta nell'Unione europea con la direttiva 29 aprile 2004 n. 2004/83/Ce (cd. Direttiva Qualifiche)[1], recante«*norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*»[2], la quale definisce due forme di protezione internazionale: lo *status* di rifugiato (trattato nel precedente capitolo) e la protezione sussidiaria.

La protezione sussidiaria è stata introdotta in attuazione del Trattato di Amsterdam del 1997 ed in attuazione delle deliberazioni assunte dalla riunione straordinaria del Consiglio europeo di Tampere del 1999, al fine di predisporre uno strumento di protezione anche a favore di chi non avesse i requisiti per beneficiare dello *status* di rifugiato[3].

Il considerando 24 della Direttiva specifica, infatti, che «*la protezione sussidiaria dovrebbe avere carattere complementare e supplementare rispetto alla protezione dei rifugiati sancito dalla Convenzione di Ginevra*».

L'esigenza si è posta in quanto la definizione di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, è resa particolarmente rigida dalla tassativa elencazione dei motivi a cui è necessario ricondurre la persecuzione, sicché non avrebbero trovato protezione situazioni senz'altro meritevoli di tutela in base al diritto pattizio ed europeo già vigente[4].

1. In Guce 30.9.1994, L 304, entrata in vigore il 20.10.2004.

2. V. Considerando 6 della Direttiva: «Lo scopo principale della presente Direttiva è quello, da una parte, di assicurare che gli Stati membri applichino criteri comuni per identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale e, dall'altra, di assicurare che un livello minimo di prestazioni sia disponibile per tali persone in tutti gli Stati membri».

3. V. Considerando 5 della Direttiva: «Le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere precisano che lo *status* di rifugiato deve essere completato da misure relative a forme sussidiarie di protezione che offrano uno *status* appropriato a chiunque abbia bisogno di protezione internazionale».

4. Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (approvata dall'assemblea delle Nazioni unite il 10 dicembre del 1948), Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (come modificata dal Protocollo 11 e 14), Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata ufficialmente a Nizza nel dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, divenuta giuridicamente vincolante nell'Ue con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, a dicembre 2009, ed ora ha lo stesso effetto giuridico dei trattati dell'Unione, Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 10.12.1984, Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, adottato dall'Onu a New York il 18.12.2002.

La Corte di giustizia Ue ha più volte affermato che «*emerge dai Considerando 5, 6 e 24 della Direttiva* [Qualifiche] *che i criteri minimi di concessione della protezione sussidiaria devono consentire di completare la protezione dei rifugiati sancita dalla Convenzione relativa allo* status *dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, identificando le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale e offrendo loro uno* status *appropriato*»[5].

La Direttiva lascia salva la possibilità per gli Stati di prevedere trattamenti più favorevoli purché compatibili con le disposizioni della Direttiva medesima (art. 3).

Scopo della Direttiva è, infatti, la definizione di «*Una politica comune nel settore dell'asilo, che preveda un regime europeo comune in materia di asilo, [che] costituisce uno degli elementi fondamentali dell'obiettivo dell'Unione europea relativo all'istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto a quanti, spinti dalle circostanze, cercano legittimamente protezione nella Comunità*» (Considerando 1)[6].

La Direttiva è stata attuata nel nostro ordinamento con il Decreto legislativo 19 novembre 2007 n. 251, pubblicato il 4.1.2008 ed entrato in vigore il 19.1.2008.

«*Nel Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, adottato il 15 e 16 ottobre 2008, il Consiglio europeo [aveva] rilevato che sussist[evano] forti divergenze fra gli Stati membri per quanto riguarda[va] la concessione della protezione e [aveva] sollecitato ulteriori iniziative, compresa una proposta di procedura unica in materia di asilo che preved[esse] garanzie comuni, per completare l'istituzione, prevista dal programma dell'Aia, del sistema europeo comune di asilo, e offrire così un livello di protezione più elevato*»[7], sicché, in data 13 dicembre 2011, è stata emanata la Direttiva 2011/95/Ue8 (cd. nuova Direttiva Qualifiche), «*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*», la quale tende a realizzare un avvicinamento maggiore delle norme relative al riconoscimento ed agli elementi essenziali della protezione internazionale, prevedendo anche la possibilità per gli Stati membri di riconoscere ai cittadini di Paesi terzi od apolidi la possibilità di permanere sul territorio nazionale per motivi caritatevoli od umanitari su base discrezionale.[9]

La nuova Direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento dal Decreto legislativo 21 febbraio 2014 n. 18, pubblicato il 7 marzo 2014, che ha apportato le modifiche conseguenti al d.lgs n. 251/2007.

2. Definizione

Il d.lgs n. 251/2007 all'art 2 lettera g), come la Direttiva 2004/83/Ce ed ora la Direttiva 2011/95/Ue, definisce «persona ammissibile alla protezione sussidiaria» il cittadino di un Paese non appartenente all'Unione europea o l'apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di apolide, se ritornasse nel Paese di residenza abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dall'art. 14, d.lgs n. 251/2007 e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese.

La nozione di persona ammissibile alla protezione sussidiaria è poi completata dall'art. 17, d.lgs n. 251/2007, rubricato «Riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria» che, conformemente agli artt. 18 delle due Direttive Qualifiche, dispone che «*la domanda di protezione sussidiaria ha come esito il riconoscimento dello* status *di protezione sussidiaria, in conformità agli articoli 3, 4, 5 e 6, se ricorrono i presupposti di cui all'art. 14 e non sussistono le cause di cessazione e di esclusione di cui agli articoli 15 e 16*».

Come quello di rifugiato, anche lo *status* di protezione sussidiaria viene conseguentemente riconosciuto, e non concesso, a chi possiede i requisiti

5. Corte giustizia, Quarta sezione, sentenza del 30 gennaio 2014, nella causa C-285/12, Aboubacar Diakité contro Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Belgio).

6. Sull'evoluzione storica degli strumenti legislativi e pattizi in materia di protezione internazionale si veda Stefano Celentano «*Lo* status *di rifugiato e la politica dell'accoglienza*» in questo numero della *Rivista*, p.67.

7. Considerando 8 della direttiva 2011/95/Ue.

8. In Guce 20.12.2011, L 337/9.

9. V. considerando 15 della nuova Direttiva Qualifiche: «*La presente direttiva non si applica ai cittadini di Paesi terzi o agli apolidi cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale*».

indicati nella definizione (clausole di inclusione) quando non sussistono circostanze normativamente predeterminate per cui tale persona, pur rispondendo ai criteri positivi della definizione, non può essere ammessa a tale forma di protezione (clausole di esclusione).

Da questa definizione possiamo trarre alcuni importanti principi, che hanno notevoli risvolti nell'applicazione concreta della normativa.

2.1. Protezione internazionale – concetto unitario

In primo luogo, il requisito negativo richiesto (la protezione sussidiaria viene riconosciuta qualora non sussistano i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato) evidenzia che la protezione internazionale è istituto unitario nel sistema asilo europeo ed italiano, inquadrato tra i diritti fondamentali della persona, e comprende lo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria e, nel nostro ordinamento, anche la protezione umanitaria (disciplinata nell'ordinamento italiano e contemplata, come si è visto, nell'ordinamento della Ue)[10].

Ciò comporta che la domanda di protezione internazionale deve considerarsi unica: gli organi amministrativi (le Commissioni Territoriali) e giurisdizionali che esamineranno la domanda del richiedente dovranno comunque, a prescindere dalla domanda di parte, anzitutto verificare la sussistenza dei requisiti per riconoscere lo *status* di rifugiato; in mancanza di questi, verificare la sussistenza dei requisiti per riconoscere la protezione sussidiaria ed, infine, in caso di esito negativo di tali verifiche, la sussistenza dei requisiti per riconoscere la protezione umanitaria (cfr. art. 8 d.lgs n. 25/2008, e successive modifiche, che costituisce attuazione della direttiva 2005/85/Ce – cd. Direttiva Procedure –, ed art. 10 Direttiva 2013/32/Ue – cd. Nuova Direttiva Procedure – che ha trovato attuazione con il d.lgs n. 142/2015).

2.2. Diritto soggettivo e soggetti[11]

L'utilizzo del termine "riconoscimento", e non concessione, implica che, in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, sussiste un diritto soggettivo perfetto del richiedente (che, peraltro, come si è visto, ha natura di diritto fondamentale della persona), che preesiste alla pronuncia, la quale ha, pertanto, carattere dichiarativo del diritto e non costituivo (tale carattere investe tutte le forme di protezione internazionale previste dal nostro ordinamento, compresa la protezione umanitaria)[12]. Ciò implica anche la sua azionabilità fin dall'ingresso nel Paese, anche se illegale, e l'impossibilità di ogni compressione[13].

Inoltre, la circostanza che il richiedente debba trovarsi fuori dal suo Paese di origine o di dimora abituale, non implica che debba averlo lasciato illegalmente e neppure che debba averlo lasciato a causa di un fondato timore di persecuzione o di rischio di danno grave.

L'art. 5, Direttiva 2004/83/Ce («Bisogno di protezione internazionale sorto fuori dal paese d'origine "*sur place*"») – rimasto inalterato nella direttiva 2011/95/Ue – dispone infatti, al comma 1, che «*Il fondato timore di essere perseguitato o il rischio effettivo di subire un danno grave può essere basato su avvenimenti verificatisi dopo la partenza del richiedente dal suo Paese di origine*».

La situazione di coloro che sono a rischio di persecuzione o di danno grave per scelte o attività poste in essere quando si trovavano già all'estero è invece considerata nei commi 2 e 3 dell'art. 5 citato.

Il comma 2 prevede che «*Il timore fondato di essere perseguitato o il rischio effettivo di subire un danno grave può essere basato su attività svolte dal richiedente dopo la sua partenza dal Paese di origine, in particolare quando sia accertato che le attività addotte costituiscono l'espressione di convinzioni o orientamenti già manifestati nel Paese di origine*»; mentre il comma 3, con riferimento allo *status* di ri-

---

10. La Suprema corte ha avuto modo più volte di affermare che il diritto di asilo costituzionale viene a configurare la categoria generale entro la quale trovano collocazione tutte le forme di protezione incluse nella nozione di protezione internazionale, ciascuna delle quali rappresenta solo una parte della più ampia tutela riconosciuta dall'art. 10, 3° co., Cost.: Cass. 4455 del 2018, 10686 del 2012, 16362 del 2016.

11. Per gli aspetti comuni tra lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria in ordine ai soggetti che possono beneficiarne, ai soggetti responsabili della persecuzione o del danno grave ed ai soggetti che offrono protezione, si rimanda all'articolo di Stefano Celentano cit., salvo l'analisi di alcuni aspetti particolari che verranno trattati nel presente scritto.

12. Così Cass. sez. un. Ordinanza n. 19393 del 2009, in tema di protezione umanitaria nella quale si afferma «*L'identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo* status *di rifugiato e del diritto costituzionale di asilo, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali*».

13. Si veda ad esempio Cass. 15.12.2009 n. 26253, ma anche a Corte Edu, 23.2.2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia, sentenza che ha sanzionato l'Italia per il respingimento in alto mare dei profughi eritrei e somali avvenuto nel maggio 2008 - ha equiparato il respingimento alla frontiera o in alto mare all'espulsione di chi si trova già sul territorio nazionale. La Corte ha pertanto condannato l'Italia – oltre che per violazione del divieto di espulsioni collettive (di cui all'art. 4, Protocollo aggiuntivo n. 4, Cedu) e per violazione dell'art. 3, Cedu (in quanto i ricorrenti erano stati esposti al rischio di essere sottoposti a maltrattamenti in Libia e di essere rimpatriati in Eritrea e Somalia) – anche per violazione del diritto ad un effettivo ricorso giurisdizionale contro il respingimento e, implicitamente, del diritto potenziale di presentare domanda di asilo.

fugiato, aggiunge che, «*fatta salva la convenzione di Ginevra, gli Stati membri possono stabilire di non riconoscere di norma lo* status *di rifugiato a un richiedente che abbia introdotto una domanda successiva se il rischio di persecuzione è basato su circostanze determinate dal richiedente stesso dopo la sua partenza dal Paese di origine*».

Poiché nel recepire la direttiva 2004/83/Ce l'art. 4, d.lgs n. 251/2007 non ha richiamato il comma 3 dell'art. 5, e quindi il legislatore italiano non si è avvalso della facoltà riconosciuta dall'Unione europea agli Stati membri, nel nostro ordinamento non solo una persona può essere riconosciuta bisognosa della protezione internazionale anche a seguito di situazioni sopravvenute nel Paese di origine durante la sua assenza, ma può diventare rifugiato, oltre che essere ammessa alla protezione sussidiaria, anche se il rischio di persecuzione future o di danni gravi nel Paese di origine si basa su circostanze determinate dal richiedente dopo la partenza dal suo Paese.

3. Danno grave

Oltre al requisito soggettivo (essere cittadino straniero od apolide che non ha la residenza abituale nel territorio dell'Unione europea) e negativo (non possedere i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato), la norma richiede la sussistenza di un rischio effettivo di un danno grave in caso di ritorno nel Paese di origine o di residenza abituale, così come definito dall'art 14 del d.lgs n. 251 del 2007 (che riproduce l'art. 15 della Direttiva Qualifiche).

Non tutti i danni astrattamente qualificabili come gravi sono però rilevanti ai fini del riconoscimento di questa forma di protezione, ma lo sono solo ed esclusivamente quelli che rientrano nella elencazione tassativa delle previsioni normative comunitarie ed interne.

L'art 14 così definisce il danno grave: «*Ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sono considerati danni gravi: a) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale*».

Dalla dizione normativa si ricava che il rischio debba essere effettivo, il che non implica certezza, ma pericolo concreto, basato su situazioni oggettive, senza che, a differenza della disciplina dello status di rifugiato, sia necessariamente collegato a motivi predeterminati dalla norma.

3.1. Zona di provenienza

Non è necessario, nel nostro ordinamento, che il rischio effettivo di subire un danno grave si estenda all'intero territorio del Paese di origine, in quanto lo Stato italiano non si è avvalso della facoltà prevista dall'art. 8 della Direttiva 2004/83/Ce. Tale norma, peraltro, è stata innovata dalla nuova Direttiva Qualifiche, il cui art. 8 dispone ora che la possibilità degli Stati membri di non riconoscere la protezione a coloro che in una parte del Paese di origine non abbiano motivo di temere persecuzioni o danni gravi, è subordinata all'accertamento (da effettuarsi sulla base di informazioni sulla situazione di quella parte del Paese precise ed aggiornate e provenienti da fonti pertinenti quali l'Alto Commissario delle Nazioni unite per i rifugiati e l'Ufficio europeo di sostegno all'asilo) che gli interessati possano recarvisi ed esservi ammessi senza pericolo e se è ragionevole supporre che vi si stabiliscano. Ma, anche, la norma contenuta nella nuova direttiva non è entrata in vigore nel nostro ordinamento e non può, pertanto, costituire un criterio applicabile per escludere il riconoscimento di qualsiasi forma di protezione[14].

3.2. Lettere a) e b) - individualizzazione del rischio – differenze con il requisito richiesto per il riconoscimento dello status di rifugiato

Al di là della apparente chiarezza delle definizioni normative, non sempre differenziare le ipotesi in cui il rischio comporti il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria è operazione di agevole esecuzione, soprattutto con riferimento alle ipotesi di cui alle lettere a) e b) dell'art 14 del d.lgs n. 251/2007, e successive modifiche.

In relazione a tali ipotesi, la Corte di cassazione ha avuto più volte modo di affermare che "*l'esposizione al pericolo di morte o a trattamenti inumani e degradanti, pur dovendo rivestire un certo grado d'individualizzazione (per esempio, per l'apparte-*

14. V. Cass. civ., sez. 6, ordinanza n. 2294/2012: «*In tema di protezione internazionale dello straniero, il riconoscimento del diritto ad ottenere lo* status *di rifugiato politico, o la misura più gradata della protezione sussidiaria, non può essere escluso, nel nostro ordinamento, in virtù della ragionevole possibilità del richiedente di trasferirsi in altra zona del territorio del Paese d'origine, ove egli non abbia fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corra rischi effettivi di subire danni gravi, atteso che tale condizione, contenuta nell'art. 8 della Direttiva 2004/83/Ce, non è stata trasposta nel d.lgs n. 251 del 2007, essendo una facoltà rimessa agli Stati membri inserirla nell'atto normativo di attuazione della Direttiva*», nello stesso senso v. anche Cass. Sez. 6 - 1, Sentenza n. 8399 del 2014.

nenza ad una comunità, ad un gruppo sociale, ad un genere, ad una fazione religiosa o politica etc.) non deve avere i caratteri più rigorosi del fumus persecutionis. *La differenza con il rifugio politico si coglie, anche in queste ipotesi, nell'attenuazione del nesso causale tra la vicenda individuale e il pericolo rappresentato»*[15].

Già la lettura di questo principio di diritto può porre seri problemi interpretativi in quanto «*l'appartenenza ad una comunità, ad un gruppo sociale, ad un genere, ad una fazione religiosa o politica*», sono tutti requisiti richiesti anche per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

La differenziazione dovrebbe sostanzialmente basarsi sul grado di personalizzazione del rischio, distinguendo in sostanza il caso in cui questo possa concretizzarsi in una persecuzione personale diretta a quel singolo richiedente in quanto appartenente ad un determinato gruppo sociale ecc., dal caso in cui il richiedente, in quanto appartenente a quel determinato gruppo sociale o altro, possa correre il rischio di subire trattamenti umani o degradanti o gli altri danni gravi elencati dall'art 14 lettere a) e b).

Avendo riguardo all'applicazione concreta che alcuni giudici di merito hanno fatto di tale principio, il concetto può risultare più chiaro.

La linea seguita dalla sezione specializzata del Tribunale di Roma, ad esempio, in relazione all'appartenenza al genere femminile quale "gruppo sociale" propriamente detto, della quale dà conto la prof. Enrica Rigo nell'articolo «*La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte*» in questo numero della *Rivista,* p.117 risponde a tali principi[16].

Muovendo dall'analisi della condizione delle donne nigeriane[17] nella quale si dà conto di una situazione generale che, da un lato, è utile per vagliare la credibilità del racconto, dall'altro può costituire uno dei presupposti per la concessione dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, rispettivamente, a seconda che risulti o venga rappresentato che la richiedente rischi in concreto di essere, o di essere stata, lei personalmente vittima di persecuzione (tratta, mutilazione genitale femminile, matrimonio forzato, ecc.) oppure corra il rischio concreto di esserlo solo in quanto appartenente al genere

---

15. Cass. n. 6503 del 2014; nello stesso senso v. Cass. n. 22111/2014.

16. Si rinvia alla giurisprudenza citata nell'articolo della prof.ssa Rigo, in questo numero della *Rivista*, v. anche decreto emesso il 13.4.2018 nel procedimento n. 79656/2017 R.G. e decreto emesso il 20.4.2018 nel procedimento n. 81169/2017 R.G.

17. In motivazione si legge: «*Le donne e le ragazze nigeriane sono soggette a traffico sessuale in tutta Europa, dove sono sottoposte alla prostituzione forzata, mentre il governo della Nigeria non soddisfa pienamente gli* standard *minimi per l'eliminazione del traffico, anche se sta facendo sforzi per contrastarlo ... . La perdita del sostegno della famiglia o della comunità sembra essere un tratto comune a molte donne trafficate. In uno studio condotto nel Regno unito e in Nigeria sulla tratta delle donne nigeriane (2012), Cherti e al. osservano: «Le persone trafficate del nostro campione hanno avuto vite diverse ma hanno in comune un'esperienza scatenante o nell'infanzia, ad esempio l'essere rimaste orfane, che le ha portate ad essere prive dell'appoggio della famiglia o della comunità. A causa dell'accesso limitato all'istruzione, al lavoro o alla protezione dalla violenza, non erano in grado di mantenersi ed erano vulnerabili alle offerte di "aiuto" fatte dai trafficanti [...]». «In genere le donne trafficate provengono da famiglie numerose, povere, disoccupate o sottoccupate, che si trovano ad affrontare difficoltà economiche [...]». (v. rapporto Easo cit.) ... . L'Unodc osserva: «La tratta di giovani donne dalla Nigeria in Europa a scopo di sfruttamento sessuale è uno dei flussi di tratta più persistenti ... L'Italia e la Spagna sembrano essere le destinazioni principali delle nigeriane trafficate ...» (Easo - European Asylum Support Office: Nigeria; Sex trafficking of women, October 2015 (available at ecoi.net) www.ecoi.net/file_upload/90_1445949766_2015-10-easo-nigeria-sex-trafficking.pdf)».*
«È, altresì, indubbio che in Nigeria sussista un elevato rischio che le donne vengano sottoposte alla pratica della mutilazione genitale femminile, che è notevolmente diffusa in tale Paese. Gli atti di mutilazione genitale femminile costituiscono atti di persecuzione per motivi di appartenenza ad un determinato gruppo sociale e, se accertata la loro specifica riferibilità alla persona della richiedente, costituiscono il presupposto per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 2 e seguenti del d.lgs 19.11.2007, n. 251, attuativo della Direttiva 2004/83/Ce, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta. Pertanto, anche in assenza di persecuzioni personali, il rischio della donna di essere sottoposta a mutilazioni genitali insieme all'impossibilità per la stessa di trovare protezione nelle autorità locali possono essere motivi fondanti il riconoscimento della protezione sussidiaria. L'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati (Unhcr), già nel maggio del 2009, aveva evidenziato la gravità e la pericolosità della mutilazione genitale femminile, praticata spesso su neonate o bambine che non abbiano ancora compiuto i 15 anni di età, con conseguenze estremamente negative, fisiche e mentali, di lungo periodo, giungendo a considerarla come "una forma di violenza basata sul genere che infligge grave danno, sia fisico che mentale, e costituisce fondato motivo di persecuzione"... . È una forma di trattamento inumano e degradante, equiparato all'atto della tortura, come affermato dalla giurisprudenza internazionale e dalla dottrina giuridica, tra cui molti organi delle Nazioni unite per il monitoraggio sui trattati, le Procedure speciali del Consiglio dei diritti umani e la Corte europea dei diritti dell'uomo... . La mutilazione genitale femminile trova la propria matrice nelle tradizioni culturali e nelle credenze religiose, ed è legata all'etnia, al grado di istruzione, all'area di provenienza, nonché alle variazioni storiche del Paese. L'indagine dell'Ndhs, Nigeria Demography and Health Survey 2013, ha mostrato che essa è strettamente legata al gruppo etnico di provenienza e viene praticata in ragione dell'età. ... Occorre, infine, evidenziare che il rischio di essere sottoposti a tale pratica è ulteriormente aggravato dall'impunità che regna nel territorio nigeriano da lungo tempo. ... nonostante l'avvenuta criminalizzazione federale, le autorità non hanno in concreto intrapreso alcuna azione legale per frenare tale pratica ...». V. Trib Roma decreto del 20.4.2018 nel procedimento n. 81169/2017, cit.

femminile, senza che risultino atti persecutori diretti a lei personalmente[18].

3.3. Art 14 d.lgs n. 251/2007 lettera a)

Tale norma risponde alla necessità di protezione dalla pena di morte per la quale vige il divieto assoluto sancito dall'art 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Cedu all'art 2 prevedeva ancora alcune deroghe).

Concerne esclusivamente la pena di morte irrogata dallo Stato e prende in considerazione sia il rischio del richiedente di subire una condanna a morte quando una decisione in tal senso non è stata ancora emessa, sia il rischio del richiedente di essere sottoposto alla pena capitale in esecuzione di una sentenza già pronunciata.

Naturalmente, se la condanna a morte è stata o potrebbe essere comminata per ragioni riconducibili alla Convenzione di Ginevra, al richiedente deve essere riconosciuto lo *status* di rifugiato in applicazione delle regole e dei principi già esposti.

3.4. Art 14 d.lgs n. 251/2007 lettera b)

Il riferimento è all'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che stabiliscono il divieto assoluto di torture e di pene o trattamenti inumani o degradanti.

In linea con il carattere assoluto della disposizione di cui all'art 3 (ripresa poi dalla Carta), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ribadito che il diritto che in essa trova espressione costituisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche europee[19], la cui violazione integra una lesione non solo alla dignità della persona ma anche e soprattutto al corpo dei principi essenziali che fondano l'Europa come istituzione. Il carattere non derogatorio dell'art. 3 della Cedu (nonché delle altre nome citate) e gli obblighi *erga omnes* che ne derivano hanno spinto la dottrina a ritenere che la proibizione della tortura e di altre forme di maltrattamento inumano o degradante si collochi al rango dello *jus cogens* nell'ambito della gerarchia delle fonti del diritto internazionale[20].

La definizione di tortura è contenuta nell'art. 1 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 10.12.1984 ed entrata in vigore il 26.6.1987[21], in base al quale «*il termine "*tortura*" indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimorire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate. 2. Tale articolo non reca pregiudizio a qualsiasi strumento internazionale o a qualsiasi legge nazionale che contenga o possa contenere disposizioni di più vasta portata*». All'art 2 precisa: «*Nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di eccezione, può essere invocata per giustificare la tortura*».

---

18. V. il Considerando 3° della nuova Direttiva Qualifiche: «È altresì necessario introdurre una definizione comune del motivo di *persecuzione costituito dall'"appartenenza a un determinato gruppo sociale". Per la definizione di un determinato gruppo sociale, occorre tenere debito conto, degli aspetti connessi al sesso del richiedente, tra cui l'identità di genere e l'orientamento sessuale, che possono essere legati a determinate tradizioni giuridiche e consuetudini, che comportano ad esempio le mutilazioni genitali, la sterilizzazione forzata o l'aborto coatto, nella misura in cui sono correlati al timore fondato del richiedente di subire persecuzioni*».

19. Sentenza della Corte Edu in causa Soering c. Regno Unito, 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, Sessione Plenaria, par. 88, disponibile sul sito www.echr.coe.int.

20. Arai-Yokoi, *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. XXI, 2004, p. 386.

21. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la L. n. 489/1988, ma ne è stata data una parziale attuazione solo recentemente con la legge 14/07/2017 n. 110, Gu 18/07/2017, a seguito delle sentenze della Corte europea dei diritti umani di Strasburgo che hanno condannato l'Italia per la condotta tenuta dalle forze dell'ordine durante i noti plurimi fatti avvenuti durante il G8 di Genova del 2001, nella Caserma del reparto mobile di Bolzaneto e nel corso dell'irruzione alla Diaz, dove secondo i giudici le azioni della Polizia ebbero «finalità punitive» con una vera e propria «rappresaglia, per provare l'umiliazione e la sofferenza fisica e morale delle vittime». La Corte parlò quindi di «tortura» e invitò l'Italia a «dotarsi di strumenti giuridici in grado di punire adeguatamente i responsabili di atti di tortura o altri maltrattamenti impedendo loro di beneficiare di misure in contraddizione con la giurisprudenza della Corte» (V. Corte Edu, IV sez., sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, che costituisce la prima condanna della Corte Edu in relazione alle violenze perpetrate dalle forze di Polizia italiane in occasione delle manifestazioni contro il G8 di Genova del 2001, altre ne sono seguite il 22 giugno 2017 ed il 26 ottobre 2017).

La Corte Edu ha più volte ribadito che, per stabilire se una determinata forma di maltrattamento debba essere definita tortura, si deve tenere presente la distinzione operata dall'art. 3 tra questa e la nozione di trattamenti inumani o degradanti. Deve però essere ribadito che il carattere acuto delle sofferenze è «per la sua stessa natura relativo; esso dipende dalle complessive circostanze del caso concreto, in particolare dalla durata del trattamento e dai suoi effetti fisici o psichici nonché, a volte, dal sesso, dall'età, dallo stato di salute della vittima, ecc.». Oltre alla gravità dei trattamenti, la «tortura» implica una volontà deliberata, come stabilito dalla Convenzione adottata dalle Nu»[22].

Mentre la definizione di tortura è contenuta nella Convenzione sopra citata, meno agevole è la definizione di trattamenti inumani e degradanti.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo una pena o un trattamento sono inumani quando – tenuto conto della intensità e della gravità delle lesioni inferte – provocano, anche non intenzionalmente, danni fisici concreti o sofferenze fisiche o mentali molto serie.

Sono invece degradanti i trattamenti o le pene che umiliano o sminuiscono l'individuo e, generando sentimenti di angoscia, inferiorità e paura, ledono gravemente la sua dignità umana[23]. La pubblicità non è ritenuta componente essenziale di un trattamento degradante, dal momento che l'individuo può essere mortificato davanti a sé, oltre che davanti al altri[24].

Affinché una pena o un trattamento possano essere qualificati inumani o degradanti, occorre tuttavia che venga superata una soglia minima di gravità.

Questo giudizio – che è sempre relativo – dipende da uno specifico apprezzamento del caso concreto, che tenga conto altresì della situazione generale del Paese e della situazione particolare dell'interessato. Rilevano, a tal fine, il tipo, la durata e le conseguenza fisiche o mentali subite dalla vittima in rapporto alle sue condizioni personali (quali, per esempio, l'età, il sesso e lo stato di salute della vittima) ed eventualmente anche «lo scopo di umiliare e avvilire l'interessato» che ha determinato il trattamento, anche se, normalmente, l'assenza di questo fine non è risolutivo per escludere la violazione[25].

Come si è visto non è necessario che i soggetti responsabili del danno grave siano agenti istituzionali, ma possono essere anche soggetti privati[26].

Tale principio è stato affermato più volte anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale ha avuto modo di affermare che il timore di un danno grave alla persona direttamente proveniente da un familiare o da soggetti terzi privati è idoneo ad integrare i requisiti di cui all'art. 14 lettera b) del d.lgs 251 del 2007 quando venga dedotta ed allegata la mancanza di protezione da parte delle autorità statuali, incapaci di fronteggiare i fenomeni di violenza privata derivanti da regole tribali o ritorsioni sostanzialmente tollerate; verifica da effettuare anche attivando i poteri officiosi del giudice derivanti dall'obbligo di cooperazione previsto dall'art. 3 d.lgs n. 251/2017[27].

In particolare, in caso di violenza domestica, la Suprema corte ha affermato che in virtù degli artt. 3 e 60 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, anche gli atti di violenza domestica sono riconducibili all'ambito dei trattamenti inumani o degradanti considerati dall'art. 14, lett. b), del d.lgs n. 251 del 2007 ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sicché è onere del giudice verificare in concreto se, pur in presenza di minaccia di danno grave ad opera di un "soggetto non statuale", ai sensi dell'art. 5, lett. c), del decreto citato, lo Stato di origine sia in grado di offrire alla donna adeguata protezione.[28]

---

22. V., per tutte, Corte Edu, IV sez., sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia citata.

23. Sentenza della Corte Edu in causa Price c. Regno Unito, 10 ottobre 2001, ricorso n. 33394/96, Terza Sezione, paragrafi 24-30.

24. Sentenza della Corte Edu in causa Tyrer c. Regno Unito, 25 aprile 1978, par. 32.

25. Per un *escursus* della giurisprudenza della Corte Edu in particolare in tema di applicazione dell'art 3 della Cedu, si veda Alessia Gori in www.altrodiritto.unifi.it/rivista/2015/gori/cap2.htm;

26. Così, ad esempio, nella sentenza A. c. Regno Unito, 23.09.1998, riferimento n. 25599/94, par. 20, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 3 della Convenzione, nella circostanza in cui il ricorrente era stato picchiato violentemente dal patrigno e questi avesse addotto come giustificazione la necessità di applicare un castigo ragionevole. Questo caso rappresenta un'applicazione orizzontale della norma in analisi, che offre una tutela contro i maltrattamenti anche quando gli autori sono privati ai danni di altri privati. La Corte ha ritenuto responsabile del trattamento disumano e degradante lo Stato convenuto per il fatto di non aver saputo tutelare il giovane dai maltrattamenti subiti da un privato e vietati dalla norma convenzionale;

27. V. Cass. ordinanza n. 0319/2017, ordinanza n. 16356/2017, ordinanza n. 23604/2017.

28. Cass. ord. n. 12333/2017; sempre sulla base degli artt. 3 e 60 della Convenzione di Istanbul, la Suprema corte ha riconosciuto lo *status* di rifugiata ad una donna in caso di matrimonio forzato: Cass. sent. n. 28152/2017.

3.4.1. Salute

La giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, in materia di applicazione del principio di *non refoulement*, aveva avuto più volte modo di affermare che non poteva disporsi l'espulsione di uno straniero verso un Paese dove non riceverebbe cure mediche adeguate che lo esporrebbero ad un serio e grave deterioramento delle sue condizioni di salute[29]. Tale principio è stato costantemente applicato per impedire l'espulsione dello straniero irregolare (situazione nella quale la giurisprudenza del nostro Paese individua i presupposti per riconoscere la protezione umanitaria[30]), ma è stato escluso dalla Corte di giustizia che tale condizione potesse integrare i presupposti per la concessione della protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 15 lettera b) della Direttiva Qualifiche (corrispondente all'art. 14 lett.b) del d.lgs n. 251/2007), salvo la privazione di assistenza sanitaria fosse inflitta intenzionalmente al richiedente nel Paese di origine[31].

Tale interpretazione delle Direttiva Qualifiche fornita dalla Corte di giustizia si prestava a critiche, in quanto la norma non prevede che il danno grave, al quale andrebbe incontro il richiedente se tornasse nel Paese di origine sotto forma di trattamenti inumani o degradanti, debba essere inflitto intenzionalmente.

Recentemente, la Grande sezione della Corte di giustizia Ue, con la sentenza del 24 aprile 2018 nella causa C-353/16, nel dispositivo ha posto nuovamente l'accento sull'elemento intenzionale della privazione delle cure mediche adeguate, ma dalla motivazione possono trarsi importanti elementi sul concetto di "intenzionalità" al quale intende fare riferimento la Corte.

Si trattava di un caso nel quale il richiedente proveniva dallo Sri Lanka ed era stato sottoposto nel Paese di origine a gravi torture in ragione della sua appartenenza all'organizzazione "Tigri per la liberazione dell'Eelam Tamil"; aveva, inoltre, documentato che presentava postumi delle torture: soffriva di una grave forma depressiva, mostrava forti tendenze al suicidio e sembrava seriamente determinato a commettere suicidio in caso di ritorno nello Sri Lanka. Il Giudice di primo grado aveva rigettato il ricorso ritenendo che il richiedente non destasse più l'interesse delle autorità dello Sri Lanka e non rischiasse di subire nuovi maltrattamenti in caso di rientro nel Paese di origine. Proposto appello, il giudice del secondo grado aveva parzialmente accolto il ricorso in conformità del costante orientamento giurisprudenziale, sia della Corte Edu che della Corte di giustizia in materia di obbligo di *non refoulement*, rilevando che il solo rientro nel paese avrebbe esposto il richiedente a rischio suicidio e che, comunque, in Sri Lanka non vi erano strutture adeguate per la cura delle malattie mentali.

Il richiedente aveva impugnato la decisione ritenendo vi fossero i presupposti per la concessione della protezione sussidiaria.

La Corte di giustizia, investita del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 Tfue, ha ribadito in motivazione che l'art. 15 lettera b) della Direttiva Qualifiche deve essere letto alla luce dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ha carattere assoluto, in quanto strettamente connesso al rispetto della dignità umana di cui all'art 1 della Carta[32]; che i diritti garantiti dall'art. 4 corrispondono a quelli garantiti dall'art. 3 della Cedu e che, pertanto, essi devono essere anche alla luce della giurisprudenza della Corte Edu relativa all'art. 3, che ha più volte affermato che la sofferenza dovuta ad una malattia sopravvenuta per cause naturali, fisica o mentale, può ricadere nella portata di tale articolo 3 se è o rischia di essere esacerbata da un trattamento risultante da condizioni

29. «*Gli articoli 5 e 13 della Direttiva 2008/115/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, letti alla luce degli articoli 19, paragrafo 2, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), della stessa direttiva devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale:*
- *che non conferisce effetto sospensivo a un ricorso proposto contro una decisione che ordina a un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia di lasciare il territorio di uno Stato membro, quando l'esecuzione di tale decisione può esporre tale cittadino di paese terzo a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute, e*
- *che non prevede la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di detto cittadino di paese terzo, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale tale Stato membro è tenuto a rinviare l'allontanamento del medesimo cittadino di paese terzo in seguito alla proposizione di tale ricorso.*» Corte di giustizia Ue, Grande sezione, sentenza del 18 dicembre 2014, nella causa C-562/13.

30. V. ad esempio Cassazione, sez. VI, ord. n. 15466/2014.

31. «*l'articolo 15, lettera b), della direttiva 2004/83 deve essere interpretato nel senso che il danno grave da esso definito non ricomprende una situazione in cui il trattamento inumano o degradante, come contemplato dalla normativa di cui trattasi nel procedimento principale, che un richiedente affetto da una grave malattia potrebbe subire in caso di ritorno nel suo Paese d'origine, sia dovuto all'assenza di terapie adeguate in tale Paese, senza che sia in discussione una privazione di assistenza sanitaria inflitta intenzionalmente a tale richiedente», sentenza della Corte di giustizia Ue, Grande* sezione, del 18 dicembre 2014, nella causa C-542/2013, par. 41.

32. Nello stesso senso v. sentenze del 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, C 404/15 e C 659/15 PPU, EU:C:2016:198, punti da 85 a 87, nonché del 16 febbraio 2017, C.K. e a., C 578/16 PPU, EU:C:2017:127, punto 59.

di detenzione, da un'espulsione o da altri provvedimenti, per il quale le autorità possono essere ritenute competenti, purché le sofferenze che ne conseguono raggiungano il livello minimo di gravità richiesto da tale articolo 3[33].

Ha aggiunto, poi, che per l'applicazione dell'obbligo di *non refulement* (sancito dall'art. 4 e dall'art. 19, par. 2, della Carta e dell'art. 5 della Direttiva 2008/2015 – cd. Direttiva Rimpatri – letto alla luce dell'art. 19) la mancanza di cure a cui sarebbe esposta tale persona, una volta espulsa, non deve derivare da atti od omissioni intenzionali dello Stato verso cui è rinviata. Non mette, quindi in discussione, come ritenuto anche dal giudice di ultima istanza del Regno unito, che il richiedente giammai avrebbe potuto essere espulso.

Ribadisce, però, che solo l'omissione intenzionale delle cure giustifica, secondo il ragionamento della Corte di giustizia, il riconoscimento della protezione sussidiaria.

Per chiarire tale concetto, ai fini dell'enunciazione del principio di diritto, la Corte rileva che per l'interpretazione dell'art. 15, lettera b), della Direttiva Qualifiche è elemento rilevante il fatto che il richiedente sia stato vittima di torture da parte delle autorità del suo Paese e continui a subire, a causa di ciò, rilevanti postumi post-traumatici che potrebbero aggravarsi in modo significativo od irrimediabile in caso di rientro in patria[34], ma l'intenzionalità della privazione di cure mediche adeguate (posto che non è in discussione la carenza oggettiva di strutture adeguate) deve essere valutata alla luce degli strumenti internazionali relativi ai diritti umani, così come previsto dal Considerando 25 della Direttiva Qualifiche.

Nel caso di specie la Corte ritiene debba farsi riferimento all'art. 14 della Convenzione contro la tortura, il quale prevede che gli Stati parte di tale Convenzione hanno l'obbligo di garantire, nei loro ordinamenti, alla vittima di un atto di tortura il diritto al risarcimento che comprenda i mezzi necessari ad una riabilitazione la più completa possibile, e, pertanto, afferma che il giudice del rinvio dovrà «*verificare, alla luce di tutti gli elementi d'informazione attuali e pertinenti, segnatamente le relazioni di organizzazioni internazionali e di organizzazioni non governative per la difesa dei diritti dell'uomo, se, nel caso di specie, MP possa essere esposto, in caso di ritorno nel suo Paese d'origine, a un rischio di privazione intenzionale di cure adeguate al trattamento dei postumi fisici o mentali degli atti di tortura commessi dalle autorità di tale Paese. Così avverrebbe se, in circostanze nelle quali, come nel procedimento principale, il cittadino di un Paese terzo rischia di commettere suicidio a causa del trauma derivante dalle torture che gli sono state inflitte dalle autorità del suo paese di origine, risulti chiaro che le stesse autorità, nonostante l'obbligo di cui all'articolo 14 della Convenzione contro la tortura, non siano disposte a garantirne la riabilitazione. Un rischio del genere potrebbe anche presentarsi qualora risultasse che dette autorità abbiano un comportamento discriminatorio in termini di accesso ai servizi di assistenza sanitaria, avente l'effetto di rendere più difficile, per taluni gruppi etnici o alcune categorie di persone, nelle quali rientrerebbe MP, l'accesso al trattamento dei postumi fisici o mentali degli atti di tortura commessi da tali autorità*»[35].

L'applicazione di tali principi al caso concreto può risultare non agevole: se, infatti, è chiaro che nel nostro ordinamento la mancanza di una struttura sanitaria nel Paese di origine in grado di offrire cure adeguate darebbe luogo al riconoscimento della protezione umanitaria in ossequio al principio di *non refulement* (nell'interpretazione costantemente datane dalla Cgue e dalla Corte Edu), che sarebbe sostanzialmente vanificato se a fronte del divieto di espulsione non fosse garantita la possibilità di soggiornare legalmente sul territorio nazionale; non è chiaro, in riferimento al caso trattato dalla Corte, se l'acclarata mancanza di strutture che potrebbero garantire al richiedente la riabilitazione, che conseguentemente lo Stato non è in grado di offrire, potrebbe comportare il riconoscimento della protezione sussidiaria: se, cioè, la circostanza che lo Stato non si doti delle strutture adeguate per garantire la riabilitazione delle vittime di tortura, possa essere considerata, come ritiene chi scrive, una privazione intenzionale delle cure necessarie.

3.5. Art. 14 d.lgs n. 251/2007 lettera c)

Mentre i danni gravi indicati nelle lett. a) e b) riguardano situazioni in cui l'interessato è esposto al pericolo, specifico e personale, di essere condannato a morte o all'esecuzione della pena di morte o di subire tortura o altre forme di trattamenti inumani o degradanti, il danno grave definito nella fattispecie sub c) riguarda il rischio di un danno più generale che si realizza in presenza di «*una minaccia grave ed indivi-*

33. V. punto 38 della sentenza in commento e v., in tal senso, Corte Edu, 13 dicembre 2016, Paposhvili c. Belgio, CE:ECHR:2016:1213JUD 004173810, §§ 174 e 175; sentenza del 16 febbraio 2017, C.K. e a., C 578/16 PPU, EU:C:2017:127, punto 68.

34. Punto 47 della motivazione.

35. Punto 57 della motivazione.

duale alla vita o alla persona di un civile», che deriva «*da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale»*.

La formulazione della norma, che riprende quella della Direttiva Qualifiche, ha generato numerosi contrasti interpretativi; infatti, sembra richiedere una individualizzazione del rischio anche in una situazione di violenza indiscriminata, cioè generale ed indifferenziata per tutte le persone, indipendentemente dalla loro situazione personale. D'altra parte, anche l'interpretazione del concetto di conflitto armato interno od internazionale ha dato luogo a dibattiti ed incertezze.

3.5.1. Violenza indiscriminata ed individualizzazione del rischio

La sentenza della Corte di giustizia Ue, Grande sezione del 17 febbraio 2009 nel procedimento C-465/07, Meki Elgafaji e Noor Elgafaji contro Staatssecretaris van Justitie (Paesi Bassi), cerca di fare chiarezza su cosa si debba intendere per minaccia grave ed individuale derivante da violenza indiscriminata e sulla apparente contraddittorietà della norma.

La questione fondamentale, sottesa ad entrambe le questioni pregiudiziali poste all'esame della Corte, riguarda il contenuto e l'estensione, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, della nozione di «*minaccia grave o individuale alla vita o alla persona»*; se, in particolare, affinché si possa ritenere sussistente una simile condizione, è necessario che il richiedente fornisca la prova di essere «*interessato in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione»*. Uno dei quesiti posti riguardava, infatti, se l'art. 15 lettera c) della Direttiva Qualifiche offrisse una tutela sussidiaria che doveva essere ricondotta all'art. 3 della Cedu, oppure avesse un contenuto diverso, da interpretarsi autonomamente.

Preliminarmente, in merito al contenuto di tale nozione rispetto alla fattispecie dell'art. 3 della Cedu, la Corte afferma che l'art. 15, lett. c) ha un «*contenuto diverso (...) e deve pertanto essere interpretato autonomamente»* dall'art. 3 Cedu, essendo tale norma piuttosto corrispondente alla lett. b) dell'art. 15 della Direttiva Qualifiche, salvo restando il rispetto di tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu[36].

Nel merito, la Corte rileva innanzitutto che, mentre le lett. a) e b) dell'art. 15 riguardano fattispecie in cui un soggetto è sottoposto «*in modo specifico al rischio di un danno di un tipo particolare»* (condanna a morte, esecuzione, tortura o altra forma di trattamento inumano o degradante), la lett. c) dell'art. 15 fa riferimento ad un «*danno più generale»*, come si evince dall'utilizzo dell'espressione «*minaccia [...] alla vita o alla persona di un civile»*, generica se paragonata all'elenco dei danni particolari di cui alle lett. a) e b)[37]; inoltre, pure dal riferimento alla violenza indiscriminata ed conflitto armato interno od internazionale si evince che la norma allude ad una situazione potenzialmente destinata a coinvolgere la generalità degli individui. Il riferimento alla situazione di violenza indiscriminata implica, infatti, che essa possa estendersi ad una persona a prescindere dalla sua condizione personale[38].

Quanto al fatto che la minaccia deve essere, secondo il testo dell'art. 15, lett. c), "individuale", la Corte rileva che, premesso tutto quanto sopra, il termine "individuale" deve essere interpretato nel senso che la minaccia può riguardare «*danni contro civili, a prescindere dalla loro identità, qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto in corso [...] raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel Paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la minaccia grave di cui all'art. 15, lett. c), della Direttiva»*[39].

La Corte afferma, poi, che tale interpretazione, che assicura una autonoma sfera di applicazione all'art 15, lett. c), della direttiva, non viene esclusa dal tenore letterale del considerando 26 della Direttiva Qualifiche (riprodotto nel considerando 35 della nuova Direttiva Qualifiche), in base al quale «*I rischi a cui è esposta in generale la popolazione o una parte della popolazione di un Paese di norma non costituiscono di per sé una minaccia individuale da definirsi come danno grave»*, affermando che l'utilizzo dell'espressione «di norma», fa salvo il caso in cui vi sia «*una situazione eccezionale, che sia caratterizzata da un grado di rischio a tal punto elevato che sussisterebbero fondati motivi di ritenere che tale persona subirebbe individualmente il rischio in questione»*[40].

Nell'esame di una domanda di protezione internazionale, ai fini del riconoscimento di una protezio-

36. Par. 28.

37. Par. 32, 33, 34.

38. Par. 34.

39. Par. 35.

40. Par. 37.

ne sussidiaria l'applicabilità della fattispecie in esame dipende dal complesso dei due fattori di rischio di danno grave (individuale o generalizzato) cosicché «*tanto più il richiedente è eventualmente in grado di dimostrare di essere colpito in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale, tanto meno elevato sarà il grado di violenza indiscriminata richiesto affinché egli possa beneficiare della protezione sussidiaria*»[41]. E viceversa.

La Corte ha in questo senso affermato che, ai fini della valutazione della necessità di riconoscere la protezione sussidiaria, occorrerà valutare: 1) l'estensione geografica della situazione di violenza indiscriminata e l'effettiva destinazione del richiedente in caso di ritorno nel Paese interessato;[42] 2) il fatto che il richiedente abbia già subito un danno grave o una minaccia diretta di danno grave: in tal caso, il livello di violenza indiscriminata richiesto per poter beneficiare della protezione sussidiaria può essere meno elevato.[43]

La Corte enuncia, pertanto il seguente principio di diritto: «– *l'esistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente la protezione sussidiaria non è subordinata alla condizione che quest'ultimo fornisca la prova che egli è interessato in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale*; – *l'esistenza di una siffatta minaccia può essere considerata, in via eccezionale, provata qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti impegnate con una domanda di protezione sussidiaria o dai giudici di uno Stato membro ai quali viene deferita una decisione di rigetto di una tale domanda, raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel Paese in questione o, se del caso, nella Regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la detta minaccia*»[44].

La Corte di cassazione ha fatto più volte applicazione di tali principi ribadendo che il riconoscimento della protezione sussidiaria di cui all'art 14, lettera c), non è subordinato alla prova che il richiedente sia interessato in modo specifico dalla minaccia grave alla vita od alla persona in ragione di elementi peculiari della sua situazione personale. Non è necessario, cioè, che il richiedente asilo «*rappresenti una condizione caratterizzata da una personale e diretta esposizione al rischio quando è possibile evincere dalla situazione generale del paese che la violenza è generalizzata e non controllata*»[45].

3.5.2. Nozione di "conflitto armato interno"

Anche questo tema è stato portato all'attenzione della Corte di giustizia dal Conseil d'État del Belgio che ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni preliminari:

- se l'art. 15, lett. c), della Direttiva Qualifiche debba essere interpretato nel senso che assicuri una protezione unicamente in una situazione di "conflitto armato interno", quale interpretata dal diritto internazionale umanitario (Diu), in particolare con riferimento all'art 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra[46];

41. Par. 39.

42. Ricordiamo che non è necessario, nel nostro ordinamento, che il rischio effettivo di subire il danno grave si estenda all'intero territorio del Paese di origine, in quanto lo Stato italiano non si è avvalso della facoltà prevista dall'art. 8 della Direttiva 2004/83/Ce, v. par. 3.1. in questo articolo.

43. Par. 40.

44. Si veda anche www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2016/10/Elgafaji_C465_2007.pdf.

45. Cass. ordinanza n. 15466/14; nello stesso senso Cass. ord. n. 15466/2014, ord. n. 6503/2014, sent. n. 22111/2014, sent. n. 6503/2014, ord. n. 18675/2017, ord. n. 16356/2017, ecc..

46. L'articolo 3, comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, rispettivamente, la Convenzione (I) per migliorare la sorte dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna; la Convenzione (II) per migliorare la sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate di mare; la Convenzione (III) relativa al trattamento dei prigionieri di guerra e la Convenzione (IV) relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra (in prosieguo: le «quattro convenzioni di Ginevra»), prevede: «Nel caso in cui un conflitto armato che non presenti carattere internazionale scoppiasse sul territorio di una delle Alte Parti contraenti, ciascuna delle Parti in conflitto sarà tenuta ad applicare almeno le disposizioni seguenti:
1) Le persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa, saranno trattate, in ogni circostanza, con umanità (...).
A questo scopo, sono e rimangono vietate (...) nei confronti delle persone sopra indicate:
a) le violenze contro la vita e l'integrità corporale (...)
(...)
c) gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti;
L'articolo 1 del Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali (Protocollo II), dell'8 giugno 1977, così recita:
«1. Il presente Protocollo, che sviluppa e completa l'articolo 3 comune alle [quattro Convenzioni di Ginevra] del 12 agosto 1949 senza mo-

- nell'ipotesi in cui la nozione di "conflitto armato interno" debba essere interpretata in modo autonomo rispetto all'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, quali siano i criteri da applicare al fine di valutare l'esistenza di un simile "conflitto armato interno".

La Corte di giustizia, Quarta sezione, con la sentenza del 30 gennaio 2014, nella causa C-285/12, Aboubacar Diakité contro Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Belgio), ritiene rilevante per rispondere alla questione pregiudiziale il fatto che il legislatore europeo abbia deciso di adottare una dizione che «*differisce dalle nozioni poste a fondamento del diritto internazionale umanitario*», utilizzando l'espressione «*conflitto armato interno o internazionale*» e non quelle di «*conflitti armati internazionali*» e «*conflitti armati che non presentano carattere internazionale*» che compaiono, invece, nel diritto internazionale umanitario[47].

Ciò significa, in particolare, secondo il giudice europeo, che «*il legislatore dell'Unione ha auspicato concedere la protezione sussidiaria non soltanto in caso di conflitto armato internazionale e di conflitto armato che non presenta carattere internazionale, così come definiti dal diritto internazionale umanitario, ma, altresì, in caso di conflitto armato interno, purché tale conflitto sia caratterizzato dal ricorso ad una violenza indiscriminata*»; per completare la fattispecie, pertanto, «*non è necessario (...) che sussistano tutti i criteri ai quali si riferiscono l'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra (...)*»[48].

Infatti, la Corte evidenzia la diversità di obiettivi cui mirano i due regimi: «*il diritto internazionale umanitario e [la] protezione sussidiaria previst[a] dalla Direttiva perseguono scopi diversi e istituiscono meccanismi di protezione chiaramente separati*»[49] Il primo «è in stretta correlazione con il diritto penale internazionale» e mira segnatamente ad offrire «*nella zona di conflitto una protezione alle popolazioni civili limitando gli effetti della guerra sulle persone e sui beni*»; una modalità di protezione che resta estranea ai meccanismi della protezione sussidiaria e soprattutto non prevede di concedere una protezione internazionale «*a determinati civili che si trovano al di fuori della zona di conflitto e del territorio delle parti al conflitto*», ossia non mira «*ad identificare le situazioni in cui una tale protezione sarebbe necessaria e dovrebbe essere concessa dalle autorità competenti degli Stati membri*», che è invece scopo primario del regime della protezione sussidiaria[50].

La Corte, quindi, sottolinea che i criteri per individuare l'esistenza del danno grave in presenza di un conflitto armato interno devono essere considerati indipendenti dall'integrazione dei requisiti del diritto internazionale umanitario[51]: «*Di conseguenza, in assenza di qualsivoglia definizione, all'interno della Direttiva, della nozione di conflitto armato interno, la determinazione del significato e della portata di questi termini deve essere stabilita, conformemente ad una consolidata giurisprudenza della Corte*[52]*, sulla base del loro significato abituale nel linguaggio corrente, prendendo in considerazione il contesto nel quale sono utilizzati e gli obiettivi perseguiti dalla normativa in cui sono richiamati*»[53].

Da tale punto di vista la Corte ritiene che «*la nozione di conflitto armato interno si riferis[ca] ad una situazione in cui le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o nella quale due o più gruppi armati si scontrano tra loro*»[54], che potrà portare al riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi della lettera c) «*nella misura in*

---

dificarne le condizioni attuali di applicazione, si applicherà a tutti i conflitti armati che non rientrano nell'articolo 1 del Protocollo aggiuntivo alle [quattro Convenzioni di Ginevra] relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Protocollo I), e che si svolgono sul territorio di un'Alta Parte contraente fra le sue forze armate e forze armate dissidenti o gruppi armati organizzati che, sotto la condotta di un comando responsabile, esercitano, su una parte del suo territorio, un controllo tale da permettere loro di condurre operazioni militari prolungate e concertate, e di applicare il presente Protocollo.
2. Il presente Protocollo non si applicherà alle situazioni di tensioni interne, di disordini interni, come le sommosse, gli atti isolati e sporadici di violenza ed altri atti analoghi, che non sono considerati come conflitti armati».

47. Par. 20.

48. Par. 21.

49. Par. 24.

50. Par. 23, 24 e 25.

51. V. www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2016/10/Sent.-Diakit%C3%A9-C-285.12.pdf.

52. sentenze del 22 dicembre 2008, Wallentin-Hermann, C 549/07, Racc. pag. I 11061, punto 17, e del 22 novembre 2012, Probst, C 119/12, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 20.

53. Par. 27.

54. Par. 28.

cui si ritenga eccezionalmente che gli scontri ... [raggiungano un] *grado di violenza indiscriminata ... talmente elevato da far sussistere fondati motivi per ritenere che un civile rinviato nel Paese in questione o, se del caso, nella Regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio un rischio effettivo di subire la ... minaccia»* grave alla vita od alla persona prevista dalla norma[55].

La Corte ribadisce, poi, il principio già enunciato nella sentenza Engalfaji citata più sopra, secondo cui «*tanto più il richiedente è eventualmente in grado di dimostrare di essere colpito in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale, tanto meno elevato sarà il grado di violenza indiscriminata richiesto affinché egli possa beneficiare della protezione sussidiaria»*, ed afferma un importante ulteriore principio per cui «*l'intensità degli scontri armati, il livello di organizzazione delle forze armate presenti o la durata del conflitto* [non devono formare] *oggetto di una valutazione distinta da quella relativa al livello di violenza che imperversa nel territorio in questione»*[56].

La Corte enuncia, quindi, il seguente principio di diritto: «*... si deve ammettere l'esistenza di un conflitto armato interno, ai fini dell'applicazione di tale disposizione, quando le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o quando due o più gruppi armati si scontrano tra loro, senza che sia necessario che tale conflitto possa essere qualificato come conflitto armato che non presenta un carattere internazionale ai sensi del diritto internazionale umanitario e senza che l'intensità degli scontri armati,* il livello di organizzazione *delle forze armate presenti o la durata del conflitto siano oggetto di una valutazione distinta da quella relativa al livello di violenza che imperversa nel territorio in questione»*.

È, pertanto, il grado di violenza indiscriminata e la sua idoneità a costituire una minaccia effettiva e concreta alla vita del civile, per il solo fatto che si trovi in un determinato territorio, a costituire il parametro che consente di ritenere sussistente il conflitto interno previsto dall'art. 15, lettera c), della Direttiva.

Il principio suddetto ha trovato applicazione in numerose pronunce della Suprema corte[57], la quale ha avuto modo di sottolineare come la violenza indiscriminata possa essere determinata anche da scontri tra soggetti e/o gruppi privati (conflitti interetnici, religiosi, tra comunità, bande criminali, ecc.) che non vengano di fatto controllati dall'autorità statuale[58]. «*Al fine di rientrare nell'ambito di applicazione del citato art. 14, lettera c), ...* [è] *sufficiente tratteggiare una situazione nella quale alla violenza diffusa ed indiscriminata non sia contrapposto alcun anticorpo concreto dalle autorità statuali»*; il giudice dovrà, pertanto, verificare, in ossequio al dovere di cooperazione istruttoria di cui all'art 8, comma 3, del d.lgs n. 25/2008, «*la capacità di fronteggiare la violenza diffusa individuale e collettiva da parte delle autorità ... statuali»*[59-60].

3.5.3. Obbligo del giudice di esaminare in ogni caso la situazione del Paese di origine

Il comma 3, dell'art. 8, del d.lgs n. 25/2008 stabilisce che «*Ciascuna domanda è esaminata alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati»*.

La Suprema corte ha univocamente ribadito in numerose pronunce, che il giudice, nel valutare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, deve sempre procedere ad esaminare la situazione del Paese, onde verificare la sussistenza del diritto al riconoscimento della protezione internazionale, senza limitarsi a valutare le ragioni che spinsero il richiedente ad abbandonarlo,

55. Par. 30.

56. Par. 35.

57. Si veda la giurisprudenza citata nella nota 45 in questo articolo.

58. Cfr. Cass. ord. n. 8281/2013, sent. N. 6503/2014.

59. Cass. ord. n. 15466/2014 in motivazione.

60. A tal proposito è opportuno sottolineare, visto il dibattito in proposito nella giurisprudenza di merito e le divergenze che si riscontrano nelle diverse pronunce, come le pronunce della Cassazione citate in materia di violenza indiscriminata e di obbligo del giudice di verificare la situazione del Paese «*a fronte di una incontestata situazione di violenza indiscriminata in diverse aree e regioni della Nigeria» (Cass. n.* 15466/2014) avessero ad oggetto annullamenti di rigetti di ricorsi proposti da richiedenti provenienti da diverse zone della Nigeria: Jos, stato di Plateu (Cass. n. 15466/2014, 18675/2017), Lagos (Cass. n. 16356/2017), Edo State-Delta del Niger (Cass. n. 22111/2014, Cass. 17672/2017 ha invece confermato un provvedimento che concedeva la protezione sussidiaria per violenza indiscriminata a richiedente che proveniva dall'Edo State).

ed anche a prescindere da queste[61] e dalla stessa credibilità delle dichiarazioni del richiedente asilo[62].

4. Clausole di esclusione, di revoca e cessazione

Le cause di esclusione sono previste dall'art. 16 del d.lgs n. 251/2007che riproduce l'art. 17 della Direttiva Qualifiche e della nuova Direttiva Qualifiche.

Le ipotesi sub a) e c) della norma coincidono con quelle previste per la esclusione dello *status* di rifugiato. Anche la clausola di esclusione sub b) – che riguarda il richiedente che ha commesso reati gravi – è analoga a quella prevista per lo *status* di rifugiato, differenziandosene solo laddove prende in considerazione non solo i reati gravi commessi all'estero (sia nel Paese di origine o di residenza abituale sia in altri Stati), ma anche i reati gravi commessi nel territorio nazionale. Le fattispecie sub d) e d)*bis*, invece, riconducono tra i motivi di esclusione i casi che in materia di *status* di rifugiato sono indicati tra i motivi di diniego.

Per una compiuta disamina si rimanda, pertanto, all'articolo di Stefano Celentano «*Lo* status *di rifugiato e l'identità politica dell'accoglienza*» in questo numero della *Rivista, p.67.*

Qui preme sottolineare che in virtù del carattere inderogabile del principio di *non refoulement*, previsto dall'art. 3 Cedu e dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea e dall'art 33 della Convenzione di Ginevra[63], nel caso sussista il rischio che il richiedente in caso di rimpatrio possa subire la pena di morte o trattamenti inumani o degradanti, dovrà essergli concessa comunque la protezione umanitaria[64].

Tale principio è stato ribadito più volte dalla Corte di giustizia. In particolare con la sentenza della Grande sezione del 9 novembre 2010, nei procedimenti riuniti C-57/09 e C-101/09, la Corte ha affermato che «*gli Stati membri possono riconoscere un diritto d'asilo in forza del loro diritto nazionale ad una persona esclusa dallo* status *di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2, di tale Direttiva*».

Le cause di revoca sono previste dall'art 18 del d.lgs n. 251/2007 e corrispondono sostanzialmente a quelle previste per lo *status* di rifugiato, mentre l'art 15 del d.lgs cit., prevede una sola clausola di cessazione che sostanzialmente corrisponde a quelle previste dall'art 9, lettere e) ed f), previste per lo *status* di rifugiato.

Si rimanda pertanto all'articolo di S. Celentano citato.

Conclusioni

Nell'articolo si è cercato di porre in evidenza gli aspetti più critici, dal punto di vista interpretativo, della disciplina relativa alla protezione sussidiaria, ricordando che lo sforzo interpretativo del giudice deve esser condizionato dalla necessità giuridica di giungere alla decisione maggiormente orientata alla Costituzione, alla Cedu ed alla Carta Ue.

61. Cass. n. 18675/2017, 15466/2014, 16356/2017, 22111/2017.

62. Cass. ord. n. 17576 del 27/07/2010, ord. n. 10202/2011, ord. n. 26921/2017.

63. Richiamato dagli artt. 21 delle Direttive Qualifiche e dall'art. 20, d.lgs n. 251/2007 e già attuato nel nostro ordinamento giuridico con l'art. 19, comma 1, d.lgs n. 286/1998.

64. Si vedano gli articoli in tema di protezione umanitaria in questo numero della *Rivista*.

La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani

di *Maria Acierno*

Il permesso umanitario costituisce una delle forme di attuazione del diritto di asilo costituzionale. Questa caratteristica ne conferma l'inclusione nell'alveo dei diritti umani e la vocazione ad essere uno strumento aperto e flessibile che tende ad adeguarsi ai mutamenti storici politici del fenomeno migratorio all'interno del quale si assiste ad un aumento progressivo delle criticità dei Paesi di provenienza e ad un incremento delle cause di fuga.

1. Cosa significa la collocazione, nel nostro ordinamento, delle misure di protezione umanitaria nell'ambito dei diritti umani

L'attrazione del diritto del cittadino straniero al rilascio di un permesso per motivi umanitari nell'alveo dei diritti umani, definitivamente stabilito dall'ordinanza della Corte di cassazione n. 13393 del 2009, impone di comprendere se questa categoria di diritti della persona sia sovrapponibile a quella dei diritti fondamentali o se si possa ad essa attribuire un contenuto ed una *vis* espansiva più estesa, in relazione alla riconosciuta inclusione, da parte delle stesse Sezioni unite, di tali diritti nel più ampio panorama costituzionale integrato dalla Convenzione europea dei diritti umani e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che dalle Convenzioni che direttamente si occupano della tutela dei diritti delle persone e dei diritti dei richiedenti asilo.

In primo luogo, si può affermare che i diritti umani non possono subire limitazioni legate alla nazionalità, ove ne sussistano i presupposti, ed inoltre che essi godono di un grado d'impermeabilità dalle ingerenze statuali più esteso ed un Statuto di tutele più incisivo di quello riconducibile alla generale categoria dei diritti fondamentali della persona. L'intervento giudiziale può conseguire alla lesione impeditiva o limitativa del loro esercizio ove si tratti di diritti umani connaturati all'esistenza della persona, oppure può essere proprio il riconoscimento giurisdizionale a sancirne la titolarità e l'esercizio, quando sia necessario il positivo accertamento di condizioni e requisiti previsti dalla legge. In questa seconda ipotesi, la verifica giudiziale può conseguire ad una fase amministrativa, caratterizzata da un potere vincolato e da una discrezionalità meramente tecnica. L'ultima ipotesi riguarda i diritti che vengono ad emersione in relazione alla modificazione e all'evoluzione della società, i quali prendono forma e ricevono tutela proprio mediante l'accesso alla giurisdizione ed attraverso il riconoscimento giudiziale.

Le diversità riscontrate non incidono tuttavia sul carattere incomprimibile dei diritti umani, sulla loro potenzialità espansiva, sulla rigida predeterminazione dei loro limiti rispetto ad interessi anche pubblicistici di natura contrapposta e sulla conseguente necessità che il giudizio di bilanciamento si fondi sulla loro ontologica appartenenza alla persona umana[1].

L'illustrazione dei caratteri, senz'altro nota, dei diritti umani, può apparire superflua rispetto al tema

1. Può essere d'aiuto la definizione di diritti umani contenuta in un intenso saggio del prof. A. Ruggeri, *Cos'è un diritto fondamentale* (Relazione al convegno tenutosi a Cassino, del Gruppo di Pisa, 10/11 giugno 2016) così tratteggiata: «... i diritti umani sono "*bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l'effettiva tutela non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa*"». Si richiama anche la felicissima espressione del prof. Rodotà, «l'omeostasi dei diritti» particolarmente efficace come criterio guida per il riconoscimento giuridico dei diritti dei cittadini stranieri. Il grado di una civiltà giuridica si misura sul livello omeostatico dei diritti umani

da trattare ma non è così. Il minore grado di definizione delle ragioni o dei motivi umanitari rispetto al contenuto della protezione internazionale così come declinata nelle forme tipiche del rifugio politico e della protezione sussidiaria, rende necessario, ai fini della selezione delle condizioni di riconoscimento del diritto al rilascio di un permesso per motivi umanitari, assumere come punto di partenza e guida nell'accertamento dell'esistenza del diritto, l'inclusione delle ragioni umanitarie nell'ambito dei diritti umani.

Tale premessa è indispensabile sotto diversi profili. Il primo riguarda la peculiarità delle condizioni di riconoscimento del diritto al rilascio di un permesso per ragioni umanitarie rispetto ai requisiti relativi al rifugio politico e alla protezione sussidiaria ed alla conseguente necessità di enuclearne il contenuto diverso, ancorché contiguo ai primi, al fine di verificare se residui, anche in caso di rigetto delle misure tipiche, un quadro di violazione dei diritti umani nel Paese di origine che possa avere giustificato la necessità di allontanamento, alla luce del catalogo aperto di questi diritti e della loro riscontrata incomprimibilità. Il secondo, riguarda l'obbligo di procedere col medesimo rigore e con i medesimi poteri doveri (anche istruttori) d'indagine e d'accertamento previsti normativamente per il rifugio politico e la protezione sussidiaria, partendo dal preminente rilievo dell'audizione diretta del richiedente tanto più necessaria per la protezione umanitaria, proprio in relazione al carattere non preventivamente tipizzato dei requisiti posti a base di essa. Il terzo riguarda la correlazione tra il riconoscimento del diritto ad un titolo di soggiorno per ragioni umanitarie e l'attuazione del diritto d'asilo costituzionale[2]. La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto, con orientamento costante, che si tratti proprio di una delle modalità di attuazione dell'asilo costituzionale (Cass. n. 10686 del 2012; n. 16362 del 2016) ed anzi che, unitamente al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria chiuda il cerchio delle forme di tutela del diritto d'asilo costituzionale, escludendo che vi siano margini ulteriori di applicazione diretta dell'art. 10, terzo comma, Cost. (Cass. n. 16362 del 2016). Questa affermazione può condurre ad attribuire al permesso umanitario, per il suo carattere aperto e residuale, una funzione propulsiva nell'attuazione del diritto di asilo costituzionale. Con minore approssimazione si può rilevare come la *condicio iuris* posta dall'art. 10, terzo comma, Cost., per il riconoscimento del diritto d'asilo abbia carattere aperto, dal momento che l'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche, disancorata dall'eredità dei totalitarismi storicamente determinati che hanno influito sulla sua formulazione, ha il carattere di una clausola generale, in sintonia con la peculiarità dei diritti della persona, costantemente letti ed interpretati dalla Corte costituzionale «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione sempre più attenta ai valori di libertà e dignità delle persone»[3].

2. La correlazione tra asilo costituzionale e permesso umanitario

La collocazione legislativa del permesso umanitario appare piuttosto frammentaria sia sotto il profilo della disciplina normativa sostanziale che processuale. L'inclusione tra le misure attuative del diritto costituzionale d'asilo fornisce uno strumento interpretativo delle norme di diritto positivo interno di primario rilievo, e ne sottolinea il carattere aperto e flessibile, oltre che la idoneità a costituire uno strumento proiettato nel futuro, capace di adeguarsi al ritmo crescente e alla variegazione delle ragioni umanitarie che caratterizzano le ultime fasi del fenomeno della migrazione. Sotto questo specifico versante tali ragioni sono intrinsecamente non cristallizzabili perché direttamente influenzate dai mutamenti sociopolitici ed economico finanziari che governano i flussi migratori oltre che alla spinta diffusa di categorie di persone (i cd. "particolari gruppi sociali" di cui all'art. 8, c.1., lettera d, del d.lgs n. 251 del 2007 verso i quali può dirigersi la *vis* persecutoria posta a base del diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato politico) che non intendono più sentirsi vittime di limitazioni discriminatorie nell'esercizio di diritti umani quali quello alla propria identità personale o di genere. Le libertà democratiche che già ad una lettura originalista del testo costituzionale si manifestano come un catalogo non predeterminato, sono esposte ad un grado di vulnerabilità ben superiore a quello relativo al periodo nel quale la nostra Costituzione è stata composta, all'interno della vastità del fenomeno migratorio più recente, specie quello ri-

che si riesce a raggiungere senza distinzioni discriminatorie artificiali tra gli esseri umani.

2. Dissente da questa impostazione N. Zorzella in: *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano,* in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, fasc.1/2018, Rivista *on line*. Condivide la tesi secondo la quale il permesso umanitario costituisce una delle forme di attuazione dell'asilo costituzionale P. Bonetti, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in *Procedure e Garanzie del Diritto di Asilo*, a cura di C. Favilli, Cedam, Padova, 2011, pag. 55 e ss.

3. Corte Cost. n. 161 del 1985; sull'estensione ai cittadini stranieri di diritti della persona umana secondo il canone solidaristico desumibile dall'art. 2 Cost., si richiama Corte Cost. n. 39 del 2011 e 40 del 2013.

guardante ampie aree dell'Africa e del Medio Oriente. Le realtà territoriali dalle quali ci si allontana sono caratterizzate sempre più di frequente da condizioni personali che non raggiungono il grado minimo della scala della dignità personale e che, conseguentemente sono intrinsecamente illiberali. Gli stessi viaggi cui vengono sottoposti i cittadini stranieri espongono al rischio non soltanto dell'incolumità fisica e della vita ma anche di trattamenti disumani e degradanti, come può riscontrarsi dai tanti racconti raccolti anche in sede giurisdizionale e dalle descrizioni relative a taluni centri di detenzione[4] che costituiscono tappe obbligate dei viaggi dei migranti. È, in conclusione, all'interno di questo nuovo allarmante quadro globale che deve essere misurata la solidità, sotto il profilo dell'incomprimibilità, e l'elasticità dei diritti umani da tutelare attraverso il riconoscimento, ove ne sussistano le condizioni, del diritto al rilascio di permessi di natura umanitaria, tenuto conto della radice semantica dell'attributo che richiama la persona umana e la salvaguardia del minimo comune denominatore solidaristico del rispetto dell'esistenza umana.

Questa cornice interpretativa non deve distogliere dall'accertamento rigoroso, sotto il profilo probatorio, delle condizioni di riconoscimento del diritto. Essa, tuttavia, deve orientare nell'individuazione delle situazioni in cui la lesione dei diritti umani nel Paese di ritorno, assunta come unico criterio (nel caso in cui il richiedente sia da poco in Italia, o sia trattenuto) o posta in comparazione con il grado d'integrazione socio-familiare raggiunto nel Paese di accoglienza, non sia intollerabile rispetto al nucleo ineludibile di dignità e libertà che il nostro sistema costituzionale integrato è tenuto a garantire ad ogni essere umano.

3. Il sistema normativo interno

L'inclusione nei diritti umani è del tutto coerente con la norma che ha introdotto nel nostro diritto positivo il permesso di soggiorno per motivi umanitari, ovvero l'art. 5, comma 6, del d.lgs n. 286/1998 che stabilisce: «*il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione*». La norma regolamentare è l'art.11, lett. *c-ter)*, dPR n. 394/1999, che disciplina il rilascio da parte della Questura di tale titolo di soggiorno su richiesta diretta dello straniero, previo parere delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale o previa acquisizione di documentazione riguardanti i motivi della richiesta stessa, «*relativi ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale*». L'esame testuale della norma richiama testualmente il quadro costituzionale integrato di tutela dei diritti umani, già illustrato, imponendo di valutare il catalogo dei diritti fondamentali derivanti dalla Cedu (così come interpretati dalla Corte di Strasburgo) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La norma sopra illustrata s'integra con la causa d'inespellibilità contenuta nell'art. 19, c.1, lettera *a),* del d.lgs n. 286 del 1998[5], attuata dall'art. 28, lett. *d)*, dPR n. 394 sopra citato[6]. Le norme disciplinano l'ipotesi del rilascio del permesso umanitario nei casi in cui non possa disporsi l'allontanamento verso un altro Stato per il rischio di persecuzioni o torture, in attuazione del principio del *non-refoulement* sancito espressamente anche dall'art. 19, comma secondo, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Questa specifica ipotesi ha un campo di attuazione più limitato alla luce dell'introduzione nel nostro ordinamento del sistema di protezione internazionale derivante dal diritto dell'Unione europea ed attuato con i d.lgs n. 251 del 2007 e 25 del 2008, costituendo, invece, anteriormente all'entrata in vigore delle Direttive europee (2004/83/Ce e 2005/85/Ce) e delle norme interne di attuazione, il principale strumento

4. In proposito l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI) ha proposto un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro l'Italia in relazione all'episodio del novembre 2017 in cui la Guardia costiera italiana coordinò la Guardia costiera libica nei respingimenti in mare di alcuni migranti, poi rinchiusi in condizioni disumane in un campo di detenzione in Libia.

5. Ar. 19, c.1, «*1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 1.1 Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani*».

6. Art. 28 lettera d) dPR n. 394 del 1999 «*Quando la legge dispone il divieto di espulsione, il questore rilascia il permesso di soggiorno:* (...) *d) per motivi umanitari, negli altri casi, salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga contro le persecuzioni di cui all'articolo 19, comma 1, del testo unico*».

di attuazione del diritto d'asilo[7]. Permane tuttavia uno spazio applicativo alla norma da ravvisarsi quando nell'ipotesi in cui l'espellendo non abbia fatto ricorso, per svariate ragioni, alla protezione internazionale o sia stato oggetto di provvedimento di revoca del rifugio politico o della protezione sussidiaria, per ragioni diverse dall'insussistenza sopravvenuta delle ragioni di persecuzione o di rischio di danno grave alla vita o all'incolumità personale[8], che, tuttavia, non integrino la condizione di cui all'art. 12, c.1, lettera *c),* del d.lgs n. 251 del 2007 (pericolo per la sicurezza dello Stato). Questa residuale funzione del permesso umanitario *ex* art. 19, c.1, lettera *a)*, d.lgs n. 286 del 1998, può desumersi, con riferimento alla protezione sussidiaria, dall'art. 15, c.2, del d.lgs n. 251 del 2007, nel quale è stabilito che la cessazione delle cause di riconoscimento della protezione sussidiaria può non condurre al rimpatrio ove permangano "gravi motivi umanitari" diversi, dunque, da quelle che avevano determinato il riconoscimento del titolo tipizzato di soggiorno. La norma è coerente con la natura giuridica aperta del permesso umanitario in quanto pone in luce la necessità di verificare in concreto se sussistano ragioni umanitarie oltre il mancato riconoscimento delle condizioni per il riconoscimento del rifugio o della protezione sussidiaria, sia in considerazione della peculiarità soggettiva della situazione di vulnerabilità alla luce dei parametri delineati nel par. 1[9] o oggettiva quando la situazione generale del Paese di origine non integra i requisiti di cui all'art. 14, comma 1, lettera *c),* d.gs n. 251 del 2007 ma presenta profili di conflittualità o violenza diffusa idonei ad integrare ragioni umanitarie.

Si tratta di una tutela di carattere residuale posta a chiusura del sistema complessivo che disciplina la protezione internazionale degli stranieri in Italia, come risulta evidente dalla lettura testuale dell'art. 32, comma 3, del d.lgs n. 25/2008 (decreto "procedure"), in base alla quale «*nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale*» (nella forma del rifugio o della protezione sussidiaria) e «*ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*». Ne discende che la protezione umanitaria è collocata in posizione di alternatività rispetto alle due misure tipiche di protezione internazionale, potendo l'autorità amministrativa e giurisdizionale procedere alla valutazione della ricorrenza dei presupposti della prima soltanto subordinatamente all'accertamento negativo della sussistenza dei presupposti delle seconde (cfr. Cass. n. 15466 del 07.07.2014).

4. L'audizione del richiedente

Da questa indicazione interpretativa, tratta dalla giurisprudenza di legittimità, conseguono effetti rilevanti. In primo luogo l'equiparazione del regime giuridico relativo all'istruzione e alla ricerca della prova relativa al riconoscimento delle ragioni umanitarie a quello riguardante il rifugio politico e la protezione sussidiaria. Anche per il permesso umanitario lo strumento di accertamento di primaria importanza risulta essere l'audizione del richiedente che – in primo luogo davanti le Commissioni territoriali – deve estendersi officiosamente alla verifica di situazioni di vulnerabilità anche non immediatamente riscontrabili direttamente dal colloquio con il cittadino straniero, ove questo sia condotto secondo modalità dirette a concentrare l'indagine soltanto sulle cause di rifugio politico o di protezione sussidiaria. L'autorità amministrativa e quella giudiziaria (oltre che il giudice di pace in sede di opposizione all'espulsione) hanno il medesimo potere dovere di cooperazione istruttoria e sono tenuti a valutare la credibilità delle dichiarazioni secondo i parametri indicati nell'art. 3, d.lgs n. 251 del 2007, così come interpretati dalla giu-

7. Il primo organismo in Italia che si è occupato della procedura di eleggibilità e del riconoscimento dello *status* di rifugiato è stata la Commissione paritetica di eleggibilità (Cpe), organismo istituito con uno scambio di note tra il Governo italiano e l'Alto commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati il 22 luglio 1952 ed ufficialmente sancito con un decreto interministeriale del 24 novembre 1953. La legge n. 39/1990 ha regolato il diritto di asilo politico sotto il profilo procedimentale attraverso l'attribuzione della competenza all'esame della domanda di asilo alla Commissione centrale per l'asilo, la cui decisione veniva sottoposta al sindacato del giudice amministrativo. Con la L. 286/1998 la giurisdizione è passata al giudice ordinario, sempre all'esito della fase amministrativa. Infine, la L. 189/2002 ha istituito le Commissioni territoriali, assegnando funzioni non decidenti alla Commissione nazionali (eccettuati i casi di revoca o cessazione dello *status* precedente riconosciuto). A livello sostanziale il diritto d'asilo costituzionale non ha avuto la possibilità di svilupparsi in forma diversa dal riconoscimento dello *status* di rifugiato, dal momento che il procedimento regolato dalla legge si riferiva soltanto a quest'ultimo.

8. Gli artt. 12 e 16, d.lgs n. 251/2007, prevedono come causa di "diniego" (per lo *status* di rifugiato) e di "esclusione" (per lo *status* di protezione sussidiaria) il fatto che sussistano fondati motivi per ritenere che il richiedente costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato, per l'ordine o la sicurezza pubblica.

9. I motivi umanitari, non tipizzati o predeterminati dal legislatore, sono tutti accomunati dal fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali o accertate, con giudizio prognostico, come conseguenza discendente dal rimpatrio dello straniero, in presenza di un'esigenza qualificabile come umanitaria, cioè concernente diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale (Cass. 4455/2018).

risprudenza di legittimità[10]. In caso di accertamento negativo esplicito o implicito relativo al riconoscimento di ragioni umanitarie da parte della Commissione territoriale, ove il cittadino straniero formuli la domanda davanti al Tribunale, enucleando dalla propria condizione personale autonomi profili di vulnerabilità o allegandone di diversi non emersi nella fase precedente, il giudice è tenuto all'audizione del ricorrente in tutte le ipotesi in cui, tali nuove allegazioni non risultano dagli atti già acquisiti e dal fascicolo della fase svoltasi davanti le Commissioni territoriali. L'accertamento di fatto svolto davanti la Commissione territoriale non è preclusivo dell'inclusione di temi d'indagine nuovi davanti al Tribunale. Su di essi il punto di partenza per la verifica istruttoria della loro fondatezza non può che essere l'audizione, per la rilevata complessità dell'indagine istruttoria in ordine ad un titolo di soggiorno di carattere intrinsecamente aperto e fondato prevalentemente su una puntuale valutazione comparativa della condizione di partenza rispetto a quella del paese di origine.

5. Fattispecie tipizzate di permesso umanitario

Sempre al fine di sottolineare la derivazione del titolo di soggiorno oggetto d'indagine, dal quadro costituzionale integrato dei diritti umani, all'interno del quale nel nostro ordinamento deve essere collocato il diritto d'asilo costituzionale per la proiezione dinamica dei requisiti in esso indicati, devono menzionarsi alcune recenti innovazioni legislative di derivazione eurounitaria, che hanno introdotto figure tipizzate di permessi umanitari. La scelta dello strumento del permesso umanitario ne sottolinea l'adattabilità a situazioni emergenti, avvertita anche dal legislatore europeo, che non ignora l'esistenza dell'istituto, come confermato dal fatto che tale forma di protezione è richiamata dalla Direttiva comunitaria n. 115/2008, che, all'art. 6, par. 4, prevede che gli Stati possano rilasciare in qualsiasi momento, «*per motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura*», un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno è irregolare. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha, al riguardo, chiarito che gli Stati membri possono concedere forme di protezione umanitaria e caritatevole diverse e ulteriori rispetto a quelle riconosciute dalla normativa europea, purché non modifichino i presupposti e l'ambito di applicazione della disciplina derivata dell'Unione (sent. 09.11.2010, caso *Germania c. B. e D.*, C-57/09, C-101/09). Il principio è confermato dall'art. 3 della Direttiva n. 95/2011, che consente l'introduzione o il mantenimento in vigore di disposizioni più favorevoli in ordine ai presupposti sostanziali della protezione internazionale, purché non incompatibili con la direttiva medesima.

Le figure tipizzate di protezione umanitaria riguardano le vittime di violenza domestica che decidano di sottrarsi ad essa e denuncino la condizione in cui versano o collaborino alle indagini penali (art. 18 *bis* d.lgs n. 286 del 1998 introdotto dal dl n. 93 del 2013 convertito nella l. n. 119 del 2013) ove sussista un pericolo attuale e concreto per la loro incolumità[11], e quella analoga dei lavoratori che subiscono un "particolare sfruttamento lavorativo" e che denuncino e collaborino alle indagini penali[12] (art. 22, comma 12 *quater*, d.lgs n. 286 del 1998, introdotto con l'art. 1, comma 1, lettera c), del d.lgs n. 109 del 2012). La tecnica legislativa adottata per entrambe le norme non è impeccabile e il procedimento amministrativo che dovrebbe condurre al rilascio del permesso umanitario, coinvolgendo l'Autorità giudiziaria inquirente (o in funzione propositiva o come autorità della quale deve ottenersi il parere), risulta complesso, anche perché verosimilmente la partecipazione dell'Autorità giudiziaria è in funzione della qualità della denuncia e della collaborazione alle indagini penali, mentre

10. In particolare Cass. 26921/2017.

11. Art. 18*bis*, comma 1, d.lgs n. 286/98: «*Quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 582, 583, 583-bis, 605, 609-bis e 612-bis del codice penale o per uno dei delitti previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, commessi sul territorio nazionale in ambito di violenza domestica, siano accertate situazioni di violenza o abuso nei confronti di uno straniero ed emerga un concreto ed attuale pericolo per la sua incolumità, come conseguenza della scelta di sottrarsi alla medesima violenza o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il Questore, con il parere favorevole dell'Autorità giudiziaria procedente ovvero su proposta di quest'ultima, rilascia un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza. Ai fini del presente articolo, si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima*».

12. Art. 22, comma 12 *quater*, d.lgs n. 286/1998: 12-*quarter*, «*Nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12-bis, è rilasciato dal Questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6*».

i requisiti per il rilascio del permesso devono fondarsi sulle specifiche ragioni umanitarie sottese nelle norme. In ordine a tali strumenti deve ribadirsi la pienezza del potere dovere di accertamento del giudice ordinario davanti al quale venga impugnato il diniego del questore e l'illegittimità di soluzione che postulino il condizionamento sul sindacato giurisdizionale del parere espresso dalla magistratura inquirente nella fase amministrativa[13]. Anche con riferimento a queste situazioni tipizzate, tuttavia, residua uno spazio applicativo della misura del permesso umanitario che possa includere condizioni personali analoghe od omogenee, nelle quali si ravvisi il pericolo per l'incolumità in caso di ritorno nel Paese di origine, o comunque una condizione di grave deprivazione dei diritti umani all'esito del giudizio comparativo, anche in mancanza di tutti i requisiti previsti per le ipotesi specificamente previste dal legislatore, così come delineato nella sentenza della Corte di cassazione n. 4455 del 2018.

6. I recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità in materia di protezione umanitaria[14]

Il sistema legislativo interno, del tutto carente, dei titoli di soggiorno per i cittadini stranieri, diversi da quelli giustificati da ragioni riconducibili alle ipotesi tipiche di protezione internazionale o al diritto all'unità familiare, ha determinato un notevole incremento delle domande relative al riconoscimento di permessi fondati su ragioni umanitarie. L'opzione ermeneutica della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale il permesso umanitario è una delle modalità attuative del diritto d'asilo e il suo saldo ancoraggio nell'alveo dei diritti umani, come illustrato nel par. 1, ha determinato l'esigenza di riempire di contenuti, pur senza esaurirne la potenzialità espansiva, delle condizioni (ragioni umanitarie, condizioni di vulnerabilità) sottese al riconoscimento del diritto. I versanti sui quali la giurisprudenza di legittimità si è maggiormente soffermata, sono quelli relativi al diritto alla salute, alle condizioni oggettive del Paese di origine, alle nuove sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza di merito, specie in relazione all'integrazione familiare, sociale e lavorativa. Premesso che il permesso umanitario è una misura residuale ed atipica, rispondente all'esigenza di proteggere situazioni di vulnerabilità in presenza di un'esigenza qualificabile come "umanitaria", le pronunce della Corte di cassazione appaiono sostanzialmente concordi quanto alla necessità che vengano allegati, come «*gravi motivi*», elementi derivanti dalla situazione sociale, politica, o ambientale del Paese d'origine del richiedente eziologicamente riconducibili alle condizioni personali del richiedente, pur non essendo richiesto un pericolo persecutorio o di danno grave (Cass. n. 420/2012, n. 15756/2013, n. 28336/2017). La protezione umanitaria, pertanto, è volta a tutelare situazioni di gravi violazioni dei diritti umani dalle quali il richiedente sia stato necessitato ad allontanarsi e che sulla base di un giudizio prognostico da svolgersi in relazione alla situazione attuale (coerentemente con tutto il sistema della protezione internazionale) perduri nel Paese di origine, con la conseguenza che, in linea di principio, non rilevano situazioni di vulnerabilità che non derivino da una condizione *latu sensu* personale vissuta o subita in quel contesto geografico, politico o sociale. Al riguardo sono, tuttavia, necessarie due precisazioni.

In primo luogo, all'accertamento delle condizioni per il riconoscimento di un titolo di soggiorno fondato su ragioni umanitarie non è estranea la valutazione della situazione vissuta nel Paese di accoglienza da parte del richiedente. Se non può condividersi la considerazione esclusiva di tale condizione se ne deve, tuttavia, riconoscere la rilevanza come elemento di comparazione cui dare rilievo nella valutazione della effettività della privazione dei diritti umani cui il richiedente si troverebbe esposto ove rimpatriato. L'allegazione di un sostanziale miglioramento delle condizioni di vita personale, relazionale e lavorativa non è sufficiente, in via esclusiva, a sostenere la condizione di vulnerabilità del richiedente, in relazione al mero peggioramento cui lo stesso sarebbe esposto nel Paese di origine. Ma la correlazione tra i due contesti è indispensabile, al fine di verificare se sia configurabile (o non lo sia) una regressione delle condizioni personali e sociali in caso di rientro tale da determinare un'incolmabile sproporzione nella titolarità e nell'esercizio dei diritti fondamentali al di sotto del parametro della dignità personale, (Cass. n. 4455 del 2018). Ne consegue che il potere dovere d'integrazione istruttoria del giudice deve rivolgersi, in via peculiare, nell'accertamento delle condizioni del Paese

13. Il principio è stato di recente espresso dalla giurisprudenza di legittimità nella sentenza n. 10291 del 2018. Se ne riporta il principio di diritto: «*L'opposizione avverso il diniego del Questore di rilascio del permesso di soggiorno previsto dall'art. 22, comma/*2quater, *del d.lgs n. 286/1998 in favore del cittadino straniero vittima di sfruttamento lavorativo, devolve al giudice ordinario la piena cognizione sulla sussistenza dei relativi presupposti, atteso che il parere espresso dal procuratore della Repubblica ha carattere vincolante per il Questore ma non per l'Autorità giurisdizionale*».

14. Questo paragrafo è stato redatto con la collaborazione del dr. Marco Romani, tirocinante presso la Corte di cassazione.

di origine, alla verifica dell'esistenza delle condizioni essenziali di godimento dei diritti fondamentali, conquistati nel Paese di accoglienza. Tale accertamento può richiedere, quanto meno nella maggior parte dei casi, una più incisiva conoscenza delle condizioni personali del richiedente mediante l'audizione, proprio in relazione alla relativa alterità del quadro fattuale rilevante rispetto al rifugio politico e alla protezione sussidiaria.

In secondo luogo assume rilievo probatorio centrale il puntuale accertamento delle condizioni oggettive del Paese di rientro in relazione alle situazioni di cd. conflitto a bassa intensità sociale. Non è sufficiente ad escludere il diritto al riconoscimento della protezione umanitaria, l'esclusione delle condizioni richieste dall'art. 14, lettera c), d.lgs n. 251 del 2007 per la protezione sussidiaria, sia in relazione ai requisiti oggetti di gravità ed intensità del conflitto interno o generato da una situazione di guerra con altri Stati, sia in relazione al legame eziologico tra la situazione personale del richiedente e il contesto oggettivo. L'accertamento da svolgere, in relazione alla protezione umanitaria, riguarda il riscontro di una condizione di privazione o forte limitazione dei diritti umani dovuta ad una situazione caratterizzata dal predominio di fazioni o milizie private (ancorché riferibili a sigle religiose ed a autorità statuali esterne o interne finanziatrici) tali da ingenerare violenza diffusa ancorché non generalizzata oppure da una condizione di generale o quanto meno prevalente sopraffazione verso un particolare gruppo sociale. In questa situazione, non priva di riscontri, nella situazione attuale di alcuni Stati di origine dei migranti, la riferibilità causale diretta delle ragioni umanitarie alla condizione personale posta a base della domanda, non è richiesta e la valutazione oggettiva assume netta prevalenza.

All'interno di questo contesto deve essere illustrata la giurisprudenza di legittimità relativa alle condizioni di riconoscimento del diritto ad un permesso fondato su ragioni umanitarie, in relazione al diritto alla salute. Incluso saldamente il diritto alla salute nell'alveo dei diritti umani della persona, si è ritenuto che ove nel Paese di origine tale diritto, in relazione alla patologia allegata e dimostrata, non possa essere garantito, il rientro possa integrare la grave violazione dei diritti umani posta a base delle condizioni di vulnerabilità richieste dalla legge. Al riguardo è stato affermato che «*il diritto alla protezione umanitaria non può essere riconosciuto per il semplice fatto che lo straniero versi in non buone condizioni di salute*», essendo necessario che a tale allegazione, da prospettarsi in modo specifico sia correlata l'altra relativa (cui deve seguire l'approfondimento istruttorio officioso del giudice) all'assenza di condizioni di protezione dell'integrità psico fisica nel Paese di origine, correlate alla situazione dedotta. La condizione di vulnerabilità riconducibile alla salute può essere non coincidente con quella formante oggetto delle ragioni dell'allontanamento dal Paese di origine, non potendo escludersi un aggravamento o una manifestazione patologica in precedenza latente, essendo il giudizio ancorato all'attualità (Cass. n. 26566 del 2013; n. 15466 del 2014) ma è ineludibile il riscontro oggettivo relativo alla situazione del Paese di provenienza e la derivazione causale da quanto vissuto o subito nel Paese di provenienza (Cass. n. 3933 del 2018). Ne consegue che il rischio futuro derivante dall'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale non è il presupposto imprescindibile del rilascio del permesso umanitario, e in ciò si coglie la diversità rispetto alle misure tipiche di protezione internazionale, ove le violazioni sofferte in passato possono tutt'al più rilevare come indizi di un pericolo futuro di danno grave o di persecuzione (art. 3, comma 4, d.lgs n. 251/2007), ma non giustificano di per se stesse il riconoscimento dello *status*. Tuttavia, la sussistenza di fattori impeditivi del rimpatrio (Cass. n. 23604 del 2017) è insita nella protezione umanitaria, in quanto essa «*copre tutta una serie di situazioni, da individuare caso per caso, in cui, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento della tutela tipica (status di rifugiato o protezione sussidiaria), tuttavia non possa disporsi l'espulsione e debba perciò provvedersi all'accoglienza del richiedente che si trovi in una condizione di "vulnerabilità"*»(Cass. n. 23604 del 2017, in fattispecie relativa alle conseguenze dell'accusa di blasfemia in Paese a religione islamica) ma, allo stesso tempo è necessaria la deduzione della violazione dei diritti umani in caso di rimpatrio (Cass. n. 9203 del 2018). Tale adempimento allegativo si può desumere anche dall'art. 11, lett. *c-ter)*, dPR n. 394 del 1999, che – regolando la procedura di rilascio del permesso umanitario da parte delle Questure – fa riferimento a «*oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale*».

In ultima analisi, alla luce delle pronunce sopra richiamate, può ritenersi che l'esigenza qualificabile come "umanitaria" che giustifica il rilascio del permesso di soggiorno *ex* art. 5, comma 6, cit., si riscontri ove il richiedente abbia subìto nel proprio Paese, o corra in rischio di subire in caso di espulsione, gravi violazioni dei propri diritti fondamentali. I "seri motivi" (non tipizzati né predeterminati dal legislatore) sono accomunati dal fine di tutelare «*situazioni di vulnerabilità attuali*» oppure «*accertate, con giudizio prognostico, come conseguenza discendente dal rimpatrio dello straniero*», «*in presenza di un'esigenza qualificabile come umanitaria, cioè concernente diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale*» (Cass. n. 4455 del 2018).

Il contesto socio-politico di generale e non specifica violazione dei diritti umani nel Paese d'origine non giustifica, di per sé, il rilascio del titolo di soggiorno in questione (Cass. n. 420 del 2012; n. 15756 del 2013; n. 4455 del 2018), essendo quindi richiesto un grado di individualizzazione che consenta una correlazione tra il contesto generale e la vicenda personale del richiedente. Il principio è stato già espresso da Cass. n. 7492/2012, secondo cui tra i presupposti della protezione umanitaria «*non rientra la situazione di instabilità di un Paese o la generica limitazione delle libertà civili*».

Emerge, in conclusione, l'esigenza di un'indagine istruttoria approfondita e rigorosa di tutti gli elementi che, alla luce della breve disamina della giurisprudenza di legittimità sono da porre in luce, e quando necessario, in comparazione.

7. Il regime processuale del permesso umanitario dopo il dl n. 13 del 2007: alcune criticità

Il dl 13/2017, convertito in l. 46/2017, ha istituito presso i Tribunali ordinari del luogo nel quale hanno sede le Corti d'appello le Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, attribuendo ad esse anche la competenza nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione umanitaria «*nei casi di cui all'art. 32, comma 3, d.lgs n. 25/2008*» (art. 3, comma 1, lett. *d*), che sono i casi in cui la Commissione territoriale, non accogliendo la domanda di protezione internazionale (*status* di rifugiato o di protezione sussidiaria), trasmette gli atti al Questore per il rilascio del permesso *ex* art. 5, comma 6, d.lgs n. 286/98, perché ravvisa la sussistenza di gravi motivi di carattere umanitario. È previsto che in tal caso il Tribunale giudichi in composizione monocratica ai sensi del comma 4 dell'art. 3, dl n. 13/2017 secondo il rito sommario (art. 702 *bis* cpc). Al contrario, giudica in composizione collegiale, ai sensi del successivo comma 4*bis*, per le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale *ex* art. 35, d.lgs n. 25/2008. Queste ultime controversie (sui provvedimenti della Commissione territoriale relativi al rifugio politico o alla protezione sussidiaria) sono assoggettate, ai sensi dell'art. 35*bis*, d.lgs n. 25/2008, al rito camerale (artt. 737 ss. cpc), con previsione di un termine di trenta giorni (sessanta se il richiedente risiede all'estero) per la proposizione del ricorso, eliminazione del grado d'appello, effetto sospensivo automatico dell'efficacia del provvedimento di rigetto e la nuova articolazione della trattazione e dell'istruzione probatoria in primo grado.

La nuova disciplina ha posto taluni problemi applicativi derivanti dall'ancoraggio legislativo della protezione umanitaria alla decisione della Commissione territoriale (art. 3, comma 1, lett. *d)*, d.lgs n. 25/08) e dalla mancata ricomprensione, nell'art. 35*bis* cit., delle controversie in materia di protezione umanitaria. L'esame testuale di quest'ultima norma conduce infatti a ritenere che solo il giudizio sulle forme tipiche di protezione internazionale sia assoggettato al rito camerale, non avendo il legislatore richiamato espressamente anche il giudizio sulla protezione umanitaria.

Quando la domanda di riconoscimento del permesso umanitario sia connessa o subordinata a quella relativa alla protezione internazionale (qualora, ad esempio, il richiedente impugni il provvedimento negativo della Commissione territoriale chiedendo il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale e, in via subordinata, la protezione umanitaria), ai sensi dell'art. 4*bis* cit. la competenza del giudice collegiale e l'assoggettamento al rito camerale sembrano la soluzione preferibile.

Al contrario, non c'è una soluzione univoca in ordine al giudice competente e al modello di impugnazione per il caso in cui, a fronte del rigetto *tout court* delle Commissioni territoriali, il richiedente intenda impugnare il provvedimento amministrativo soltanto sotto il profilo del diniego (esplicito o implicito) del riconoscimento del diritto alla protezione umanitaria. Problematica analoga si pone nel caso in cui il richiedente proponga autonoma domanda giudiziale di riconoscimento della protezione umanitaria[15] senza prima formulare istanza alla competente Commissione territoriale ed attendere la relativa decisione, oppure nel caso in venga impugnato il diniego del questore. A questo proposito si possono indicare due soluzioni interpretative. Se si ritiene che il permesso umanitario possa dar vita ad una categoria autonoma anche disancorata dal sistema giudiziale di tutela proprio della protezione internazionale, si dovrà applicare il rito sommario con conseguente impugnabilità *ex* art. 702*quater* cpc in appello. Ove invece venga valorizzata la contiguità sostanziale tra la protezione umanitaria e la protezione internazionale, dovrebbe ritenersi applicabile il rito camerale, con esclusione dell'appello anche quando il permesso umanitario

15. Sia consentito il rinvio a M. Acierno, *Il diritto dello straniero alla protezione internazionale: condizione attuale e prospettive future*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, p. 79, per una più analitica illustrazione delle ipotesi di domanda direttamente rivolta ad ottenere il riconoscimento del diritto al permesso umanitario.

non venga richiesto in via subordinata rispetto al riconoscimento del rifugio politico o della protezione sussidiaria.

In ogni caso, qualsiasi opzione applicativa i Tribunali assumano, di fronte a un quadro normativo nuovo e incerto non possono essere adottati provvedimenti impedienti in rito l'accesso alla tutela giurisdizionale solo perché fondati su un'interpretazione delle norme processuali che, in quanto derivante da una forte ambiguità legislativa non ha carattere univoco.

«Non chiamateci profughi ma nuovi arrivati». Le considerazioni conclusive con le parole di Annah Harendt

Quanto sarebbe diversa anche simbolicamente la distanza tra noi e i "profughi" se ne vivessimo la presenza come "nuovi arrivati"? E quanto è lontana dal dibattito politico attuale questa forte indicazione di Annah Harendt che, tuttavia non ha perso la sua drammatica attualità. Il pensiero di Annah Harendt espresso nella citazione che segue, con la quale si conclude questa sintetica indagine sul riconoscimento del diritto al soggiorno per ragioni umanitarie, offrono un paradigma illuminante di tali ragioni ed, in particolare, indicano la gravità e la complessità dell'indagine rimessa al giudice: «*Abbiamo perso la casa, che rappresenta l'intimità della vita quotidiana. Abbiamo perso il lavoro, che rappresenta la fiducia di essere di qualche utilità in questo mondo. Abbiamo perso la nostra lingua, che rappresenta la spontaneità delle relazioni, la semplicità dei gesti, l'espressione sincera e naturale dei sentimenti. Abbiamo lasciato i nostri parenti nei ghetti polacchi e i nostri migliori amici sono stati uccisi nei campi di concentramento, e questo significa che le nostre vite sono state spezzate.*[16]».

16. Annah Harendt in *Ebraismo e modernità*, Feltrinelli, Milano, 2001, pp. 35-36.

Protezione umanitaria una e trina

di *Paolo Morozzo della Rocca*

Nei suoi diversi profili la "protezione umanitaria" è figura di diritto soggettivo, salvo nei casi in cui l'Amministrazione attraverso il suo riconoscimento persegua un diverso interesse pubblico comunque coincidente con l'interesse personale del beneficiario. I "seri motivi" per l'attribuzione del permesso di soggiorno per motivi umanitari costituiscono un catalogo aperto, ordinato al fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali oppure conseguenti al rimpatrio dello straniero.

1. Il contesto

Tenere conto dei dati di realtà che fanno da contesto ad una regola può facilitare il compito d'interpretare la norma rendendola adeguata (od almeno meno inadeguata) rispetto alla realtà su cui questa incide pur senza contraddirne l'enunciato.

Tra gli attuali dati di contesto spicca, sul piano normativo, l'assenza pressoché totale di politiche pubbliche di ingresso legale e sicuro, ad eccezione dei ricongiungimenti familiari (peraltro sofferenti dal punto di vista burocratico); della porzione domestica del programma europeo di reinsediamento; e dei "Corridoi umanitari", dal cui esempio sembra peraltro ormai avviato un processo, purtroppo ancora iniziale, di reintroduzione a regime di politiche di *sponsorship* potenzialmente rivolte a soggetti non eleggibili alla protezione internazionale ma meritevoli di asilo[1].

Sul piano meramente fattuale vanno invece considerate le caratteristiche e le dimensioni dei flussi migratori che interessano il nostro Paese. Flussi originati soprattutto da paesi africani (solo in misura minore asiatici e latinoamericani) nei quali la privazione dei diritti e delle libertà fondamentali si coniuga spesso con la fragilità, il dissolvimento o la corruzione degli apparati statali; e si intreccia con progetti migratori miranti ad un risultato economico a beneficio di nuclei familiari non sempre tra i più poveri del Paese.

In tale contesto la distinzione tra migranti volontari (che hanno scelto di emigrare, potendo viceversa scegliere di rimanere nel loro Paese, al fine, ad esempio, di acquisire un maggior reddito o un migliore standard materiale di vita) e migranti forzati (privi della possibilità di scegliere di rimanere in condizioni di vita sicure e dignitose nel proprio Paese) deve essere mantenuta ma anche aggiornata, nella consapevolezza che la linea di confine è tutt'altro che lineare. Ed è allora opportuno osservare come per navigare questa frastagliata frontiera l'utilizzo sapiente e non restrittivo della cosiddetta protezione umanitaria sembri indispensabile benché forse non ancora sufficiente.

Appartiene al piano fattuale, oltre e più che a quello giuridico, anche l'impossibilità di rimpatriare la maggior parte degli stranieri irregolarmente soggiornanti e tra di essi soprattutto quelli che, anche per mancanza di alternative giuridiche, hanno richiesto il

1. Su cui: M. Sossai, *Canali di ingresso legale e sicuro dei migranti in Europa: il modello dei "corridoi umanitari"*, in U. Curi, *Vergogna ed esclusione. L'Europa di fronte alla sfida dell'emigrazione*, Roma, Castelvecchi ed.,2017, p.75 ss.; P. Morozzo della Rocca, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Dir.imm.citt*., 2017, 1, pp. 1 ss.; C. Favilli, *Visti umanitari e protezione internazionale. Così vicini così lontani*, in *Dir. umani e dir. int*., 2017, pp. 553 ss.

riconoscimento della protezione internazionale ricevendo un provvedimento di diniego assieme all'invito a lasciare il territorio nazionale.

Un'Europa complessivamente più *musclée* potrà, nei mesi o anni a venire, incrementare la percentuale delle espulsioni effettivamente eseguite, ma i risultati ottenuti non potranno che essere relativi determinando, per il congiunto effetto di politiche amministrative tendenti a non facilitare la regolarità del soggiorno, l'ingresso in clandestinità ed il conseguente soggiorno irregolare, ma permanente, di una massa significativa di *ex* richiedenti asilo *denegati*.

Vero è che già da ieri i rimpatri figuravano tra le priorità dell'agenda europea dell'immigrazione. Ma è lecito sospettare che all'attuazione pratica questi non possano che rimanere un obiettivo secondario ancorché legittimo. Ne è forse riprova il fatto che nel 2016 in tutta l'Unione abbiamo avuto 247.165 rimpatri, a costi direttamente proporzionali con l'efficacia del rimpatrio stesso. Ed infatti ad essere rimpatriate sono state soprattutto le persone meno problematiche (dunque più facilmente identificabili) e quelle dei Paesi più vicini, che potrebbero più facilmente tornare una volta espulse. La prima nazionalità degli espulsi è stata infatti quella albanese (42.640 rimpatri effettuati) e la seconda è stata quella ucraina (22.635 rimpatri).

Quanto agli africani può fare riflettere la constatazione di come si sia rivelata più agevole l'espulsione verso la Nigeria (un gigante demografico che non teme contraccolpi politici dal ritorno di qualche migliaio di clandestini) mentre pare evidente che in altri Paesi l'adesione agli accordi per il rimpatrio, in mancanza di adeguate contropartite, provocherebbe l'ulteriore delegittimazione politica dei governi locali[2].

In questo contesto l'interesse nazionale sembrerebbe andare nel senso, per un verso, della riapertura di canali di ingresso legali (i cui costi diretti ed indiretti sono infinitamente più bassi di quelli illegali e sarebbero entusiasticamente sostenuti dai migranti stessi) ma anche di una politica opportunamente volta a decidere quali persone espellere e quali regolarizzare nel folto *stock* degli stranieri irregolarmente giunti e/o soggiornanti.

Una selezione, questa, che fatta al momento della valutazione della domanda di asilo costerebbe meno (anche all'interessato), che se fatta in sede giurisdizionale o, ancora più in là, mediante un provvedimento di sanatoria sopraggiunto dopo molti anni di irregolarità e dunque di distorsione del mercato del lavoro e delle relazioni di comunità sul territorio.

2. Sui molteplici presupposti di attribuzione del permesso di soggiorno per motivi umanitari

Molti stranieri oggi chiedono asilo dando voce ad un bisogno di legittimazione del proprio soggiorno fondato su ragioni umanitarie anziché politiche. Ma quello delle procedure di asilo non è l'unico percorso seguito. Altri, infatti, perseguono il medesimo obiettivo avendo il diverso ma non dissimile problema di ottenere il rinnovo dell'autorizzazione al soggiorno per lavoro (nel frattempo venuto meno o insufficientemente retribuito) in mancanza di effettive possibilità di rientro nel Paese di origine; altri, ancora, dopo un più o meno prolungato periodo di irregolarità chiedono direttamente al Questore un permesso di soggiorno sulla base di gravi motivi umanitari. Altri, addirittura, ricevono un permesso di soggiorno per motivi umanitari per l'effettiva iniziativa (di certo corrisposta dal beneficiario che se ne fa di conseguenza richiedente) della stessa amministrazione.

Pur dandosi una ben più affollata tassonomia dei tipi di permesso di soggiorno riconducibili a finalità esse pure umanitarie[3], la figura che qui interessa, con la quale il legislatore ha inteso delineare la disciplina comune del permesso di soggiorno per motivi umanitari è quella contenuta nell'art.5, co.6, d.lgs n.286 del 1998.

Sembra ormai prevalso l'orientamento volto a configurare il permesso di soggiorno per motivi umanitari come una fattispecie (pur sempre suddivisa nei due tipi del permesso di soggiorno suggerito dalla Commissione territoriale e di quello rilasciato direttamente dal Questore[4]) cui l'interessato, avendone i requisiti, ha diritto, spettando dunque all'amministrazione solo una discrezionalità tecnica relativa all'accertamento dei requisiti medesimi[5], sicché in presenza dell'evidenza dei presupposti per il rilascio ne è dunque illegittimo il diniego, atto lesivo di un diritto soggettivo giustiziabile davanti al giudice ordinario che ha il potere di accertare il diritto e di

2. Sul punto, C. Wihtol de Wenden, *Le nuove migrazioni*, Bologna, Pàtron ed., 2016, pp.88 ss.

3. Su cui V. Marengoni, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Dir.imm.citt.*, 2012, 4, pp.64 ss.

4. L'uno di durata biennale, l'altro invece annuale.

5. Così N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Dir.imm.citt.*, 2018, 1, p. 8. Ed è questo anche il condivisibile orientamento della giurisprudenza. Vedi infatti Cass., sez.un., 9 settembre 2009, n.19393.

ordinare all'amministrazione convenuta il rilascio del permesso di soggiorno.

3. Il permesso di soggiorno umanitario per meriti particolari o nell'interesse della collettività

Non sembra però contraddittorio rispetto a tali conclusioni ammettere altresì l'esistenza di una terza tipologia dell'umanitario caratterizzata invece da un'area di discrezionalità piena: quella del permesso di soggiorno eventualmente rilasciato allo straniero dal Questore sulla base di considerazioni solo latamente umanitarie e non necessariamente ascrivibili alla formula degli "obblighi" elencati alla fine dell'art.5, co.6, d.lgs 286/1998.

La cronaca ce ne ricorda l'esistenza nei tratti di un'Amministrazione benevola. A ottobre 2017 il Questore di Roma ha rilasciato, a pochi giorni di distanza, due permessi di soggiorno per motivi umanitari a due nigeriani entrambi senza fissa dimora, ma non certo a motivo delle loro difficili condizioni di vita. Nel primo caso si trattava di un giovane che aveva sventato una rapina al supermercato dove chiedeva l'elemosina; nel secondo caso si trattava di un signore, dedito alla pulizia dei marciapiedi in cambio di monetine, che aveva salvato una ragazza italiana disabile dallo sfruttamento sessuale gestito da un suo familiare. Permessi di soggiorno di carattere premiale, come pure quello rilasciato ad un giovane marocchino, pregiudicato e già espulso, per avere salvato una famiglia in pericolo di vita nel canale del Fucino[6]. Altre volte permessi di soggiorno miranti a politiche di coesione sociale (come nel caso del permesso di soggiorno rilasciato ad un "irregolare" per il suo centesimo compleanno, su richiesta della comunità peruviana) o con evidenti scopi risarcitori (come nel caso del permesso di soggiorno rilasciato ai familiari irregolarmente soggiornanti della vittima di un omicidio a sfondo razzista). Queste fattispecie ci dicono dell'utilità e legittimità del rilascio del permesso di soggiorno sulla base di motivi umanitari la cui gravità consiste piuttosto in una serie di valutazioni di pubblico interesse e di civismo in buona parte rimesse all'autorità procedente.

4. L'umanitario in relazione al sistema italiano della protezione internazionale

Secondo un attento studioso, con l'attuale sistema dell'asilo, risultante dal recepimento della Direttiva qualifiche con il d.lgs n.251 del 2007 e della Direttiva procedure con il d.lgs n.25 del 2008 (ove l'ulteriore messa a punto, al suo art.32, co.3, pure della protezione umanitaria) sarebbe stata "finalmente raggiunta una forma di completa attuazione del diritto d'asilo garantito dall'art.10, co.3, Cost"[7]. Nella sua nettezza l'affermazione, pur avallata dalla giurisprudenza[8], pare forse troppo ardita, benché l'autore abbia compiuto un rigoroso sforzo ricostruttivo per argomentarla.

Meriterebbe, al riguardo, di essere approfondita la questione relativa alla possibile extraterritorialità dell'asilo costituzionale, secondo alcuni comprensivo del diritto ad un ingresso legale e sicuro da parte degli aventi diritto (potenzialmente innumerevoli)[9]. V'è poi da chiedersi se un'attuazione almeno parziale del diritto all'asilo costituzionale non possa essere disciplinata mediante il rilascio di visti umanitari che precedano l'esame della domanda di protezione, in presenza di idonee garanzie (*sponsorship*).

Al netto di tali questioni il punto dolente è però costituito dalla vaghezza della formula utilizzata dall'art.5, co.6, d.lgs n.286/1998, che rimette il dispositivo alla mercé dell'Amministrazione, da sempre poco disponibile a comprendervi l'ingombrante figura dell'asilo costituzionale[10].

Vero è che l'art.10 Cost è in qualche modo comunque richiamato dall'art.5, co.6, ove è disposto che il permesso di soggiorno non può essere rifiutato o revocato, se ricorrono «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Ed infatti non s'è mancato di sottolineare come tra gli obblighi costituzionali richiamati dalla norma vi sia, in primo luogo quello di assicurare protezione al richiedente asilo ai sensi dell'art.10, co.3, Cost., sicché l'umani-

6. Ne riferisce V. Marengoni, *op.cit.*, nt. 50.

7. P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Dir, imm.citt.*, 2008, 1, p.13.

8. Cfr. Cass. 26 giugno 2012, n. 10686.

9. Spunti interessanti in M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Dir.imm.citt.*, 2010, 2, p. 55 e N. Zorzella, *op.cit.*, pp.30 ss., su di esse incombe però, dall'esterno e su ben altra base normativa, Corte giustizia Ue, grande sezione, 7 marzo 2017 n. 638, che ha negato consistenza di diritto soggettivo alle richieste di visto per motivi umanitari.

10. Scettica sulla riportata affermazione è anche N. Zorzella, *op.cit.*, in *Dir.imm.citt.*, 2018, 1, p.28.

tario costituirebbe la misura minima necessaria di attuazione dell'asilo costituzionale, preceduta da due misure di più intensa ed articolata protezione, esse pure attuative dell'art.10, co.3, Cost[11].

La prospettiva, quindi, non è tanto quella di enfatizzare l'avvenuta piena attuazione dell'asilo costituzionale, con tutti i limiti procedimentali e sostanziali già fissati dal legislatore ordinario (oltretutto svilendone la portata entro gli angusti limiti del diritto di accesso alle procedure già regolamentate[12]) quanto invece quella di esigere che il richiamo operato dall'art.5, co.6, d.lgs del Testo unico sull'immigrazione agli obblighi costituzionali abbia piena effettività riguardo soprattutto all'art.10, co.3, Cost., il cui diametro di protezione *è notevolmente più ampio di quello assicurato dalla disciplina internazionale ed europea dello status* di rifugiato e di protezione sussidiaria.

L'ampio richiamo dell'art.5, co. 6, agli obblighi costituzionali reca però in sé un paradosso: per un verso quello di non avere sufficientemente sottolineato il vincolo costituzionale cui è in particolare sottoposto il legislatore dell'asilo riguardo all'art.10 Cost (sorprendentemente non richiamato); per altro verso quello di avere espressamente ampliato il vincolo costituzionale cui è sottoposta la Commissione per il riconoscimento della protezione internazionale nel suo operato anche oltre l'ambito dell'asilo costituzionale, includendo tra le ragioni del rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ogni altra situazione oggetto di tutela per obbligo costituzionale, a partire innanzitutto dall'ampia formula dei diritti inviolabili di cui all'art.2 Cost.

Ed infatti emerge dallo studio dei casi come l'epilogo favorevole al richiedente sia spesso fondato su motivi connessi al mancato godimento di diritti umani fondamentali di natura sociale ed economica (ad esempio: il diritto di accesso a cure mediche adeguate nel caso di patologie gravi) od al rischio di pregiudicare relazioni familiari o appartenenze culturali nel caso di rimpatrio, come nel caso dei minori nati e/o cresciuti in Italia, o dello straniero che abbia ormai in Italia le sue relazioni familiari più significative.

5. L'umanitario come rimedio alle cause di esclusione dallo *status* di protezione internazionale o di ineleggibilità

L'art.3 della Direttiva qualifiche n. 95 del 2011 legittima gli Stati membri a «introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva». Nel considerando n.18 la Direttiva distingue però questa eventualità da quella, abbastanza diffusa nei Paesi membri, della concessione - eventualmente anche a richiedenti asilo privi dei requisiti - «di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale».

Non sembra a chi scrive che l'Italia si sia avvalsa in modo significativo dell'opportunità stabilita all'art.3 mentre, viceversa, si è fatto largo uso del permesso di soggiorno per motivi umanitari anche da parte delle Commissioni territoriali. In questo modo si è dunque perseguita la medesima funzione che si sarebbe potuta in modo diverso, ma forse più impacciato, assicurare mediante l'attività normativa autorizzata dall'art. 3, ampliando i confini dell'asilo in senso stretto. Ciò avviene in vari modi.

Una prima questione è stata posta dalle regole riguardanti le cause di esclusione dallo *status* di protezione internazionale, stabilite dalla Convenzione di Ginevra e dalle Direttive dell'Unione europea, puntualmente recepite dagli articoli 10 e 16 del d.lgs n.251 del 2007 con riguardo al richiedente asilo autore di crimini contro la pace; crimini di guerra o contro l'umanità; altri gravi reati; atti di crudeltà; atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni unite; oppure che rappresenti, se richiedente la protezione sussidiaria, un pericolo per la sicurezza dello Stato o per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Come è noto, quando all'immeritevolezza dello *status* di protezione internazionale corrisponde l'effettività del bisogno di asilo soccorre a tutela dello straniero l'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (nonché, sul piano del diritto dell'Unione, l'art.19, par.2, della Carta dei diritti fondamentali), che ne impedisce sia il respingimento che l'espulsione e dunque richiede allo Stato di assicurare comunque una forma minima necessaria di asilo che, nel caso dell'Italia, è costituita dal rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, salva ovviamente la possibilità e doverosità, se ve ne sono gli estremi, per azioni giudiziarie e/o di restrizione della libertà personale dell'asilante anche in ragione del pericolo che egli può rappresentare.

11. Così P. Bonetti, *op.cit.*, p. 21.

12. Come invece ritenuto dal Supremo collegio a partire da Cass. 25 novembre 2005 n. 25028.

Emblematica applicazione del "diritto di Caino"[13] alla protezione è stata, nel 2008, la condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo per avere espulso un tunisino sospettato di terrorismo[14].

Una seconda questione è data dall'ineleggibilità allo *status* di protezione internazionale - da ultimo sancita, in particolare, dall'art. 2, lett. d) ed n), della Direttiva n.95 del 2011 - delle persone che abbiano subito persecuzione o che rischino di subire un danno grave nel caso del loro rientro nel Paese di abituale residenza che non sia però il loro Paese di cittadinanza (con l'eccezione, ovviamente, degli apolidi).

Benché in astratto la norma possa apparire giustificata, in concreto essa può condurre a conclusioni inique, come nel caso di molti cittadini sub-sahariani fuggiti dalla Libia allo scoppio del conflitto dopo avere vissuto e lavorato nel Paese da moltissimi anni ed in alcuni casi addirittura essendovi nati. La lunga durata della residenza all'estero può infatti determinare un significativo indebolimento del rapporto di cittadinanza e la concreta impossibilità od inesigibilità del rientro nel Paese di origine. In tali situazioni (nelle quali non sia possibile dare rilievo ad una situazione di apolidia *de facto* del richiedente) l'attribuzione del permesso di soggiorno per motivi umanitari costituisce un rimedio alla ritenuta impossibilità di accedere allo status di protezione internazionale.

Si tratta a ben vedere di una soluzione ragionevole, allo stato delle cose, ma non del tutto soddisfacente in quanto subisce la mancanza nelle discipline interne ed europee di un'opportuna differenziazione dei residenti di lungo periodo rispetto alle persone solamente transitanti o comunque residenti da pochi mesi od anni nel Paese dove è stata subita la persecuzione o dal quale si è dovuti fuggire a causa della situazione divenuta pericolosa. È infatti condivisibile che a queste ultime possa essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari, non lo è altrettanto che non si preveda una differenziazione tra le due situazioni che conduca ad una maggiore considerazione del bisogno di protezione dei residenti davvero di lungo periodo costretti a fuggire da un Paese nel quale si erano definitivamente radicati[15].

Una terza questione, non ignota alla nostra giurisprudenza, è quella concernente le persone che pur non avendo più da temere un serio e grave pericolo nel caso del loro rientro nel Paese di origine, sono però rimaste effettivamente vittime di gravi offese alla loro persona, rimanendone sofferenti. In tali casi, ove non si ritenga ugualmente sussistente il bisogno di protezione (per effetto anche delle condizioni di particolare vulnerabilità della persona rimasta vittima di violenza) sarebbe comunque doveroso evitarne il rimpatrio attribuendole un permesso di soggiorno per motivi umanitari[16].

Del resto anche la disciplina della cessazione dello status di protezione internazionale prevede che tale provvedimento possa essere adottato solo se, a fronte del venir meno delle circostanze che hanno indotto al riconoscimento, non permangano «gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine» (art.15, co.2, d.lgs n.251 del 2007).

Un passo ulteriore è stato poi compiuto nei casi in cui la sofferenza subita sia costituita da esperienze particolarmente drammatiche vissute durante il viaggio. Quest'ultimo, come emerge da numerosissimi e inquietanti riscontri, costituisce infatti occasione di gravissime e a volte indicibili violazioni dei diritti umani fondamentali, con conseguenze talvolta irrimediabili nella vita futura delle vittime[17].

6. Profughi climatici

L'umanitario costituisce anche una possibile modalità di protezione delle vittime delle crisi ambientali. Con il rischio però che ciò possa dare luogo ad una possibile opera di derubricazione del bisogno di protezione internazionale delle vittime di discriminazioni e persecuzioni che trovano nella crisi ambientale solo la "causa prossima" della fuga, che potrebbe invece avere nella politica locale dell'ambiente e del'allocazione di risorse e diritti la sua causa prima e dunque principale. A tali ipotesi va poi aggiunta la possibilità che la crisi ambientale (sia essa provocata dall'uomo oppure no) possa agire da causa di violenze diffuse od organizzate, ad

13. L'espressione è tratta da E. Pistoia, *Il posto di Caino. Limiti all'accoglienza nell'Ue degli stranieri colpevoli di reati*, in G. Caggiano, *I percorsi giuridici dell'integrazione*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 729 ss.

14. Corte europea dir.uomo, 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia.

15. Così Trib. Catania, 4 novembre 2016, in *Dir.imm.citt*., 2017, 2 *Rassegna di giurisprudenza*; Trib. Catania, 26 aprile 2017, in *Dir.imm. citt*., 2018, 1, *Rassegna di giurisprudenza*.

16. Cfr., tra gli altri, Trib. Bologna, 9 maggio 2017, in *Dir.imm.citt*., 2017, 2; Trib. Genova, 6 dicembre 2017, in Dir.imm.citt., 2018, 1, *Rassegna di giurisprudenza*. In senso diverso sembra però *Cass*. 6 febbraio 2018, n. 2861.

17. Cfr., ad esempio, Trib. Bologna, 29 maggio 2017, in Dir.imm.citt., 2017, 2, *Rassegna di giurisprudenza*.

esempio per l'accaparramento di risorse divenute scarse[18].

Vero è che, a prescindere dalle cause della crisi ambientale ed in particolare di quelle comunemente definite come disastri o catastrofi, la base giuridica per l'ottenimento della protezione umanitaria è sufficientemente data, nel diritto interno ed europeo, dagli articolo 2 e 3 Cedu. Il diritto alla vita impone infatti azioni positive di protezione e certamente non sono consentiti il respingimento o l'espulsione dello straniero nel caso in cui ciò lo esponga ad un elevato rischio per la vita a causa di crisi ambientali in atto. Ed è opportuno osservare come, anche al di fuori del sistema europeo di tutela dei diritti umani trovi riconoscimento l'obbligo degli Stati di difendere la vita, benché ciò non abbia ancora dato luogo ad una disciplina di diritto internazionale dedicata all'asilo per motivi ambientali[19].

Oltre che nei casi più eclatanti, costituiti dalle catastrofi ambientali, la richiesta di protezione potrebbe comunque condurre almeno al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari quando le attività di sopravvivenza del richiedente siano state effettivamente impedite a causa di un evento climatico o ambientale sia pure più circostanziato o limitato, per il quale tuttavia le autorità del suo Paese non abbiano potuto o voluto adottare le misure di assistenza possibili in quel contesto nazionale, in modo da ricollocare la vittima dell'evento in condizioni di vita possibili ed ordinarie rispetto agli standard locali.

7. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari nella gestione dei flussi migratori

Sin qui si è tentato soprattutto di descrivere lo spazio dell'umanitario presentandolo come un'estensione dell'asilo oltre i confini altrimenti imposti dal quadro europeo delle misure di protezione internazionale; e dunque pur sempre riguardo a migrazioni forzate sin dal Paese di origine o di residenza. Occorre ora concentrarsi sulle figure dell'umanitario centrate su presupposti diversi dalla costrizione all'emigrazione. E poco importa se pure di queste ultime finisce con l'occuparsene, in via amministrativa, soprattutto la rete delle Commissioni territoriali. Ciò accade, in parte, a causa della scarsa propensione delle Questure nel ricevere le richieste di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari direttamente dagli interessati e quindi senza la previa e deresponsabilizzante valutazione della Commissione territoriale.

V'è purtroppo anche un'altra ragione dell'affollamento presso le Commissioni territoriali di richieste di protezione internazionale destinate eventualmente al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, la quale è costituita dalla cattiva qualità della gestione amministrativa dei rinnovi e delle conversioni dei permessi di soggiorno.

Vi sono infatti norme del diritto dell'immigrazione che dovrebbero consentire un'adeguata valutazione della domanda di mantenimento della regolarità del soggiorno anche in situazioni di sopraggiunta fragilità, oppure che consentirebbero la regolarizzazione dello straniero direttamente in ragione del suo diritto all'unità familiare con congiunti regolarmente soggiornanti (ne sono espressione gli enunciati di cui agli artt. 5, co. 5; 19, co. 2; 30, co. 1; 31, co. 1, come interpretato dalla Circolare del Ministero dell'interno del 28 marzo 2008, prot. n. 17272/7; e 31, co.3, d.lgs n.286 del 1998).

Ma spesso tali norme sono disapplicate, in tutto o in parte, anche in spregio alle formali linee di indirizzo ministeriali.

A quel punto la domanda di asilo costituisce l'unico modo per ottenere dall'Amministrazione il rispetto di quegli stessi princìpi che farebbero più esattamente parte dell'ordinaria gestione amministrativa dei permessi di soggiorno.

La differenza tra l'uno e l'altro ambito di operatività dell'umanitario non sta, quindi, nell'autorità che di volta in volta si pronuncia al riguardo ma nel diverso baricentro costituito, nel caso delle migrazioni forzate, dalla necessità di allontanarsi dal Paese di provenienza, mentre negli altri casi esso è dato piuttosto dalla necessità di non essere allontanato dall'Italia, a prescindere dalle ragioni che abbiano o non abbiano consentito a suo tempo all'interessato di giungere nel nostro Paese.

Prova di quanto ora osservato è senza dubbio costituita da una circolare della Commissione nazionale per l'asilo ove, sia pure in via meramente esemplificativa, è proposta alle commissioni territoriali un elenco di situazioni sintomatiche del bisogno di protezione umanitaria non in tutti i casi espressive di una situazione di pericolo o di danno grave riguardanti la situazione nel Paese di origine[20].

---

18. Sul punto le esemplificazioni proposte da A. Brambilla, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in *Dir.imm.citt.*, 2017, 2, spec. pp.23 ss.

19. Cfr. F. Lenzerini, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'silo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffré, 2009, pp. 558 ss.

20. Ministero dell'interno - Commissione nazionale per il diritto di asilo Circolare prot. 00003716 del 30.7.2015 Oggetto: Ottimizzazio-

I casi elencati sono 1) l'esposizione alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti in caso di rimpatrio del richiedente; 2) le gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non possono essere adeguatamente trattate nel Paese di origine. 3) la temporanea impossibilità di rimpatrio a causa dell'insicurezza del Paese o della zona di origine[21], benché ciò non integri l'ipotesi di cui all'art. 14, lett. c), del d.lgs n. 251/2007 (e dunque non si concreti in una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale); 4) gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi ad un rimpatrio in dignità e sicurezza; 5) la situazione familiare, che deve essere valutata ai sensi di quanto previsto dall'art. 8 della Cedu concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Purché i legami personali e familiari siano particolarmente significativi in base alla loro durata nel tempo e alla loro stabilità. Con detta circolare le commissioni territoriali vengono inoltre richiamate alla puntuale applicazione dell'art. 32, co. 3 *bis*, del d.lgs n. 25 del 2008 che impone loro di trasmettere al Questore gli atti della procedura se nel corso dell'istruttoria sono emersi fondati motivi per ritenere che il richiedente è stato vittima dei delitti di cui agli articoli 600 e 601 del codice penale (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù; Tratta di donne o di minori).

In alcuni dei casi elencati il pericolo derivante dal ritorno al Paese di origine assume rilevanza solo in ragione dell'attuale presenza in Italia del richiedente la protezione (come nel caso dell'inadeguatezza dei presidi sanitari).

In altri casi invece rileva in primo luogo il legame personale e familiare con l'Italia, cui non corrispondano legami altrettanto significativi nel Paese di origine. Ed allora l'umanitario svolge nuovamente una funzione di allargamento dei confini rispetto ad un altro istituto che però in questo caso non è il diritto di asilo ma il diritto all'unità od al ricongiungimento familiare, il cui procedimento il legislatore ha sottoposto a rigidità talvolta inopportune, escludendone peraltro, salvo alcune eccezioni, i figli maggiori d'età ed i genitori non ancora anziani di stranieri regolarmente soggiornanti e già maggiorenni.

Le prassi questorili in materia di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari sono di fatto limitate a casi di grave malattia od invalidità, a vantaggio eventualmente anche di un congiunto la cui presenza sia necessaria per l'assistenza della persona invalida. Nel caso invece di altre fragilità non di rado vengono suggerite o realizzate procedure diverse. Gli adulti con minori a carico, ad esempio, vengono invitati a recarsi al Tribunale per i minorenni perché si pronunci sul rilascio del permesso di soggiorno per assistenza al minore, meno utile, per diverse ragioni, del permesso di soggiorno per motivi umanitari perché non convertibile in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Quanto alle persone già titolari di un permesso di soggiorno per lavoro che devono affrontare l'insorgenza di malattie o disabilità viene più volentieri rilasciato un permesso di soggiorno per attesa occupazione, di durata annuale, il cui rinnovo, normalmente negato, è invece concesso in presenza di adeguata giustificazione. Se nel frattempo la persona divenuta disabile acquisisce diritti a provvidenze conseguenti alla declaratoria di invalidità gli verrà infine rilasciato il permesso di soggiorno per residenza elettiva. Tuttavia, sia nel caso in cui questi procedimenti non diano l'esito sperato, sia per ragioni di maggiore convenienza, l'interessato potrebbe comunque chiedere nel ricorrere delle medesime circostanze il riconoscimento della protezione internazionale, potendo ragionevolmente sperare nell'attribuzione di una protezione umanitaria.

8. La valutazione dell'inclusione sociale e le sue funzioni nei procedimenti di attribuzione o mantenimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari

La giurisprudenza in materia di protezione internazionale si è interrogata, fornendo risposte non univoche, sulla rilevanza o meno dei percorsi di inclusione sociale intrapresi dal richiedente asilo denegato, specie, anche se non esclusivamente, ai fini del riconoscimento in sede giurisdizionale del diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Un ragionevole punto di arrivo del diritto vivente sul punto potrebbe essere costituito dalla recente sentenza del Supremo collegio, 23 febbraio 2018, n.4455, con la quale, accogliendo parzialmente il ricorso del Ministero dell'interno avverso la decisione del merito, la Cassazione per un verso afferma che il riconoscimento della protezione umanitaria non può prescindere dall'esame specifico ed attuale della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine. Per altro verso, tuttavia, ritiene che tale esame deve considerare l'in-

ne delle procedure relative all'esame delle domande di protezione internazionale. Ipotesi in cui ricorrono i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

21. Si pensi, ad esempio, ad una situazione di pericolo sanitario.

tegrazione sociale dello straniero in Italia, in quanto fattore rilevante nel valutare se il rientro nel Paese di origine possa comportare il sacrificio effettivo del diritto fondamentale alla dignità del richiedente, anche in relazione a come la sua vita è mutata durante il suo soggiorno in Italia.

Ciò non significa che l'integrazione sociale debba costituire sempre e comunque una *condicio sine qua non* per il riconoscimento della protezione umanitaria. Non ve ne sarebbe ragione, ad esempio, nel caso in cui la vulnerabilità individuale sia data da gravi condizioni di salute e dunque dalla necessità di cure non accessibili nel Paese di origine. Essa invece costituisce elemento di comparazione quando la vulnerabilità oggetto di valutazione ai fini della protezione umanitaria sia costituita dalla previsione che l'eventuale ritorno nel Paese di origine non abbia serie possibilità di una effettiva reintegrazione nel tessuto sociale e dunque contrasti con il rispetto della dignità del vivere cui l'ordinamento italiano è tenuto ai sensi dell'art.5, co.6, d.lgs n.286 del 1998, non in modo inderogabile, come invece è nei casi più gravi ascrivibili al divieto di cui all'art. 3 Cedu, ma secondo una tecnica di bilanciamento simile a quella operata in applicazione dell'art. 8 Cedu[22].

Il ragionamento svolto dalla Corte riguarda l'intero ambito di applicazione dell'art.5, co.6, d.lgs n.286 del 1998. Ed infatti la sua legittimazione in rapporto al diritto dell'Unione europea viene ricondotta, oltre che all'art. 3 della Direttiva n. 95 del 2011, all'art. 6, par. 4, della Direttiva rimpatri, n.115 del 2008, ove si prevede che gli Stati possano rilasciare «per motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura», un permesso di soggiorno o comunque un'autorizzazione al soggiorno a un cittadino di una Paese terzo il cui soggiorno è irregolare.

Il Supremo collegio ha dunque ben chiara l'atipicità delle fattispecie riconducibili all'art. 5, co. 6, osservando che i «seri motivi» di carattere umanitario oppure risultanti da obblighi costituzionali o internazionali «costituiscono un catalogo aperto, pur essendo tutti accomunati dal fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali o accertate, con giudizio prognostico, come conseguenza discendente dal rimpatrio dello straniero, in presenza di un'esigenza qualificabile come umanitaria».

Due gli obiettivi perseguiti (e a mio avviso centrati) dal supremo Collegio: la riconduzione ad unità delle pur variegate fattispecie di attribuzione del permesso di soggiorno per motivi umanitari su richiesta dell'interessato; e la valorizzazione, nei corretti termini della comparazione con la situazione oggettiva e soggettiva nel Paese di origine, dell'integrazione sociale dell'interessato.

Viene così colta e sistematizzata l'inquietudine degli interpreti, sin qui divisi tra coloro che avvertivano l'esigenza di valutare le attitudini soggettive e gli stili di vita dei richiedenti (col timore, peraltro, di farne un criterio meritocratico incongruo rispetto all'oggetto del giudizio) e coloro che invece ritenevano il comportamento dello straniero soggiornante nel nostro Paese del tutto irrilevante ai fini della valutazione dei seri motivi umanitari che ne impediscano il rimpatrio a causa della situazione che egli si troverebbe a vivere nel Paese di origine.

Resta tuttavia da capire più in profondità come misurare l'integrazione sociale e con quali modalità e connessioni valorizzarla nel procedimento per l'attribuzione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, evitando valutazioni stereotipate là dove, invece, occorre sia differenziare tra loro una molteplicità di situazioni già in astratto diverse, sia procedere, tenendo conto dell'appartenenza a ciascuna di queste situazioni, all'ascolto individuale; ascolto obiettivamente non incoraggiato dalle recenti riforme del procedimento in materia di immigrazione e asilo.

Dovrebbe in particolare essere valutato l'impegno soggettivo all'integrazione assai più del solo dato oggettivo, pur sintomatico, del rapporto di lavoro in essere, esito di occasioni meritoriamente colte ma non necessariamente presentatesi.

Invero la funzionalità e l'equità dei parametri di integrazione sociale dipendono, specie per i nuovi arrivati, dal modo con cui verranno gestite molte variabili: la qualità e persino la semplice onestà dell'accoglienza ricevuta, talvolta indignitosa e destrutturante; il luogo di residenza; la possibilità di accedere a corsi di lingua e di formazione professionale; il livello di istruzione; l'età; l'universo linguistico e culturale di provenienza; e via dicendo.

Un'opportuna riflessione su questo potrebbe essere utile, del resto, anche per rivedere finalmente i rudimentali *standard* legali del mantenimento della regolarità del soggiorno. Alla scadenza del permesso di soggiorno per motivi umanitari infatti può talvolta accadere che il suo titolare sia riuscito solo a raccogliere pomodori, in nero o per un troppo breve periodo. Ma le domande più interessanti potrebbero essere altre: se egli abbia studiato oppure no la lingua del Paese che gli ha dato protezione; in quali modi è comunque riuscito a sopravvivere; e quindi qual è la qualità delle sue reti e relazioni sociali.

---

22. Sul punto C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in questa *Rivista on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-per-motivi-di-integrazion_14-03-2018.php.

Le relazioni di aiuto, dato e ricevuto, infatti dicono molto di una persona e del suo impegno ad integrarsi ed è stupefacente che nella società del lavoro segmentato e provvisorio la capacità di relazione sociale (sapere aiutare e sapere farsi aiutare) venga sottovalutata.

In una prospettiva dinamica e proiettata negli anni a venire l'impiego potrà essere perso e magari più volte ritrovato, ma ciò che rende affidabile la persona ben più del rapporto di lavoro (fatto certamente positivo, ma non sempre socializzante) è la sua disponibilità a relazionarsi inserendosi pur con le sue fragilità nel contesto in cui è accolto e nel quale il rendersi utile, così come il cercare impiego è assai più doveroso che trovarlo.

La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte

di *Enrica Rigo*

Il dibattito critico sulla protezione internazionale in una prospettiva di genere si è sviluppato soprattutto attorno alla definizione contenuta nella Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951. L'articolo ripercorre le tappe e le questioni principali sollevate dal dibattito internazionale e le mette a confronto con la prassi e gli orientamenti giurisprudenziali. Nonostante la normativa affermi esplicitamente la necessità di interpretare il diritto alla protezione internazionale tenendo in debito conto le considerazioni e l'identità di genere, molte sono le questioni ancora aperte, sia in riferimento alle forme complementari di protezione, che nel confronto con la prassi applicativa dell'autorità amministrativa e della magistratura di merito.

1. I diritti delle donne sono diritti umani

L'affermazione che «i diritti umani sono diritti delle donne e i diritti delle donne sono diritti umani», secondo la frase resa famosa da Hillary Clinton alla conferenza di Beijing del 1995, è probabilmente la più celebre attestazione di un'epoca in cui il diritto internazionale è diventato terreno di rivendicazione e riconoscimento dei diritti delle donne. Nella prospettiva teorica del femminismo giuridico - ovvero, di quell'insieme di teorie giuridiche che hanno sottoposto a critica la pretesa neutralità delle norme nei confronti dei soggetti a cui si rivolgono[1] - si tratta di una rivendicazione non scontata né pacificata, dal momento che porta in primo piano la contraddizione tra la postura critica rispetto al diritto dei movimenti femministi e la possibilità di fare del diritto stesso uno strumento per l'avanzamento della condizione femminile[2]. Il diritto dei rifugiati offre un prisma attraverso cui osservare questa duplice tensione. Da un lato, esso è per origine e *ratio* un diritto solo parzialmente ascrivibile a quel corpo di regole del diritto internazionale che, a partire dal secondo dopoguerra, si è proposto l'obbiettivo di proteggere i diritti umani attraverso la condanna, morale prima ancora che giuridica, degli Stati che li violano. Il diritto dei rifugiati è, infatti, un diritto "rimediale"[3] in cui la tutela delle situazioni individuali è rimessa alle legislazioni degli Stati stessi, e rispetto al quale non esiste un organismo internazionale deputato a conoscere delle sue violazioni[4]. Dall'altro, è indubbio che alcuni degli

1. Per un'introduzione, si vedano, L. Re, *Femminismi e diritto, un rapporto controverso*, in M.G. Bernardini, O. Giolo, a cura, in *Le teorie critiche del diritto*, Pacini 2017; O. Giolo, *Il giusfemminismo e le sfide del neoliberalismo. A proposito di soggetti, libertà e diritti*, in M.G. Bernardini, O. Giolo, a cura, in *Le teorie critiche*, cit.

2. Cfr. H. Charlesworth, C. Chinkin e Shelley Wright, *Feminist Approaches to International Law*, in *American Journal of International Law*, 85, 1991, pp. 613-645; H. Charlesworth, Talking to Ourselves? Feminist Scholarship in International Law', in S. Kouvo & Z. Pearson, a cura, *Feminist Perspectives on Contemporary* International Law, Hart Publishing, Oxford, 2011.

3. Cfr. D. Anker, *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*, in *Harvard Human Rights Journal*, 15, 2002, pp. 133-154.

4. Per una panoramica delle principali questioni, si vedano, J.C. Hathaway, J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; G. S. Goodwin-Gill e J. McAdam, *The Refugee in Iternational Law*,Oxford University Press, Oxford, 2007.

sviluppi segnati dal diritto dei rifugiati si siano avuti per il tramite della sua interpretazione alla luce dei trattati e delle Convenzioni a tutela dei diritti umani. Una evoluzione che non è priva di ambivalenze, dal momento che ha modificato la natura stessa della protezione codificata dalla Convenzione sullo *status* dei rifugiati, conclusa a Ginevra il 28 luglio del 1951, torcendo, almeno in parte, la *ratio* del rifugio politico in quella di un rifugio umanitario[5].

Il dibattito sulla Convenzione di Ginevra del 1951 portato avanti in una prospettiva di genere non ha avuto forte eco in Italia[6]. Sebbene la critica abbia preso le mosse dal carattere prettamente maschile del modello attorno a cui è stata costruita la definizione di rifugiato, essa è andata al cuore della funzione politica del diritto dei rifugiati, ovvero - per dirla con Patricia Tuitt - della costruzione dell'identità del rifugiato come ambasciatore dei valori dell'Occidente[7]. Una costruzione in cui le identità molteplici che compongono ogni soggettività e l'irripetibilità di ogni storia personale vengono ricondotte in una cornice ristretta, sufficientemente flessibile per essere funzionale dell'affermazione dell'identità politica dello Stato che concede la protezione. Per dirla in altri termini, a partire dalla considerazione che le donne, in quanto portatrici di una soggettività sessuata, non trovavano posto nella Convenzione di Ginevra del 1951, era stato l'intero assetto del diritto dei rifugiati, delle sue funzioni politiche e, in definitiva, del modello degli Stati nazionali che esso affermava[8] a essere travolto dallo scrutinio critico del femminismo giuridico.

Non vi è dubbio che oggi la legislazione sulla protezione internazionale, almeno in Europa, affermi esplicitamente la necessità di interpretare la normativa sulla protezione internazionale tenendo in debito conto le considerazioni e l'identità di genere (*ultra*, § 2). Come ha messo in evidenza parte della letteratura[9], questo risultato ha tuttavia fatto abbassare la guardia della critica, sia rispetto alle ragioni più complessive che l'avevano mossa, sia rispetto alla necessità di verificare se al quadro normativo corrisponda un concreto avanzamento delle tutele e un riconoscimento effettivo dei diritti delle donne che chiedono protezione. Si tratta di un tema che oggi è di rilievo fondamentale a fronte di una crescita esponenziale delle domande di asilo inoltrate da donne in Europa, e che, solo in Italia, sono passate da 4753 nel 2014 a 21053 nel 2017[10]. Ripercorrere alcune tappe del dibattito che, soprattutto negli Stati Uniti e nei decenni successivi al dopoguerra, si è sviluppato attorno al diritto dei rifugiati come diritto che tendenzialmente esclude le donne, è dunque utile a comprendere perché, nonostante le modifiche intervenute sul piano normativo, l'esperienza mostri come le persecuzioni e le violenze connotati in una dimensione di genere fatichino ancora oggi a essere riconosciute come ragioni per ottenere la protezione internazionale.

2. I diritti delle donne sono diritti delle rifugiate

La definizione di rifugiato contenuta nell'art 1 A (2) della Convenzione di Ginevra del 1951 offre quasi un caso di scuola per mostrare come la razionalità astratta della legge, che a sua volta viene intesa come quel carattere da cui la legge trae la propria autorevolezza, non sia un vestito che si adatta a essere indossato indifferentemente da uomini o da donne. Le ragioni della persecuzione, tassativamente elencate dall'art. 1 A (2) nella razza, religione, nazionalità, opinioni politiche e appartenenza a un gruppo sociale determinato, come noto, non includono il sesso; né la differenza sessuale è menzionata nell'articolo 3 della Convenzione che impone di applicarla senza discriminazioni legate alla razza, alla religione o al Paese di origine[11]. La connotazione al maschile della Convenzione non deriva tuttavia solo da tale assenza, bensì

5. Cfr. D. Anker, *Refugee Law*, cit.; B. S. Chimni, *The Birth of a Discipline: From Refugee to Forced igration Studies*, in *Refugges Studies*, 22, 2009, pp. 11-29.

6. Per una discussione, si consenta il rimando a E. Rigo, *Donne attraverso il Mediterraneo. Una prospettiva di genere sulla protezione internazionale*, in *notizie di Politeia*, 124, 2016, pp.82-94.

7. P. Tuitt, *False Images. Law's Construction of the Refugee*, Pluto Press, London, 1996. Sull'asservimento dell'asilo alla causa nazionale, si veda anche il fondamentale lavoro G. Noiriel, *La Tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe (1793-1993)*, Calmann-Lévy, Paris, 1991.

8. Sulla crisi del diritto d'asilo al cospetto degli Stati nazioni, il rimando è necessariamente a H. Arendt, *The Origin of Totalitarianism*, 1951, trad. it. *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Milano 1989.

9. E. Arbel, C. Douveregne e J Millbank, *Introduction*, in E. Arbel, C. Douveregne e J. Millbank, a cura, *Gender in Refugee Law. From the margins to the centre*, Routledge, London, 2014.

10. I dati aggiornati sono pubblicati alla pagina www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/i-numeri-dellasilo, ultimo accesso 30/04/2018.

11. La proposta di inserire il sesso tra i presupposti elencati dall'art. 3 era stata portata ai lavori della Convenzione dalla Jugoslavia. Sui

dal fatto che le ragioni di persecuzione sono costruite attorno a una rigida divisione tra la sfera pubblica e quella privata, la quale, privilegiando la prima, esclude tendenzialmente le donne[12]. È ovvio, infatti, che indicare caratteristiche come la razza o la religione quali ragioni di persecuzione non fa riferimento a peculiarità dell'individuo che concernono le sue convinzioni private o caratteri biologici, bensì alla rilevanza sociale di tali caratteristiche nonché al trattamento discriminatorio e finanche persecutorio che esse ricevono. Si badi, che questa affermazione non significa che non vi siano donne perseguitate per le medesime ragioni degli uomini, ma che le specifiche manifestazioni di violenza di cui sono oggetto prevalentemente le donne, come per esempio la violenza domestica o sessuale, e che sono comunemente ascritte alla sfera della violenza privata, si fanno largo a fatica nella definizione della Convenzione.

Coerentemente con la postura critica del femminismo giuridico verso l'universalità astratta del diritto, non è un caso che le obiezioni sollevate nei confronti della Convenzione del 1951 siano state portate avanti a partire da rivendicazioni concrete. Ancora alla fine degli anni Ottanta le Corti degli Stati uniti consideravano lo stupro come una forma di violenza privata, anche quando evidentemente perpetrato per ragioni politiche[13]. A portare la giurisprudenza su posizioni diverse è stato il lavoro congiunto di avvocati, gruppi di attiviste, e di esperienze accademiche come quella della *Harvard Immigration and Refugee Clinic*, impegnati nei casi di stupro delle donne haitiane che fuggivano verso gli Stati uniti dopo il colpo di Stato del 1991 o in supporto delle rivendicazioni delle donne provenienti dal centroamerica che fuggivano dalla violenza domestica[14]. A fare da apripista al riconoscimento dello stupro come forma di tortura, anche al di fuori dei contesti di detenzione o dei conflitti armati, sono stati proprio i casi di asilo decisi da Corti statunitensi e canadesi agli inizi degli anni Novanta[15]; ben prima che tali violazioni venissero ufficialmente riconosciute come tortura dal Tribunale penale internazionale per il Ruanda nel 1998. Una vicenda che mostra, peraltro, come l'influenza tra regime dei diritti umani e diritto dei rifugiati non sia affatto unidirezionale.

Non è possibile ripercorrere in questa sede l'intera storia delle rivendicazioni e delle tappe del dibattito sulla Convenzione di Ginevra in una prospettiva di genere. Solo per elencare alcuni dei nodi in discussione, essi vanno dal riconoscimento delle donne come determinato gruppo sociale ai sensi dei nessi causali[16] previsti dalla definizione di rifugiato; al riconoscimento di atti di violenza specificamente rivolti contro un genere, come la violenza sessuale o i maltrattamenti domestici, come atti persecutori; al dibattito sulla qualificazione pubblica o privata degli agenti persecutori; alla critica della gerarchia dei diritti fatta propria dal diritto internazionale, che, nel confronto con i diritti civili e politici, attribuisce rilevanza solo marginale ai diritti sociali e alla garanzia delle condizioni materiali di sussistenza.

Il primo riconoscimento a livello internazionale della necessità di integrare una prospettiva di genere nella valutazione delle domande di protezione è avvenuto, a oltre cinquant'anni dalla Convenzione, solo con le linee guida dell'Unhcr del 2002[17] che, sebbene siano uno strumento non vincolante, dettano indicazioni autorevoli per il rispetto di *standard* di

---

lavori preparatori, si veda, P. Weis, *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Preparatoires Analysed with a Commentary by dr Paul Weis*, 1991 www.unhcr.org/protection/travaux/4ca34be29/refugee-convention-1951-travaux-preparatoires-analysed-commentary-dr-paul.html, ultimo accesso 30/04/2018.

12. Per un'introduzione al dibattito, si vedano N. Kelly, *The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade' Progress*, in *International Journal of Refugee Law*, 13, 2002, pp. 559-568; A. Edwards, *Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy*, in *Refugee Srvey Quarterly*, 29, 2010, pp. 21-45; J Freedman, *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Palgrave, London, 2015.

13. Tra i casi più noti, quello di una donna salvadoregna violentata da uno squadrone della morte al fine di intimidire i familiari attivisti politici; discusso in D. Anker, *Refugee Law*, cit.

14. Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza, K. Musalo, *A Short History of Gender Asylum in The United States: Resistance and Ambivalence May Very Slowly be Inching Towards Recognition of Women's Claims*, in *Refugee Survey Quarterly*, 29, 2010, pp. 46-63; D. Anker, *Legal change from the botton up: the development of genfer asylum jurisprudence in the United States*, in E. Arbel, C. Douveregne e J. Millbank, a cura, *Gender in Refugee Law. From the margins to the centre*, Routledge, London, 2014.

15. Cfr. D. Anker, *Refugee Law*, cit.

16. I motivi di persecuzione elencati dalla Convenzione di Ginevra del 1951 vengono indicati dalla letteratura giuridica anglo-statunitense anche come fattispecie o nessi causali.

17. Unhcr, *Linee guida sulla protezione internazionale n.1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01. Sulle consultazioni che hanno portato all'adozione delle linee guida, E. Feller, V. Turk e F. nicholson, a cura, *Refugee Protection in International Law: Unhcr's Global Consultations on International Protection,* Cambridge University Press, Cambridge 2003.

interpretazione uniformi. Vale la pena menzionare almeno due aspetti che fanno di tali linee guida uno strumento, a oggi, non superato. Il primo riguarda la definizione di genere come categoria socialmente costruita e, dunque, non completamente sovrapponibile alla differenza sessuale anche rispetto al binarismo tra uomo e donna: «Il genere si riferisce alla relazione tra uomo e donna basata su identità, *status*, ruoli e responsabilità, costruite e definite socialmente o culturalmente, che vengono assegnate alle persone appartenenti a un sesso o a un altro, mentre il sesso è una determinazione biologica. Il concetto di genere non è statico o innato, ma acquista significati costruiti socialmente e culturalmente nel tempo»[18]. Il secondo aspetto riguarda, invece, la menzione esplicita delle donne come determinato gruppo sociale ai sensi dell'elenco delle ragioni di persecuzione previste dalla Convenzione di Ginevra, e considerate come tassative. Secondo le linee guida, infatti: «la caratteristica del sesso può essere correttamente collocata nella categoria di gruppo sociale, con le donne che costituiscono un chiaro esempio di sottoinsieme sociale definito da caratteristiche innate e immutabili e che sono di frequente trattate in maniera differente rispetto agli uomini. Le loro caratteristiche inoltre le identificano come gruppo in una società, rendendole soggette, in alcuni Paesi, a trattamenti e *standard* differenti»[19].

Quest'ultima questione è particolarmente rilevante, poiché si tratta di uno dei pochi riferimenti espliciti, contenuto in documenti internazionali, alla possibilità di considerare le donne come gruppo sociale in sé[20]. Le successive Linee guida del 2012[21], sulle domande di riconoscimento fondate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere e riferite, in particolare, sulle persone Lgbt, non fanno infatti più riferimento alle donne quale gruppo sociale determinato. Una scelta analoga, è stata operata dalla cosiddetta Direttiva Qualifiche, riformata nel 2011[22], la quale all'art. 10 comma 1, d), dopo aver specificato che, in funzione delle circostanze del Paese d'origine un determinato gruppo sociale può essere fondato sulla caratteristica dell'orientamento sessuale, chiarisce altresì che: «Ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale, o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, si tiene debito conto della considerazione di genere, compresa l'identità di genere». Se, da un lato, l'espressione utilizzata dalla direttiva è sufficientemente generica da poter ricomprendere anche la condizione delle donne tra la "considerazione di genere", dall'altro, come ha messo in luce parte della letteratura, si è forse persa una buona occasione per introdurre un riferimento espresso alle donne come determinato gruppo sociale, e dunque una presunzione rispetto alle ragioni della persecuzione[23], così come invece è esplicitato per gli appartenenti a un gruppo caratterizzato per l'orientamento sessuale.

Il passaggio della Direttiva Qualifiche sulla considerazione e l'identità di genere è stato riprodotto fedelmente dall'art. 8 del d.lgs 251 del 2007, emendato nel 2014 dalla legge di trasposizione della direttiva, il quale al primo comma ha altresì introdotto, accanto agli atti di persecuzione, la «mancanza di protezione contro tali atti», fugando così ogni dubbio sul fatto che ci si trovi di fronte a persecuzione anche qualora non venga offerta adeguata protezione contro atti perpetrati da agenti persecutori privati. Sempre in merito alla Direttiva Qualifiche, è opportuno menzionare, poi, l'art. 9 sugli atti di persecuzione, il quale al comma 2, lettera a), nomina gli atti di violenza sessuale, mentre, alla lettera f), richiama gli «atti specificamente diretti contro un sesso o contro l'infanzia». In conformità all'espressione utilizzata sia nella versione inglese che in quella francese della direttiva, il d.lgs 251/2007 all'art. 7, comma 2, lettera f), ha tra-

18. Unhcr, *Linee guida sulla protezione internazionale n.1. La persecuzione di genere*, cit., p. 3. Una definizione di genere è contenuta anche nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata a Istanbul l'11 maggio 2011, che all'art. 3, lettera c, recita: «con il termine genere ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini».

19. Unhcr, *Linee guida sulla protezione internazionale n.1. La persecuzione di genere*, cit., p. 9.

20. Il riferimento è ripreso anche dalle linee guida sulla tratta di esseri umani; si veda Unhcr, *Linee guida di protezione internazionale N.7. L'applicazione dell'art. 1A(2) della Convenzione del 1951e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati alle vittime di tratta o alle persone a rischio tratta*, HCR/GIP/06/07, del 7 aprile 2006.

21. Unhcr, *Linee guida in materia di protezione internazionale n.9: Domande di riconoscimento dello status di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere nell'ambito dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del suo Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 23 ottobre 2012, HCR/GIP/12/09. Le linee guida del 2012 non sono sostitutive bensì complementare a quelle del 2002 sulla persecuzione di genere.

22. *Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 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*, 2011/95/Ue, del 13 dicembre 2011.

23. Cfr. A. Edwards, *Transitioning Gender*, cit., p 25.

dotto l'espressione con «atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia».

A fronte delle scelte operate sia dal diritto europeo che da quello nazionale, appare dunque ancora più rilevante la recente pronuncia della Cass. civ., sez. I, 24 novembre 2017, n. 28152, rel. Acierno, sul riconoscimento dello *status* di rifugiata nel caso di una donna costretta ad abbandonare il proprio Paese di origine per sottrarsi a pratiche tradizionali che impongono alle vedove di unirsi in matrimonio con il fratello del defunto marito[24]. La sentenza interviene su una serie di questioni, tra cui gli «atti di persecuzione specificamente rivolti contro un genere», in merito ai quali la Corte richiama espressamente l'ampia nozione di violenza nei confronti delle donne e violenza domestica prevista dall'art. 3 della Convenzione di Istanbul, nonché sull'individuazione del determinato gruppo sociale. In merito a tale seconda questione, la decisione così recita «Non c'è dubbio, per quanto sopra esposto, che l'odierna ricorrente sia stata vittima di una persecuzione personale e diretta per l'appartenenza a un gruppo sociale (ovvero in quanto donna), nella forma di "atti specificamente diretti contro un genere sessuale"». La Corte ha inoltre deciso nel merito la questione, riconoscendo lo *status* di rifugiata alla ricorrente[25].

La Convenzione di Istanbul è richiamata dalla Cassazione anche in relazione all'art. 60, il quale dispone che gli Stati firmatari «adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che la violenza contro le donne basata sul genere possa essere riconosciuta come una forma di persecuzione ai sensi dell'articolo 1, A (2) della Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati del 1951 e come una forma di grave pregiudizio che dia luogo a una protezione complementare/sussidiaria». Il riferimento alle forme di protezione sussidiaria o complementare a esiti interpretativi importanti, dal momento che il dibattito dottrinario si è focalizzato fino ad ora sulla definizione di rifugiato ai sensi Convenzione di Ginevra del 1951, la quale è resa particolarmente rigida dalla tassativa elencazione dei motivi a cui è necessario ricondurre la persecuzione. Tuttavia, non superfluo osservare come la prassi interpretativa che si è strutturata attorno alla definizione di rifugiato, e che a lungo ha misconosciuto la rilevanza della violenza specificamente rivolta contro un genere sessuale, influenzi inevitabilmente anche l'applicazione delle forme gradate di protezione internazionale. Proprio su questo punto si era espressa una precedente pronuncia della Cassazione in una vicenda in cui la richiesta di protezione era fondata su atti di violenza domestica. La Corte ha ricondotto tale violenza a quella integrante un grave danno in caso di rimpatrio, dovuto al rischio di incorrere in trattamenti inumani o degradanti, che l'art. 14, lettera b) pone a fondamento della protezione sussidiaria «in base ad una interpretazione che, per un verso, non trova ostacolo letterale nell'ampia dizione normativa e, per altro verso, è imposta dal richiamato art. 60, primo comma, ultima parte, della Convenzione» (Cass. civ., sez. VI, del 17 maggio 2017, n. 12333, rel. De Chiara)[26].

Seguendo l'impostazione affermata dalla Cassazione, non vi è dubbio che la necessità di interpretare attraverso il prisma del genere le forme complementari di protezione si estenda anche alla protezione umanitaria prevista dall'art. 5, comma 6, del d.lgs 286/98. Come noto, la giurisprudenza in funzione nomofilattica ha chiarito più volte (cfr., Benvenuti, in questa rivista) che i presupposti di tale protezione non coincidono con quelli della protezione sussidiaria prevista dalle direttive europee, e li ha invece ricondotti all'art. 10 della Costituzione, il quale impone il rispetto degli obblighi costituzionali o derivanti dai trattati internazionali. Secondo tale interpretazione, le tre forme gradate dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria e di quella umanitaria concorrono a dare attuazione complessiva al disegno dell'asilo costituzionale. Proprio in riferimento alla protezione umanitaria, i recenti arresti della giurisprudenza hanno, peraltro, segnato importanti sviluppi, riconoscendo che la condizione di vulnerabilità del richiedente asilo, meritevole di protezione, può derivare dalla violazione dei suoi fondamentali diritti di sussistenza, ossia dalla «mancanza di condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli *standards* minimi per un'esistenza dignitosa» (Cass. civ., sez. I, del 23 febbraio 2018, n. 4455, rel. Acierno). Come già accennato, il

24. Per un commento, si veda D. Genovese, *Violenza di genere e protezione internazionale. Note a margine di un recente orientamento della Corte di cassazione*, in *questionegiustizia*.it, 2018, accessibile a www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-di-genere-e-protezione-internazionale-not_05-02-2018.php, ultimo accesso 30/04/2018.

25. In precedenti pronunce, dove erano emerse questioni relative al genere, la Corte aveva censurato il provvedimento impugnato per vizio istruttorio e rinviato al giudice a quo; si vedano, Cass. civ., sez. VI, del 09/07/2013, n. 25873; Cass. civ., sez. VI, del 24/09/2012, n. 16221. Seppure non direttamente inerente a una domanda relativa a violenza di genere, per la rilevanza del principio espresso, si veda anche Cass. civ., sez. VI, del 10/04/2015, n. 7333.

26. Per un commento, D. Genovese, *Violenza di genere e protezione internazionale*, cit.

riconoscimento che l'esercizio dei diritti non può prescindere dalla garanzia delle condizioni di sussistenza materiale è una questione centrale quando si guardi all'impianto della protezione internazionale in una prospettiva di genere[27]. Quando a fuggire da situazioni di violenza sono le donne, i bisogni materiali di sussistenza acquisiscono infatti una rilevanza specifica, sia in ragione del ruolo che le donne svolgono nella cura dei figli o di altri soggetti non autosufficienti, sia per le forme di discriminazione economica a cui sono soggette, nonché per la circostanza che, sovente, sono padri, mariti, o chi ne fa le veci a detenere il controllo sui mezzi necessari a cercare una via di fuga e affrancamento dalla condizione di violenza o subordinazione in cui sono costrette le donne.

3. La protezione di genere alla prova della prassi interpretativa

Le poche pronunce della Cassazione riferite alla protezione internazionale in una prospettiva di genere, quando paragonate all'elevato contenzioso a cui deve far fronte la giurisprudenza di merito, se, da un lato, danno conto di una funzione nomofilattica in fieri, dall'altro, dovrebbero suonare da campanello d'allarme rispetto alle difficoltà concrete che incontrano le donne richiedenti asilo nel perseguire le proprie istanze fino alle Corti apicali. La mancanza di dati certi al riguardo è un problema rilevato dalla letteratura sul tema non solo in Italia[28]: anche quando le statistiche sugli esiti delle domande di asilo fornite dalle autorità amministrative sono disaggregate per genere, non è infatti dato sapere quali fossero le questioni poste a fondamento della domanda. Lo stesso si può dire per quanto riguarda le pronunce giurisprudenziali, dal momento che le rassegne disponibili sulle riviste specializzate possono contare solo sui provvedimenti messi a disposizione dagli avvocati stessi, o da associazioni a tutela dei diritti delle donne, e non forniscono dunque un quadro attendibile rispetto agli effettivi orientamenti della giurisprudenza di merito. Se si intende l'accesso alla giustizia come un processo culturale e sociale[29], che guarda all'effettività delle tutele e non può essere risolto dalla garanzia formale dell'accesso individuale al diritto di difesa, la difficoltà di fornire un quadro esaustivo sulla questione è parte del problema, dal momento che è specchio di una cultura giuridica dove migrazione e asilo sono considerate ancora questioni marginali o riservate agli addetti ai lavori[30].

Le osservazioni che seguono, su alcuni orientamenti delle Commissioni territoriali e della giurisprudenza di merito, non possono dunque che fornire uno squarcio di prospettiva molto parziale. Esse si basano soprattutto sulle ricerche condotte all'interno della Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza dell'Università di Roma Tre, e riguardano casi di donne richiedenti asilo udite dalla Commissione territoriale di Roma tra il 2013 e il 2017, ovvero nel periodo che ha portato all'incremento massimo delle domande di asilo presentate da donne, nonché le decisioni del Tribunale di Roma in sede di eventuale impugnazione[31]. La rassegna qui presentata mira semplicemente a illustrare alcune delle principali questioni emerse, sia rispetto agli orientamenti interpretativi, sia sulle opportunità effettive di un pieno accesso alla tutela delle situazioni in cui le considerazioni di genere appaiono rilevanti.

Tra le questioni su cui si è espresso il Tribunale di Roma, con orientamento pressoché costante, vi è quella delle mutilazioni genitali femminili, considerate una forma di persecuzione integrata da atti rivolti contro uno specifico genere sessuale. Tra le decisioni prese in esame, vi è un'ordinanza, pronunciata già nel 2014 dal Trib. Roma, sez. I civ. del 29/12/2014, est. Got Mansi, relativa a una donna proveniente dalla regione di Casamance, in Senegal, a cui la Commissione territoriale, aveva riconosciuto lo *status* attenuato della protezione umanitaria. Il Tribunale, a seguito dell'allegazione di un certificato medico attestante cicatrici compatibili con le mutilazioni genitali, ha diversamente deciso per il riconoscimento dello *status* di rifugiata, argomentando a favore della sussistenza del «fondato timore che la ricorrente possa subire violenza in ragione della sua appartenenza al genere

27. Cfr. M. Foster, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights. Refugee from Deprivation*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

28. Cfr. E. Arbel, C. Douveregne e J Millbank, *Introduction*, cit.

29. Cfr. M. Cappelletti, B Garth, *Access to Justice and Walfare State. An Introduction*, in M. Cappelletti, a cura, *Access to Justice*. Vol. 4, European University Institute, Firenze, 1981

30. Cfr. E. Rigo, *Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, pp. 475-494.

31. La Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza, da me coordinata, è attiva dal 2010 presso il Dipartimento di giurisprudenza di Roma Tre e coniuga attività di didattica e ricerca. Le osservazioni qui presentate si basano sull'analisi della documentazione, raccolta dalla Clinica, relativa a 70 casi di donne richiedenti asilo. La ricerca è a oggi ancora in corso.

femminile», nonché riscontrando il rischio concreto ed effettivo che «ella sia sottoposta, come in passato, nel suo Paese di origine ad un trattamento inumano e degradante quale è la pratica della mutilazione dei genitali femminili». Dello stesso tenore è la decisione recente del Trib. Roma, sez. I civ. del 02/02/2018, est. Got De Luca, in cui una ricorrente proveniente dalla Nigeria aveva invece impugnato il diniego di ogni forma di protezione da parte della Commissione territoriale. In questo secondo caso, la richiedente asilo aveva peraltro riferito alla Commissione di atti di violenza domestica, nei confronti propri e dei figli, protrattisi per anni, e aveva circostanziato le difficoltà incontrate nel ricevere protezione da parte delle autorità. La Commissione di Roma, nella seduta del 25/02/205, aveva tuttavia ritenuto contradditorio il racconto, che è stato invece successivamente confermato nel processo e ritenuto credibile dal Tribunale.

Nel secondo caso illustrato, il verbale di audizione e il provvedimento decisorio della Commissione territoriale, non contengono riferimenti alle mutilazioni genitali. Tale circostanza fa presumere che il racconto posto a fondamento della richiesta di asilo non avesse inizialmente evidenziato le mutilazioni subite. L'assenza di consapevolezza rispetto ai presupposti che possono integrare la domanda di protezione internazionale è una situazione non inusuale, specie nei casi di violenze che colpiscono prevalentemente un genere sessuale, sovente legate a un certo grado di radicamento culturale che ne attenua la percezione sociale. Il dovere di informazione, previsto dall'art. 8 della Direttiva 2013/32/Ue e sul quale è intervenuta l'ordinanza Cass. civ., sez. VI, del 25 marzo 2015, n 5926, rel. De Chiara, fa riferimento esplicito al solo obbligo degli Stati membri di fornire informazioni sulla possibilità di inoltrare domanda di protezione internazionale. Il dato testuale non specifica ulteriormente il contenuto di tale obbligo che, tuttavia, secondo quanto raccomandato dalla Corte Edu, seppur in riferimento a persone interessate da una procedura di allontanamento, dovrebbe estendersi al «diritto di ottenere informazioni sufficienti a consentire loro di avere un accesso effettivo alle procedure e di sostenere i loro ricorsi» (Hirsi c. Italia, n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012). Inoltre, l'obbligo di fornire informazioni che tengano conto delle questioni di genere potrebbe essere desunto dall'art. 60 della Convenzione di Istanbul che al comma 3 impone di adottare «le misure legislative o di altro tipo necessarie per sviluppare procedure di accoglienza sensibili al genere e servizi di supporto per i richiedenti asilo, nonché linee guida basate sul genere, compreso in materia di concessione dello *status* di rifugiato e procedure di asilo sensibili alle questioni di genere, compreso in materia di *status* di rifugiato e di richiesta di protezione internazionale».

Un secondo ordine di questioni, su cui il Tribunale si è però pronunciato di rado, riguarda la valutazione di domande presentate da donne e connesse all'orientamento sessuale che, in tutti i tre casi del campione preso in esame, sono state rigettate dalla Commissione territoriale di Roma perché ritenute non credibili. Nella seduta del 24/08/2015, per esempio, la Commissione ha rigettato la domanda di protezione di una donna nigeriana che aveva dichiarato di essere stata costretta ad allontanarsi dalla Nigeria dopo essere stata sorpresa in atteggiamenti intimi con una nipote. Il provvedimento decisorio della Commissione ha ritenuto il racconto della richiedente asilo inverosimile «anche per le numerose e contradditorie dichiarazioni sulla sua età, la zona di provenienza, quella di partenza, i suoi orientamenti sessuali, la sua uscita dalla Libia e la vicenda della tratta; in particolare non si comprende perché il suo unico timore sia per la zia che vive a Kano, visto che la richiedente ha vissuto sempre nel sud ed anzi nel C3 ha dichiarato di essere di Benin City». Si tratta dell'unico caso, tra i tre esaminati, in cui il Tribunale di Roma si sia già pronunciato sul ricorso contro il provvedimento di diniego confermando la decisione della Commissione territoriale (Trib. Roma, sez. I civ., del 30/09/2016, est. Ciavattone). L'ordinanza, alquanto stringata, non motiva in riferimento al rischio connesso all'orientamento sessuale della ricorrente, che pur era stato evidenziato anche in sede di ricorso. Nella motivazione, la quale rimanda a quanto riferito nell'audizione di fronte alla Commissione territoriale e confermato nel processo, si legge infatti che la ricorrente ha dichiarato «di essersi allontanata dalla Nigeria per problemi familiari, rispetto ai quali ha reso dichiarazioni confuse e contradditorie». Il timore di subire atti persecutori in ragione del proprio orientamento sessuale, nonché l'impossibilità a esercitare i propri diritti di libertà, sembrano dunque essere stati oggetto di valutazione solo come generici problemi familiari, né il Tribunale ha ritenuto sussistenti altri presupposti per concedere una forma gradata di protezione. Il medesimo orientamento è stato confermato dalla Corte di appello di Roma che, nella sentenza 2716/2018 del 26/04/2018, rel. Loasses, ha ritenuto non comprovata l'omosessualità dell'appellante. Nella motivazione, la Corte di appello specifica che «non potendosi ritenere veritiero il racconto del [sic] appellante – che in astratto avrebbe reso possibile la concessione della protezione richiesta – non può neppure essere riconosciuta alla medesima la protezione sussidiaria, consentita esclusivamente in presenza di un danno grave ricorrente nelle ipotesi tassativamente elencate dall'art. 14 del d.lgs 251/2007. Sul punto va infatti evidenziato che la zona di origine della appellante (Edo State) non presenta, attualmente, come riscontrabile dai siti internazionali, una situazione di vio-

lenza generalizzata né è interessata da conflitti etnici e religiosi». La Corte di appello ha, inoltre, rigettato la richiesta di protezione umanitaria che l'interessata aveva fondato anche sulla base di allegazioni mediche attestanti un disturbo post-traumatico e depressivo dovuto, peraltro, al fatto di aver subito violenze sessuali da parte di uomini durante il passaggio in Libia, mentre, secondo quanto riporta il referto medico, il suo orientamento sessuale è rivolto alle donne.

Quest'ultimo caso solleva una questione che è trasversale a molti dei provvedimenti decisori presi in rassegna e riguarda l'*intersezionalità* con cui dovrebbero essere valutate le domande di protezione internazionale fondate su atti di violenza rivolti contro un genere sessuale. Il termine, coniato alla fine degli anni Ottanta dalla letteratura giuridica[32] per sottolineare i limiti della legislazione contro le discriminazioni quando queste sono basate su caratteristiche da considerarsi cumulativamente come genere, origine, orientamento sessuale e classe sociale, è sempre più di frequente utilizzato anche dalla letteratura in materia di protezione internazionale[33]. Nel caso da ultimo descritto, per esempio, né la Commissione né i due gradi della magistratura di merito sembrano aver tenuto conto del fatto che la bassa scolarizzazione della donna, la provenienza da un Paese dove l'omosessualità è oggetto di una forte stigmatizzazione sociale e le condizioni psicofisiche compromesse dalle violenze subite possono influire profondamente sulla coerenza del racconto. Si tenga presente, poi, che l'audizione da parte della Commissione territoriale, nel caso di specie, si era tenuta presso il Centro di Identificazione e Espulsione (Cie) di Ponte Galeria[34], dove la donna, giunta in Italia via mare poche settimane prima, si trovava in stato di trattenimento.

Un approccio intersezionale, ovvero che consideri come connesse le diverse forme di discriminazione che possono riguardare un medesimo soggetto, impone altresì che le ragioni di persecuzione elencate dalla definizione di rifugiato, così come i presupposti delle forme gradate di protezione, non siano oggetto di valutazione disgiunta, bensì concorrano a formare il quadro generale della valutazione, il quale deve essere, a sua volta, calibrato attorno a un profilo attento alle considerazioni e all'identità di genere. Tale approccio è esemplificato da alcune recenti decisioni collegiali, pronunciate ai sensi del nuovo rito, dal Tribunale di Roma. Nel decreto Trib. Roma, sez. XVIII civ., del 03/05/2018 rel. Albano, rg 69666/2017, per esempio, il Tribunale si è pronunciato sul caso di una donna nigeriana, proveniente dall'Edo State, a cui la Commissione territoriale di Roma, nella seduta del 18/05/2017, aveva negato ogni forma di protezione. Viceversa, il collegio ha riconosciuto alla ricorrente lo *status* di rifugiata per essere stata «vittima di persecuzione in quanto appartenente ad un determinato gruppo sociale, quale può definirsi il genere femminile, sottoposta alla pratica delle mutilazioni genitali femminili, oltre che al rischio specifico derivante dall'esteso fenomeno della tratta di esseri umani a fini sessuali nell'area di provenienza, diffusamente eseguita nel territorio stante il clima di impunità regnante». Nella motivazione, la persecuzione integrata dalle mutilazioni genitali e il rischio di subire un grave danno derivante dal fenomeno della tratta sono, dunque, considerate congiuntamente e valutate entrambe tenendo in debito conto le considerazioni e l'identità di genere dell'interessata. In particolare, argomentando in merito al rischio di tratta, la decisione del Tribunale valuta elementi che la ricorrente aveva già riferito nell'audizione di fronte alla Commissione territoriale, quale il tentato reclutamento da parte di in una setta indicata dai rapporti internazionali sulla tratta come una rete di sfruttamento della prostituzione. La Commissione avrebbe, pertanto, ben potuto accordare alla donna una forma di protezione gradata come quella sussidiaria, anche in assenza dell'allegazione sulle mutilazioni genitali comprovante il rischio individualizzato di persecuzione. Allo stesso modo, nel caso sull'orientamento sessuale discusso poc'anzi, pur non ritenendo pienamente credibile il racconto della donna rispetto al proprio orientamento sessuale, il Tribunale e la Corte di appello avrebbero potuto valutare i rischi, in caso di rimpatrio, specificamente connessi al genere sessuale, come appunto quello della tratta e delle diffuse forme di violenza contro le donne, e non solamente le generiche allegazioni sulla sicurezza del Paese.

In seguito alla costituzione della Sezione specializzata sui diritti della persona e l'immigrazione, istituita dopo l'entrata in vigore della riforma prevista dal dl 13/2017 conv. in l. 46/2017, le decisioni del Tri-

32. K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A black Feminist Critique of Antidiscrimination Docrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1, 1989, pp. 139-167.

33. Si vedano, per esempio, E. Pittaway e E. Pittaway, '*Refugee woman': a dangerous label. Opening a discussion on the role of identity and intersectional oppression in the failure of the international refugee protection regime for refugee women*, in *Australian Journal of Human Rights*, 10, 2004, pp. 119-135; M. Verveliet, J. De Mol, E. Broekaert e I. Derluyn, *'That I Live, that's Because of Her': Intersectionality as Framework for Unaccompanied Refugee Mothers*, in The British Journal of Social Work, 44, 2014, pp. 2023–2041.

34. Questa la denominazione al tempo in vigore. Tali centro sono stati rinominati in Centri per il rimpatrio (CPR) dal dl 13/2017 conv. in l 46/2017.

bunale sembrano aver assunto un impianto argomentativo più uniforme e un orientamento più costante. Si segnalano, per la valutazione congiunta delle intersezioni tra le caratteristiche personali delle richiedenti asilo, nonché della loro rilevanza rispetto ai presupposti delle diverse forme di protezione, la decisione Trib. Roma, sez. XVIII civ., del 03/05/2018, rel. Albano, rg 65893/2017, in cui la Corte di merito ha riconosciuto lo *status* di rifugiata a una donna nigeriana vittima di tratta e di violenza domestica connessa al matrimonio forzato; e la decisione di cui al decreto Trib. Roma sez XVIII civ., del 03/05/2018, rel. Albano, rg 70955/2017, in cui il collegio giudicante, valutando i presupposti della protezione sussidiaria, ha riconosciuto il rischio congiuntamente legato «all'appartenenza di genere, alla giovane età ed all'appartenenza ad un gruppo sociale medio basso e scarsamente scolarizzato, derivante dall'esteso fenomeno della tratta di esseri umani a fini sessuali nell'area di provenienza, oltreché dalla pratica delle mutilazioni genitali, anche questa particolarmente estesa nell'area di provenienza». Tale impianto argomentativo, peraltro, appare congruente con l'obbligo istruttorio, che grava sull'autorità amministrativa e su quella giudicante in sede di ricorso, e che deve coprire tutti gli aspetti rilevanti per la valutazione del caso, così come impone il principio della piena cognizione della causa devoluta.

4. La tratta come violenza contro un genere sessuale

Una delle questioni su cui il Tribunale di Roma si è trovato a decidere con maggiore frequenza è quella delle donne richiedenti asilo, provenienti in particolare dalla Nigeria, e potenziali vittime di tratta. Secondo i dati dell'Organizzazione internazionale delle migrazioni, nel solo 2016 sono state 11009 le donne nigeriane sbarcate in Italia, delle quali 8277 probabilmente trafficate[35]. La problematica della tratta è certamente complessa e interseca diversi strumenti normativi (cfr. Giammarinaro, in questa *Rivista*), sia di carattere penale sia in relazione alla protezione internazionale, le cui finalità primarie, di repressione delle reti criminali nel primo caso e di protezione contro i rischi connessi al rimpatrio nel secondo, non sempre sono congruenti. In questa breve rassegna, l'intento non è di discutere della tratta in chiave complessiva, ma solo di evidenziare alcune problematiche connesse alla sua rilevanza per la protezione internazionale. Già le linee guida Unhcr del 2002, indicano, infatti, la tratta a scopo di sfruttamento sessuale come possibile forma di violenza specificamente diretta contro un genere sessuale. Posizione poi ribadita e dettagliatamente illustrata nelle linee guida del 2006, dedicate nello specifico al fenomeno della tratta e al suo inquadramento rispetto ai presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato[36]. Il numero dei casi di cui si è esaminata la documentazione, che comprende i verbali di udienza e i provvedimenti decisori inerenti 70 donne nigeriane udite dalla Commissione territoriale tra il 2013 e il 2017, nonché 31 decisioni del Tribunale di Roma, nei casi in cui il provvedimento della Commissione è stato impugnato dalla parte, seppure non si possa considerare un campione quantitativo rilevante quando è paragonato alla mole di contenzioso che occupa la giurisprudenza di merito, consente tuttavia di tracciare alcune linee di tendenza sviluppate dal foro giudicante romano.

Nelle decisioni più risalenti, infatti, il Tribunale ha riconosciuto la protezione sussidiaria a donne provenienti dalla Nigeria ai sensi dell'art. 14, comma 1, lettera c), del d.lgs 251/2007, per il rischio di un danno grave in caso di rimpatrio «derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale», ovvero per la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile in cui possono incorrere indifferentemente uomini e donne (per esempio, Trib. Roma, sez. I civ., del 31/01/2014, est. Got De Luca; Trib. Rm, sez. I civ, del 30/09/2015 est. Velletti). A partire dal 2016, alcuni giudici, pur confermando l'orientamento ora richiamato, hanno iniziato a menzionare nella motivazione la larga diffusione del nel Paese di forme di violenza specificamente rivolte contro le donne, quali, per esempio, il reclutamento ai fini dell'avviamento alla prostituzione o la carenza di protezione contro la violenza sessuale. Nell'ordinanza del Trib. Roma, sez. I civ., del 16/02/2016, est. Got Minotti, per esempio, dopo aver esposto dettagliatamente le situazioni di conflitto e le diffuse violazioni di cui riferiscono rapporti di accreditate organizzazioni umanitarie, la motivazione afferma che le informazioni acquisite «inducono a ritenere che il paese di origine del richiedente viva situazioni di ordine generale che si traducono necessariamente in potenziali gravi rischi all'incolumità dei cittadini o nella endemica esposizione delle donne a comportamenti gravemente degradanti e violenti». Di tenore analogo è la decisione del Trib. Roma, sez.

35. Si veda, Oim, *Human Trafficking through the central Mediterranean route: data, stories and informations collected by the International Organization of Migration*, www.italy.iom.int/sites/default/files/news-documents/IOMReport_Trafficking.pdf, ultimo accesso 30/04/2018.

36. Unhcr, *Linee guida di protezione internazionale n. 7*, cit.

I civ., del .31/03/2017, est Got Ferrari, che si segnala, peraltro, per un passaggio in cui la motivazione specifica che non è stato possibile identificare e sentire la ricorrente perché rimpatriata prima dell'udienza «nonostante la sospensione del provvedimento [della Commissione territoriale], disposta con decreto il 17/09/2015»[37]. Nel caso in esame, il giudice ha ritenuto di poter valutare comunque la situazione della ricorrente alla luce della documentazione acquisita e di riconoscere la protezione sussidiaria «per il rischio correlato a forme di violenza indiscriminata ed al rischio di comportamenti inumani e degradanti».

Tale ultima decisione è utile a introdurre alcune osservazioni in merito all'effettività del diritto di difesa e all'accesso alla giustizia delle donne richiedenti asilo. Nel caso di un'altra donna rimpatriata nelle medesime circostante, seppur il giudice avesse in una precedente udienza sospeso il provvedimento impugnato, in sede di decisione sul ricorso ha ritenuto il rimpatrio ostativo alla possibilità di dare seguito alle misure di protezione richieste (Trib. Roma, sez. I civ., del 23/05/2016, est. Gatta). I motivi della decisione, affermano che «la circostanza che la ricorrente sia stata rimpatriata non ha consentito di dar seguito all'identificazione ed alla audizione richiesta in via istruttoria, essendo stata preclusa al giudicante la verifica delle motivazioni addotte a sostegno del suo allontanamento dal Paese di provenienza e la cui credibilità è stata inficiata dalla valutazione di genericità ed indeterminatezza della vicenda personale formulata dalla Commissione territoriale». Sulla stessa linea si è era già pronunciato con una stringata ordinanza il Trib. Roma, sez. I civ, del 18/12/2015, est. Vitalone, in relazione al caso di una donna rimpatriata nell'ottobre 2015 dopo che il giudice aveva rigettato l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato. Il fatto che tali decisioni non entrino in una valutazione del merito delle questioni sollevate in sede di ricorso, né diano conto di una attività istruttoria sulla situazione del Paese di provenienza, desta non poche perplessità. Non è infatti pensabile che il rimpatrio giustifichi una cognizione limitata della causa: a una tale interpretazione ostano le stesse norme che prevedono eccezioni alla sospensione automatica del provvedimento impugnato, le quali presuppongono che il diritto di difesa sia comunque garantito anche in caso di rimpatrio. Se così non fosse, l'intero impianto delle impugnazioni, per come è congegnato, risulterebbe, infatti, palesemente incostituzionale perché lesivo del diritto di difesa e di quello a un rimedio effettivo. Richiamare la circostanza del rimpatrio quale elemento determinante della decisione di rigetto appare, poi, illogico rispetto alla natura del riconoscimento della protezione che, come affermano giurisprudenza e dottrina costanti, è dichiarativa e non costitutiva dello *status* riconosciuto[38].

L'osservazione che il riconoscimento della protezione internazionale e umanitaria abbia natura dichiarativa e non costitutiva appare rilevante anche in riferimento a una prassi che si è diffusa tra le Commissioni territoriali in relazione al sistema di cosiddetto "referral" per l'individuazione di potenziali vittime di tratta e il loro avviamento al programma di emersione. In una serie di decisioni relative ad audizioni tenutesi presso il Cie di Ponte Galeria (oggi Cpr), per esempio, la Commissione territoriale di Roma ha indicato tra i motivi che hanno portato alla concessione della protezione umanitaria il consenso delle donne ad aderire a un percorso di integrazione e sostegno affiancate da organizzazioni specializzate nell'emersione del fenomeno della tratta (per esempio, seduta del 20/08/2015 sospesa per accertamenti e ripresa l'11/09/2015, seduta del 20/10/2015, seduta dell'11/02/2016 sospesa per accertamenti e ripresa il 26/04/2016). Da un confronto tra i provvedimenti di rigetto di ogni forma di protezione e quelli di parziale accoglimento, l'elemento del consenso appare decisivo ai fini del riconoscimento della protezione da parte della Commissione[39]. Tali decisioni sollevano almeno due ordini di questioni. In primo luogo, non è chiaro per quale ragione, a fronte del riscontro di indici che depongono per la circostanza che la richiedente asilo sia stata oggetto di un reclutamento ai fini dello sfruttamento sessuale, la Commissione decida per la protezione umanitaria. Pur in assenza della prova di una persecuzione personale che potrebbe fondare lo *status* di rifugiata, a fronte del rischio, in caso di rimpatrio, di subire nuovamente trattamenti inumani

37. Il rimpatrio a cui si riferisce l'ordinanza è menzionato anche nel rapporto del Consiglio d'Europa: Council of Europe Group of Expert on Acion against Trafficking in Human Beings; GRETA(2016)29, del 30 gennaio 2017, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806edf35, ultimo accesso 30/04/2018.

38. Cfr, in particolare, l'ordinanza Cass., sez. un. civ., n. 19393 del 09/09/2009, rel. Salmè, nella quale la Corte argomenta per l'identità della natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto d'asilo e dello status di rifugiato e ribadisce la natura dichiarativa dei provvedimenti giurisdizionali che li riconoscono.

39. Sembra andare in questo senso anche l'ordinanza interlocutoria Trib. Fi., sez. IV civ., del 14/12/2017, est. Breggia; per un commento, si veda D. Genovese, La tutela delle vittime di tratta di fronte alla Sezione specializzata in materia di protezione internazionale di Firenze, 2018, in questionegiustizia.it, accessibile a www.questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-delle-vittime-di-tratta-di-fronte-alla-s_04-05-2018.php, ultimo accesso 05/05/2018.

e degradanti come quelli legati alla tratta, potrebbe, infatti, apparire congruo il riconoscimento della protezione sussidiaria. Una seconda questione riguarda, invece, il fatto che se il riconoscimento della protezione è un atto meramente dichiarativo esso non può essere condizionato all'adesione personale a un programma di emersione, la cui *ratio* risponde a finalità diverse da quelle della protezione internazionale.

Tale prassi non si registra solo presso la Commissione territoriale di Roma. Alcuni provvedimenti di rigetto della Commissione di Torino riportano in calce alla decisione la seguente dicitura: «Si rileva che qualora la richiedente asilo presenti nuova istanza di protezione internazionale alla luce dei suindicati evidenti indicatori di potenziale vittima di tratta degli esseri umani, seppure non confermati dalla richiedente asilo, l'autorità competente ai sensi degli obblighi discendenti dalla normativa vigente in materia di protezione delle vittime di tratta e di protezione internazionale riesaminerà l'istanza di protezione internazionale che la richiedente dovesse presentare» (seduta del 5/07/2017, nello stesso senso seduta del 22/08/2017). In presenza degli indicatori di una situazione di tratta di esseri umani, e dunque di una evidente condizione di vulnerabilità delle richiedenti asilo che sono probabilmente soggette al controllo di reti criminali, simili decisioni non sono del tutto comprensibili. Esse espongono infatti le richiedenti asilo al rischio di rimpatrio, o comunque le costringono a una condizione di irregolarità che non favorisce certo percorsi di emersione. Più che alla tutela delle situazioni giuridiche, l'intento di questi provvedimenti appare rivolto a condizionare la scelta delle donne se aderire o meno a un programma di protezione specifico per le vittime di tratta.

Come si è già accennato, alcune decisioni del Tribunale di Roma, in casi analoghi, hanno optato per un orientamento diverso, certamente più rispondente alla natura dei beni giuridici tutelati dalla protezione internazionale. Nell'ordinanza del Trib. Roma, sez. I civ., del 07/02/2017, est. Ciavattone, per esempio, la motivazione richiama espressamente la «naturale reticenza che accompagna il racconto [del] coinvolgimento della ragazza nella tratta della prostituzione». Ciò nonostante il giudice, seppure in modo succinto, riporta gli elementi essenziali del racconto da cui si deducono gli indici della tratta, e conclude osservando che la condizione della ricorrente «rende più che verosimile il pericolo, in caso di suo rientro in patria, di cadere ancora vittima di tratta, atteso il particolare sviluppo della prostituzione proprio nell'Edo State e tenuto conto, comunque, della condizione femminile nel Paese di provenienza, notoriamente priva della necessaria tutela per le specificità di genere, e dei conseguenti trattamenti degradanti la dignità della sua persona». L'ordinanza ha pertanto riconosciuto alla donna la protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 14, lettera b), del d.lgs 251/2007 (in senso analogo, Trib. Roma, sez. XVIII civ., del 04/05/2018, rel. Salvio, rg 57662/2017.

In una recente decisione del Trib. Roma, sez. XVIII civ., del 03/05/2018, rel Albano rg. 67145/2017, il collegio giudicante ha invece riconosciuto lo *status* di rifugiata a una donna proveniente da Benin City, che aveva dichiarato di essersi trasferita in Italia, a Torino, dove aveva iniziato a prostituirsi per aiutare economicamente i fratelli in patria. Racconto che non era stato considerato credibile dalla Commissione territoriale di Roma e che, in sede processuale, è stato confermato dalla relazione di una organizzazione in supporto alle vittime di tratta. Sulla base di tali elementi, il Tribunale ha stabilito che «Non vi è dubbio, pertanto che l'odierna ricorrente sia stata vittima di una persecuzione personale e diretta per l'appartenenza a un gruppo sociale (ovvero in quanto donna), nella forma di "atti specificamente diretti contro un genere sessuale" (art, 7, comma secondo, lettera f, d.lgs 251/2007) e che la sua vicenda personale narrata le dia diritto allo *status* di rifugiato poiché vittima di tratta». La motivazione precisa, poi, che ai sensi della legge e della giurisprudenza di legittimità responsabili della persecuzione possono essere anche "soggetti non statuali" se le autorità statali non possono o non vogliono fornire protezione: «Sebbene, infatti, il quadro normativo nigeriano preveda forme di tutela a favore delle vittime di tratta, tali misure, considerata anche l'estensione e l'incidenza del fenomeno nel Paese, non possono essere assicurate con certezza ed efficacia tali da scongiurare il fenomeno rappresentato, ed il rischio ad esso connesso, stante anche la generalizzata corruzione delle forze di polizia nel Paese». Il decreto riconduce, dunque, esplicitamente la tratta agli atti di violenza specificamente rivolti contro un genere sessuale, i quali, anche ai sensi della Convenzione di Istanbul, devono essere presi in debita considerazione quali presupposti della protezione internazionale, così come peraltro recentemente ribadito dalla Cassazione.

5. Il diritto d'asilo alle donne è una battaglia che riguarda tutti

L'affermazione che i diritti delle donne sono diritti umani, pur se resa celebre da Hillary Clinton, va in origine attribuita alle suffragiste Sarah e Angelina Grimké, attiviste del Movimento per i diritti delle donne e per l'abolizione della schiavitù. Si tratta di un'origine che vale la pena ricordare proprio per l'alleanza che storicamente ha visto fianco a fianco i movimenti di lotta per i diritti delle donne a quelli contro le di-

verse forme di oppressione[40]. Un'alleanza che, oggi, trova nel diritto d'asilo un banco di prova centrale per l'affermazione dei diritti e della giustizia dentro e fuori i confini dell'Europa. Le obiezioni che vedono contrapporsi, sul piano teorico, universalismo dei diritti e riconoscimento delle differenze non possono che trovare conciliazione nella storicità di battaglie concrete, ed è sul piano delle rivendicazioni concrete che la tensione tra la postura critica del femminismo giuridico, da un lato, e il diritto come terreno di avanzamento della condizione delle donne, dall'altro, si trasforma da nodo teorico a motore del cambiamento. La sfida per l'accesso delle donne alla protezione internazionale va dunque ben al di là dei diritti di una parte, e non può accontentarsi di una valutazione che guarda al mero riconoscimento formale dei diritti perché essa investe l'impianto stesso del diritto dei rifugiati e della cultura giuridica che attorno a questo si è formata.

La rassegna di questioni presentata in queste pagine non ha alcuna pretesa di esaustività. Alcune sono da tempo al centro dei dibattiti sul diritto dei rifugiati in una prospettiva di genere, come quella sulla natura non necessariamente statuale degli agenti persecutori, quella del riconoscimento della violenza privata diretta contro un genere sessuale come forma di persecuzione, e della presunzione che, in determinate circostanze, la persecuzione sia rivolta contro le donne in quanto gruppo sociale. Questioni che, nonostante siano in parte risolte dal diritto positivo, non è raro trovare, più o meno sottotraccia, nelle motivazioni dei provvedimenti amministrativi o della giurisprudenza di merito come elementi che depongono a sfavore del riconoscimento della protezione[41]. Un'altra serie di questioni riguarda certamente la credibilità e la prova richiesta nei casi in cui la domanda è fondata sul pericolo connesso all'orientamento sessuale. È rilevante il dato che la casistica decisa favorevolmente dalla giurisprudenza di merito, o giunta all'attenzione di quella di legittimità, riguardi quasi sempre domande di protezione presentate da uomini[42]. La giurisprudenza europea ha posto dei paletti alla possibilità di richiedere documentazione lesiva per la dignità degli interessati[43], ma, a fronte di una prassi poco propensa a concedere il beneficio del dubbio alla credibilità delle donne richiedenti, non risulta semplice fornire elementi probatori a sostegno delle proprie narrazioni.

Altre problematiche, seppure possono apparire tecniche, come il contenuto dell'obbligo di informazione, il diritto di difesa e quello a un rimedio effettivo, sono tagliate trasversalmente dal tema più generale delle possibilità concrete di accesso alla giustizia di soggetti in condizione di vulnerabilità come quella determinata dalla richiesta di asilo. L'accesso alla giustizia è una variabile profondamente dipendente dalle condizioni sociali e dal connesso capitale culturale, oltre che economico, di coloro che lo rivendicano. Se ci sono voluti oltre cinquant'anni dalla Convenzione di Ginevra perché il genere cominciasse a fare capolino nella determinazione delle domande di protezione, non è affatto scontato che le donne che chiedono asilo siano messe nella condizione di essere pienamente consapevoli della possibilità di rivendicare i propri diritti. E in questo quadro, non può certo passare in secondo piano la considerazione che sono proprio gli spazi di tutela dei diritti, a partire da quelli processuali, a venire ridotti dalle scelte politiche in materia di asilo. Così come storicamente le battaglie per i diritti delle donne si sono alleate con le diverse forme di oppressione, oggi le donne che chiedono asilo pongono una rivendicazione di giustizia che riguarda tutti: ognuna delle questioni sollevate allarga, infatti, spazi di rivendicazione per ogni richiedente asilo, donna o uomo che sia, mostrando come il genere sia una prospettiva tutt'altro che parziale.

---

40. Per una ricostruzione, A. Davis, *Women, Race & Class*, 1981, trad. it, Donne razza e classe, Edizioni Alegre, Roma, 2018.

41. Si vedano, per esempio, Trib. Rm, sez. I civ. del 05/06/2017 est. Savasta; Trib. Rm, sez. I civ. del 10/10/2017 est. Savasta.

42. La casistica, giunta in Cassazione, sull'orientamento sessuale come fondamento della protezione internazionale conta ormai un certo numero di pronunce, quasi sempre concernenti uomini. In relazione a una donna, si segnala l'ordinanza Cass., sez. VI civ., del 04/08/2016, n. 16361, in cui il ricorso per lo *status* di rifugiata presentato da una donna nigeriana, che nel frattempo era stata ammessa alla protezione umanitaria, è stato respinto.

43. Si veda, la recente pronuncia della Corte di giustizia nella causa C473/16, sentenza del 25/01/2018.

L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti

di *Maria Grazia Giammarinaro*

La mancanza di procedure di individuazione delle vulnerabilità subito dopo lo sbarco e negli *hotspots* rende minimo il numero delle vittime di tratta sottoposte a protezione. Gli indicatori di tratta dovrebbero essere individuati in primo luogo nel contesto di procedure di ascolto da instaurare nei luoghi di arrivo. Nei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale il *referral* delle Commissioni territoriali agli Enti di tutela anti-tratta consente di individuare casi nei quali una persona ha diritto ad una doppia tutela. Infatti indipendentemente dall'esistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 18 Tui l'essere vittima di tratta dà di per sé diritto allo *status* di rifugiato/a e ad altre forme di protezione internazionale. Nel giudizio dinnanzi al Tribunale il *referral* agli Enti di tutela è opportuno qualora non effettuato dalla Commissione territoriale ma la sospensione del procedimento in attesa della relazione dell'Ente dovrebbe esser limitata a casi eccezionali.

La cosiddetta "crisi migratoria" non è un fenomeno contingente, ma una tendenza di lungo periodo. Occorre attrezzarsi per fare in modo che non prevalga un approccio securitario e basato sull'idea tanto irrealistica quanto pericolosa di limitare drasticamente – se non addirittura bloccare – i flussi migratori, "a tutti i costi". Quando si parla di costi, ciò che è sempre sottinteso e mai esplicitamente affermato, è che si tratta di costi in termini di diritti umani. Un esempio evidente è l'accordo siglato dal Governo italiano con la Libia, caldeggiato e sponsorizzato dall'Unione europea. Da una parte si dichiara che a seguito delle operazioni di ricerca e salvataggio condotte dalla nuova operazione Themis di Frontex i migranti non saranno sbarcati in Paesi terzi, ma solo in porti "sicuri" di Paesi dell'Ue, con ciò implicitamente affermando che i porti della Libia non sono "sicuri" nel senso del diritto internazionale. Dall'altra tuttavia si potenzia la Guardia costiera libica senza chiedere alcuna garanzia di chiusura dei Centri di detenzione né di controllo del trattamento delle persone ricondotte nel Paese. Orbene, le violazioni inaccettabili dei diritti umani che vengono commesse in Libia, che vanno dalla tortura all'estorsione al lavoro forzato, alla schiavitù e alla tratta, non sono diverse se a rimpatriare o comunque far ritornare forzatamente in Libia profughi e migranti è la Guardia costiera libica[1]. In una conferenza stampa dello scorso 8 maggio è stato annunciato che 17 cittadini nigeriani sopravvissuti a un naufragio hanno accusato l'Italia di avere violato i loro diritti umani "appaltando" il loro salvataggio alla Libia, il che comporta per i potenziali richiedenti asilo l'assoggettamento a schiavitù, tortura e altri trattamenti inumani e degradanti una volta ritornati in Libia[2].

In questa situazione, è opportuno ribadire alcuni principi fondamentali. Il primo imperativo è salvare vite umane. Il secondo è rispettare i diritti delle

1. United Nations Support Mission in Libya (Unsmil) 2016: Detained and Dehumanised: Report on Human Rights Abuses against Migrants in Libya; Médécins sans Frontières: Libya: The Arbitrary and Inhuman Detention of Migrants, Refugees and Asylum Seekers; Healy, Claire & Forin, Roberto (2017). Icmpd Policy Brief: What are the protection concerns for migrants and refugees in Libya?

2. www.washingtonpost.com/world/europe/migrants-accuse-italy-of-responsibility-for-libyan-abuses/2018/05/08/f839b852-52ae-11e8-a6d4-ca1d035642ce_story.html?noredirect=on&utm_term=.7c6858508833.

persone che, trovandosi in una situazione di grave vulnerabilità sociale, sono particolarmente soggette a violenza e sfruttamento, anche nel contesto della tratta. Ciò implica che le operazioni di ricerca e salvataggio siano potenziate, e che durante e subito dopo tali operazioni si istituiscano procedure di ascolto atte ad individuare esigenze di protezione, sulla base della minore età, per accertare il diritto all'asilo o ad altre forme di protezione internazionale, e per individuare vulnerabilità alla tratta e allo sfruttamento. Dedicherò a questi temi il mio prossimo rapporto di giugno al Consiglio diritti umani di Ginevra, nella mia qualità di Rapporteur speciale dell'Onu sulla tratta di persone, in particolare donne e minori, focalizzando l'attenzione sul Mediterraneo, e su altre zone critiche come il Sud-Est Asiatico o l'America Latina.

La situazione nella rotta del Mediterraneo Centrale è purtroppo molto grave. Le Organizzazioni non governative (Ong) hanno svolto un ruolo centrale nelle operazioni di ricerca e salvataggio a partire dal 2014, e sono state artefici della maggioranza dei salvataggi nel Mediterraneo, insieme con la Guardia costiera italiana. Ad una campagna di delegittimazione delle Ong, che sembrava non tenere in alcuna considerazione il loro contributo alla salvezza di tante vite umane, ha fatto seguito il codice di condotta proposto dal Ministero dell'interno italiano, che ha prodotto risultati disastrosi. Il codice, che di fatto obbliga ad accettare la presenza di personale di polizia sulle navi, ha indotto diverse Ong - tra cui grandi e stimate organizzazioni come Medici senza frontiere e Save the children - ad interrompere le operazioni. La Procura antimafia di Catania ha poi disposto il sequestro della nave "Open Arms" della Ong spagnola Proactiva, che si era rifiutata di consegnare alla Guardia costiera libica 218 migranti, aprendo un'indagine su alcuni membri della Ong per associazione a delinquere e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Successivamente, caduta l'imputazione di associazione per delinquere a seguito di un provvedimento del Gip di Catania, e spostata dunque la competenza a Ragusa, il Gip ha dissequestrato la nave mentre l'indagine prosegue per il reato di favoreggiamento. Non è questa la sede per svolgere una critica dei provvedimenti giudiziari relativi a "Open Arms". È tuttavia opportuno sottolineare che in nessun caso coloro che effettuano operazioni di soccorso possono essere incriminati per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare - e meno che mai per associazione per delinquere - in ciò convergendo il diritto internazionale, il diritto umanitario, le Convenzioni in materia di diritti umani, nonché l'interpretazione corretta delle scriminanti di diritto interno e in particolare dello stato di necessità, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani di Strasburgo.

A causa degli improvvidi e convergenti interventi delle autorità di Governo e giudiziarie, le Ong sono state di fatto "espulse" dal Mediterraneo, il che ha gravemente depotenziato le operazioni di ricerca e salvataggio in quella rotta particolarmente pericolosa. A connotare ulteriormente la situazione come violativa dei diritti umani di profughi e migranti, sono le condizioni di accoglienza, che di fatto si caratterizzano come situazioni di detenzione in condizioni inaccettabili, nonché la assoluta mancanza di procedure di individuazione delle vulnerabilità subito dopo lo sbarco e negli *hotspots*. La istituzioni europee – la Commissione e il Consiglio – fin dal 2015 hanno caldeggiato e sostenuto un approccio basato sugli *hotsposts*. Tuttavia gli *hotspots* sono in realtà centri di detenzione *de facto*, dove viene effettuata la rilevazione forzata delle impronte digitali, e dove i richiedenti asilo vengono separati dai "migranti economici" in attesa di rimpatrio.

L'identificazione effettuata negli *hotsposts* infatti è finalizzata unicamente alla registrazione in Eurodac, e dunque ha finalità puramente repressive, mentre manca qualsiasi procedura finalizzata alla protezione dei migranti vulnerabili[3]. Anzi, si è osservato che nei luoghi caratterizzati da un largo influsso di profughi e migranti, l'identificazione delle vittime di tratta non viene considerata una priorità. La conseguenza è che il numero delle vittime riconosciute come tali e messe in protezione è minimo, perfino tra quel gruppo particolarmente vulnerabile, e per certo già inserito in un *network* criminale internazionale, costituito dalle donne e ragazze provenienti dalla Nigeria, che hanno già subito stupri e sfruttamento sessuale durante il viaggio e nelle "*connection houses*" in Libia, e che talvolta arrivano in Italia incinte.

L'unico dato positivo è che in vari luoghi di sbarco e in vari *hotspots*, in Italia, esiste una buona pratica di cooperazione, basata sulla presenza di agenzie specializzate come l'Oim (Organizzazione internazionale per le migrazioni), l'Unhcr (l'Agenzia Onu per i rifugiati) e Save the Children, che lavorano in cooperazione con la Polizia e le Procure per assicurare l'identificazione delle vittime di tratta o delle vittime potenziali e la loro messa in protezione. In Grecia, la protezione delle vittime di tratta è stata inclusa nelle Sops (Standard operating procedures) per la prevenzione e la risposta alla violenza sessuale e di genere, finalizzate nel giugno 2017. Tuttavia si tratta di buone pratiche isolate, che non hanno ancora una applicazione uni-

3. Osce, 2017, From Reception to Recognition: Identifying and Protecting Human Trafficking Victims in Mixed Migration Flows. A Focus on First Identification and Reception Facilities for Refugees and Migrants in the Osce Region.

forme e coerente. La realtà resta nel suo complesso desolante, poiché tra tutti i profughi e migranti che riescono a sopravvivere al viaggio, molti – forse moltissimi – vanno incontro a un destino di irregolarità che li renderà vittime di violenza e sfruttamento da parte di organizzazioni criminali che li ridurranno in una condizione di vera e propria schiavitù. Ciò che accade in molte campagne del meridione d'Italia – ma in verità non solo del meridione – fa comprendere che la vulnerabilità sociale conduce al super-sfruttamento para-schiavistico. Ciò che occorre è intercettarla in tempo, e predisporre misure adeguate di sostegno e aiuto nella ricerca di un lavoro dignitoso. Non si può accettare che tutto ciò che riguarda il lavoro dei/delle profughi e migranti resti in un limbo in cui le regole sono sospese, e in cui qualunque violazione dei loro diritti è di fatto tollerata.

La Bozza del Global compact dell'Onu per la migrazione sicura, ordinata e regolare, che fa seguito alla Dichiarazione di New York sui Rifugiati e i Migranti[4], benché documento non vincolante e molto deludente dal punto di vista della protezione dei diritti umani soprattutto in relazione ai migranti, in ogni caso prevede che sia adottato e reso operativo il documento di principi e Linee guida del Global migration group sulla protezione dei diritti umani dei migranti in situazioni di vulnerabilità. Prevede inoltre che ciascuno Stato adotti politiche olistiche sui migranti in situazioni di vulnerabilità, ivi comprese procedure atte a individuare vulnerabilità individuali, di gruppo o *prima facie*, riferire le persone vulnerabili ai servizi appropriati, dare protezione e assistenza, assicurando che tutti i migranti abbiano accesso alla protezione appropriata dei loro diritti umani e ad una valutazione individuale sulla situazione di ogni persona interessata.

L'applicazione pratica di tali indicazioni richiede l'adozione di misure concrete, volte a stabilire canali di ascolto, in situazioni confidenziali e protette dei/delle profughe/i e migranti, ma soprattutto – e come indispensabile prerequisito – il cambiamento radicale dell'approccio generale all'immigrazione, fin qui caratterizzato dall'obiettivo più o meno dichiarato di tenere fuori dal Paese di arrivo - sia esso di transito o di destinazione finale - il maggior numero possibile di persone. La priorità dovrebbe essere invece individuare e dare risposte alle esigenze individuali e collettive di protezione sociale.

Sbaglia chi ritiene che questo approccio sia improponibile in tempi in cui l'opinione pubblica si mostra sempre più preoccupata per i fenomeni migratori. In verità migliorare l'accoglienza e la protezione sociale può invece essere la chiave per governare la migrazione, promuoverne il carattere regolare e finalizzato all'inclusione sociale. L'immigrazione fa paura quando viene percepita come fenomeno sregolato e dalle prospettive sociali incerte, e dunque la risposta giusta anche ai bisogni di sicurezza è quella che tende alla regolarità e all'inclusione sociale dei/delle migranti.

Il nostro Paese, che molto ha fatto nel campo dei salvataggi grazie alle Ong e alla Guardia costiera, presenta *standard* negativi nel campo dell'accoglienza, dei diritti da garantire negli *hotspots*[5] e nei Cpr (i Centri permanenti per il rimpatrio - i vecchi Cie, così ribattezzati dal Ministro dell'interno Minniti nel 2017), nei Cara (Centri accoglienza richiedenti asilo) e nelle altre strutture per migranti e rifugiati. Nonostante le buone pratiche in atto da quasi venti anni sulla protezione delle vittime di tratta, i risultati sono minimi anche in relazione all'individuazione delle persone trafficate o assai probabilmente trafficate nel contesto dei flussi migratori misti, specie quando si tratta di arrivi di massa.

Una interessante esperienza svolta in Italia sulla base delle Linee guida dell'Unhcr è l'individuazione (o identificazione, traduzione dall'inglese che è orami invalsa nel linguaggio giuridico internazionale) delle potenziali vittime di tratta nel contesto delle procedure per l'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero del diritto alla protezione sussidiaria o alla protezione umanitaria.

Si tratta di un sistema di individuazione e "*referral*" che viene compiuto dalle Commissioni territoriali sull'asilo le quali, quando riscontrano la presenza di indicatori di tratta, segnalano il caso a uno degli Enti anti-tratta registrati presso il Dipartimento pari opportunità o a Servizi pubblici territoriali istituzionalmente deputati, e sospendono il procedimento in attesa della relazione dell'Ente di tutela. È' questa un'esperienza di grande interesse, che potrebbe condurre alla generalizzazione di un approccio attento all'identificazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti.

In questo contesto, vanno rispettati due principi: il primo è che la protezione sociale prevista dall'art. 18 del Testo unico sull'immigrazione (Tui) non deve in nessun caso porsi come alternativa alla protezione internazionale. È possibile infatti che la persona abbia i requisiti per entrambe, e in questo caso deve avere diritto ad entrambe. Il secondo è che, indipendentemente dall'esistenza dei presupposti per l'ap-

4. Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016, New York Declaration for Refugees and Migrants, A/RES/71/1.

5. La situazione dell'hotspot di Lampedusa è stata recentemente denunciata dal Garante dei detenuti Mauro Palma, il quale ha parlato di "carcere indecoroso". R.it Palermo, 24/01/2018.

plicazione dell'art. 18 Tui, l'essere vittima di tratta dà di per sé diritto allo *status* di rifugiato/a e ad altre forme di protezione internazionale. Il *referral* delle Commissioni territoriali agli Enti anti-tratta e la sospensione del procedimento é utile perché la Commissione territoriale acquisisca un quadro completo di informazione, tenuto conto anche della difficoltà della persona trafficata di dare una narrativa coerente del suo vissuto, e considerato che spesso essa è diffidente verso le aurorità. In nessun caso il *referral* deve essere utilizzato per "incanalare" l'esigenza di protezione verso il sistema tratta, sottovalutando il significato dei medesimi indicatori ai fini della decisione sulla protezione internazionale.

Recentemente un'ordinanza del Tribunale di Firenze ha sostenuto che in caso di mancato *referral* da parte della Commissione territoriale per l'asilo, il Tribunale in sede di esame dell'impugnazione del diniego della Commissione territoriale, dovrebbe effettuare la segnalazione al Questore e sospendere il procedimento. A mio parere l'ordinanza ha il merito di rilevare il mancato adempimento da parte della Commissione territoriale alla procedura di informazione e di *referral* prevista dalle Linee guida dell'Unhcr. L'ordinanza giustamente sottolinea che la mancata "autoidentificazione" come vittima di tratta da parte della persona richiedente asilo può dipendere appunto dal mancato esperimento della procedura di informazione/*referral*. Credo inoltre che il Tribunale abbia correttamente valutato che il *referral*, qualora non effettuato dalla Commissione territoriale, possa e debba essere effettuato anche dal giudice. In questo senso credo che sarebbe utile sviluppare protocolli tra Enti anti-tratta e sezioni specializzate dei Tribunali. È opportuno infatti ricordare che, anche in assenza di esplicite previsioni, tutti i soggetti istituzionali - oltre a quelli non istituzionali - possono effettuare o farsi parte diligente per l'identificazione preliminare degli indicatori di tratta.

Tuttavia, se ritengo corretta l'identificazione del problema, non condivido la soluzione della segnalazione al Questore con sospensione del procedimento adottata dal Tribunale di Firenze. L'attivazione della procedura di *referral* agli Enti anti-tratta, con sospensione del procedimento da parte delle Commissioni territoriali, è propria di una fase precoce, finalizzata all'individuazione di quegli indicatori che possono far presumere che la persona sia stata soggetta alla tratta; il *referral* consente infatti alla persona di fruire di un periodo di riflessione, e la relazione degli Enti anti-tratta consente alla Commissione territoriale di avere elementi più approfonditi per la sua decisione sul diritto ad una delle forme di protezione internazionale, che può avere a fondamento anche la situazione di vulnerabilità derivante dall'assoggettamento alla tratta e al connesso sfruttamento. Nella fase dell'impugnazione dinanzi all'autorità giudiziaria, il *referral* – qualora non effettuato dalla Commissione territoriale – è ancora indispensabile qualora il Tribunale riconosca sussistenti alcuni indicatori di tratta, allo scopo di facilitare un percorso di sostegno e recupero nell'interesse della persona richiedente asilo e potenziale vittima di tratta. Non mi sembra tuttavia altrettanto giustificata né utile la sospensione del procedimento, né – soprattutto – la segnalazione al Questore e la richiesta di un provvedimento di quest'ultimo come propedeutica alla decisione del Tribunale.

Nelle Linee guida Unhcr si parla di segnalazione agli Enti del pubblico o del privato sociale che realizzano programmi di emersione, assistenza e integrazione sociale di cui all'art. 18 comma 3*bis* Tui finanziati dal Dipartimento pari opportunità, ed eventualmente anche quelli iscritti nella seconda sezione del registro presso il Dpo[6]. La segnalazione è finalizzata all'inizio di un percorso di consapevolezza e di recupero, e dunque il *referral* si colloca in un circuito di solidarietà/supporto/assistenza psicologica e legale in cui sono centrali i diritti e i bisogni della persona interessata. Viceversa la segnalazione del Tribunale (non agli Enti di servizi anti tratta ma) al Questore implica la richiesta di una identificazione formale, con la conseguenza che la decisione del Tribunale viene sospesa in attesa dell'istruttoria compiuta dal Questore e all'individuazione dei requisiti per l'applicazione dell'art. 18 Tui. Dunque la decisione sul diritto della persona richiedente a una delle forme di protezione internazionale è destinata ad essere subordinata, o almeno influenzata dall'identificazione formale della persona in base ai criteri dell'art. 18 Tui.

È opportuno ricordare che l'applicazione dell'art. 18 Tui da parte delle Questure è allo stato assai restrittiva, limitata quasi esclusivamente ai casi di tratta per sfruttamento sessuale mentre vengono ignorati altri tipi di sfruttamento e in primo luogo lo sfruttamento lavorativo, e soprattutto condizionata alla volontà o capacità della persona di denunciare e di rendere testimonianza nel procedimento penale, prassi quest'ultima seguita dalla stragrande maggioranza delle Questure, anche se non corretta in base alla lettera dell'art. 18 Tui. Dunque la sospensione del procedimento dinanzi al Tribunale in attesa della decisione del Questore farebbe indirettamente refluire sul riconoscimento del diritto alla protezione inter-

6. Unhcr, L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di *referral*. Linee Guida per le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, agosto 2017, paragrafo 5.4.

nazionale tutte le questioni relative all' applicazione restrittiva dell'art. 18 Tui.

Ma a parte queste ultime considerazioni, relative allo stato dell'arte dell'applicazione dell'art. 18 Tui, l'argomento decisivo – che sarebbe valido anche nel caso di una corretta applicazione dell'art. 18 Tui da parte delle Questure – è che il riconoscimento del diritto alla protezione internazionale non può essere subordinato all'adesione della persona interessata al programma di integrazione sociale previsto dall'art. 18 Tui. Il principio di "doppia tutela", qualora sussistano i presupposti per la protezione internazionale e per la protezione *ex* art. 18 Tui, impone che i due circuiti decisionali – quello giudiziario e quello di polizia – restino assolutamente distinti ed autonomi. La persona potrà ben essere riconosciuta come rifugiata o godere della protezione sussidiaria o umanitaria, e in aggiunta fruire delle opportunità di assistenza, formazione, aiuto nella ricerca di lavoro previste dal programma *ex* art. 18 Tui. L'eventuale decisione negativa ad esempio sulla protezione internazionale non deve implicare che la decisione debba essere di analogo tenore nel circuito tratta e viceversa.

Nel corso di numerose occasioni di formazione o di discussione su questi argomenti, ho sentito alcuni esprimere la preoccupazione che se la persona ottiene lo *status* di rifugiato/a o la protezione sussidiaria o umanitaria senza avere espresso la volontà di fuoriuscire dal circuito della tratta, ciò indirettamente favorirà i trafficanti, che potranno continuare a sfruttarla senza correre alcun rischio, visto che la persona sfruttata non potrà essere espulsa. Il ragionamento non è persuasivo. Il rischio per gli sfruttatori di "perdere" una persona come conseguenza dell'eventuale espulsione è minimo, dato l'enorme esercito di riserva di cui purtroppo essi dispongono: basti pensare all'aumento esponenziale degli arrivi di donne e ragazze nigeriane nel contesto della tratta per fini di sfruttamento sessuale negli ultimi anni. Al contrario, il riconoscimento di uno *status* di soggiorno è elemento decisivo per la persona sfruttata, che se piomba in una condizione di irregolarità sarà assai più ricattabile e dipendente dagli sfruttatori, e assai meno disponibile a un percorso di riconquista di autonomia.

In conclusione ritengo che il Tribunale in sede di impugnazione possa e debba effettuare il *referral* – qualora non lo abbia fatto la Commissione territoriale – agli Enti e Associazioni di assistenza alle vittime di tratta, se ritiene sussistenti fondate ragioni di ritenere che la persona è stata trafficata, ma che debba assumere immediatamente la decisione sulla protezione internazionale sulla base degli elementi a sua disposizione. Solo in casi eccezionali - penso per esempio a casi in cui la vittima versi in una situazione di grave disagio psichico, e che dunque solo dopo avere intrapreso un percorso di recupero psicologico possa formulare una narrazione – potrà essere utile attendere una relazione dell'associazione che l'ha presa in carico a seguito di *referral* della Commissione territoriale o del Tribunale. Ma ciò potrebbe essere ammissibile in casi residuali. In ogni caso il Tribunale dovrebbe interloquire con gli enti di tutela e non con il Questore, né tanto meno attendere una decisione di quest'ultimo.

A parte casi eccezionali, il provvedimento del Tribunale deve essere rapido, allo scopo di evitare che la persona resti per troppo tempo in un limbo di incertezza sui suoi diritti. Si segnala in proposito – senza alcuna pretesa di completezza – quella giurisprudenza del Tribunale di Roma che ha preso in considerazione gli elementi costitutivi della tratta come atti specificamente diretti contro un genere sessuale[7], talora in aggiunta alla violenza domestica[8] o alle mutilazioni genitali[9], ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiate a donne nigeriane. Anche la giurisprudenza di legittimità si orienta nel senso della valorizzazione della violenza di genere come presupposto per il riconoscimento dello *status* di rifugiata[10] o del diritto alla protezione sussidiaria.[11] La giurisprudenza citata è significativa anche perché conferma che nella valutazione degli elementi che concorrono a delineare i contesti tipici della tratta, è decisiva una lettura che tenga conto di una prospettiva di genere[12].

Colgo l'occasione di questo articolo per esprimere apprezzamento nei confronti del lavoro svolto dalle Commissioni territoriali e dai Tribunali in cooperazione con Unhcr Italia ai fini dell'integrazione dell'identificazione degli indicatori di tratta nel contesto delle procedure di riconoscimento della protezione

7. Decreto Trib. Roma R.G. 67145/2015.

8. Decreto Trib. Roma R.G. 65893/2017.

9. Decreto Trib. Roma R.G. 69666/2017.

10. Cass. Civ. Sez. 1, 24/11/17 n. 28152.

11. Cass. Civ. Sez. 1, 17/05/17 n. 12333.

12. Enrica Rigo, *La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte*, in questo numero della *Rivista*, p.117.

internazionale. Si tratta di una buona pratica esistente al livello nazionale solo in Italia, la cui generalizzazione sarà inclusa nelle raccomandazioni annesse al mio prossimo rapporto al Consiglio diritti umani.

Tengo tuttavia a sottolineare che l'individuazione di indicatori di tratta, e di vulnerabilità alla tratta, non può e non deve essere effettuata solo all'interno dei procedimenti di riconoscimento della protezione internazionale. Gli indicatori di tratta devono essere individuati in primo luogo nel contesto di procedure di ascolto dedicate a questo scopo, da instaurare nei luoghi di arrivo di gruppi consistenti di migranti. All'arrivo infatti è impossibile distinguere tra persone che hanno diritto alla protezione internazionale e i cd. migranti economici, ed è necessario verificare nel più breve tempo possibile quali tra loro necessitano di una messa in protezione immediata. Al di là della decisione sul presentare o meno la domanda di asilo – quando la negativa è talvolta frutto di assenza di informazione, o da una modalità di intervista che trae in inganno il/la migrante – gli indicatori di vulnerabilità alla tratta possono e devono essere individuati all'arrivo, nel contesto di interviste confidenziali, svolte da un intervistatore esperto e adeguatamente formato.

A questo scopo gli indicatori di tratta sviluppati durante due decenni di esperienza degli enti di tutela anti-tratta nell'ambito delle procedure per l'applicazione dell'art. 18 Tui, così come dalle Organizzazioni internazionali, dovrebbero essere raffinati e adattati alla situazione che tipicamente si presenta al momento dell'arrivo, quando ancora lo sfruttamento non ha avuto luogo, ovvero ha avuto luogo in un Paese di transito. Gli indicatori dovrebbero prendere in considerazione (ma non limitarsi a) rischi che possono derivare dal viaggio, ovvero rischi che possono verificarsi nel Paese di arrivo, come la mancanza di risorse, l'irregolarità dell'ingresso, l'uso di servizi dei trafficanti, violenze, torture e stupro, sfruttamento sessuale o lavorativo subiti durante il viaggio. In questo contesto una particolare attenzione dovrebbe essere prestata allo sfruttamento lavorativo, mentre attualmente l'unico profilo che abbia ricevuto attenzione è stato quello dello sfruttamento sessuale[13]. Specifici indicatori dovrebbero essere utilizzati per l'identificazione precoce dei minori vittime o a rischio di tratta, sia nei luoghi di arrivo per mare o per terra, sia negli aeroporti, ad esempio un comportamento di silenzio e chiusura, il possesso di un numero di telefono di qualcuno di cui il minore non conosce l'identità, o il fatto che il minore faccia il viaggio in gruppo con persone che non sono parenti o addirittura parlano una lingua diversa.

Tali procedure attualmente non sono state istituite né nei luoghi di sbarco né negli *hotspot*, né in Italia né altrove; quando le interviste informali vengono realizzate in cooperazione con Oim, o Associazioni di tutela, esse hanno un carattere puramente informale, e la relativa pratica può essere interrotta in qualsiasi momento, al mutare degli orientamenti dei capi degli uffici competenti.

Un interrogativo a questo punto si impone. Il modello tradizionale di individuazione delle vittime di tratta, basato sulla richiesta di permesso di soggiorno da parte degli Enti di tutela e/o su operazioni di Polizia, è adeguato, o meglio può utilmente essere adattato all'individuazione di vulnerabilità alla tratta nei luoghi di arrivo di grandi gruppi di migranti e richiedenti asilo? L'interrogativo è aperto, e sono in atto molte esperienze volte a questo risultato. Tuttavia credo che dovrebbe anche sperimentarsi un modello diverso, basato piuttosto su interviste svolte dal personale delle Associazioni di tutela adeguatamente formati, in luoghi deputati da creare negli *hotspots* e in tutti gli altri Centri di permanenza di migranti e richiedenti asilo, che consentano agio e confidenzialità, al fine di individuare non soltanto situazioni già subite di tratta e sfruttamento, ma anche il rischio che tali situazioni si producano nel Paese di arrivo. Tale individuazione prelude ad un *referral* il cui scopo ultimo dovrebbe essere la ricerca di soluzioni individualizzate, ai fini della prevenzione dello sfruttamento in ogni sua forma. Ad esempio, nei casi di rischio di sfruttamento lavorativo, se può non essere necessaria l'assistenza psicologica o la collocazione presso case di fuga o di accoglienza, è sempre decisivo l'aiuto alla ricerca di occasioni di lavoro regolare e dignitoso.

In ogni caso sono convinta che il sistema anti-tratta, che faticosamente è stato costruito in Italia a partire dalla fine degli anni '90, e che ha dato grandi risultati in termini di assistenza e protezione delle persone trafficate soprattutto per fini di sfruttamento sessuale, nonostante l'incuria di quasi tutti i Governi che si sono succeduti dopo la prima fase di applicazione della legislazione di tutela, deve oggi utilmente essere messo alla prova per dare risposte positive alle esigenze e criticità connesse con i flussi migratori della rotta del Mediterraneo centrale. Si tratta di un'azione che è insieme di protezione sociale dei/delle migranti in situazioni di vulnerabilità e di prevenzione dello sfruttamento ulteriore che potrebbero subire nel nostro Paese o in altri Paesi di destinazione. Per raggiungere questo risultato, ovviamente, è necessario mettere in campo volontà politica e risorse finanziarie adeguate.

13. Unhcr Italia sta riflettendo sulla opportunità di aggiornare le Linee guida sopra menzionate includendo lo sfruttamento lavorativo.

Asilo e tratta: il tango delle protezioni

di *Emilio Santoro*

Il coordinamento tra protezione internazionale e protezione delle vittime di tratta è un obiettivo lungi dall'esser realizzato e si intreccia le problematiche che distinguono la fase giudiziaria dalle diverse fasi amministrative dei procedimenti.

Premessa

Il dovere di proteggere "le vittime di tratta" trova il proprio fondamento in numerose disposizioni della nostra Carta costituzionale, ma nasce a livello internazionale dalla Convenzione di Varsavia (Convenzione n. 197 del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta di esseri umani, approvata a Varsavia il 16 maggio 2005, ratificata in Italia con L. 2 luglio 2010 n. 108), che pure sviluppa indicazioni già contenute nel protocollo addizionale sul *trafficking* alla Convenzione delle Nazioni unite sul crimine organizzato transnazionale, approvata a Palermo nel 2000 e ratificata con L. 16 marzo 2006 n. 146, che può essere considerata il primo trattato internazionale designato in modo specifico alla protezione dei diritti delle persone oggetto della tratta di esseri umani.

Essa per quanto concerne l'identificazione delle vittime, sancisce che gli Stati devono assicurarsi che le autorità competenti collaborino tra loro, così come con le organizzazioni che svolgono un ruolo di sostegno, al fine di permettere di identificare le vittime con una procedura che tenga conto della speciale situazione delle donne e dei minori vittime; inoltre, sotto il profilo del divieto di allontanamento delle sospette vittime di tratta si precisa che qualora le autorità competenti abbiano ragionevoli motivi per credere che una persona sia stata vittima della tratta di esseri umani, quella persona non venga allontanata dal proprio territorio finché la procedura d'identificazione, che la vede vittima di un reato sia stata completata dalle autorità competenti (art. 10); allo stesso tempo, nel periodo occorrente all'identificazione, dovrà essere assicurata l'assistenza per il loro recupero fisico, psicologico e sociale. Tale assistenza, in particolare, comprende, come minimo, un alloggio adeguato, l'assistenza psicologica e materiale, l'accesso alle cure mediche d'urgenza, l'aiuto in materia di traduzione e interpretariato e l'accesso all'istruzione per i minori (art. 12). Ai sensi della Convenzione deve inoltre essere garantito un periodo di recupero e di riflessione di almeno 30 giorni, quando sussistano ragionevoli motivi per credere che la persona in questione sia una vittima. Le misure di protezione offerte dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sono state in gran parte recepite e sviluppate dalla Direttiva 2011/36/Ue. Essa, in particolare, stabilisce l'importante principio per il quale le vittime devono ricevere assistenza non solo durante il procedimento penale, ma anche *prima*, e per un congruo periodo di tempo anche dopo la sua conclusione (art. 11, par. 1). Si sottolinea che, che l'assistenza deve essere assicurata immediatamente, laddove le autorità competenti abbiano un ragionevole motivo di ritenere che nei confronti della persona interessata sia stato commesso il reato di tratta (art. 11, par. 2).

Varie agenzie dell'Onu negli ultimi anni hanno sottolineato che i richiedenti protezione internazionale sono sovraesposti al rischio di tratta. Il Global report on trafficking in persons, redatto dall'Unodc nel 2016 (p. 17), sottolinea che «*Refugees fleeings persecution or other dangers in their country are particularly vulnerable to traffickers. Similarly, migrants and refugees who have been smuggled are particularly vulnerable to being exploited, because of the lack of opportunity in the destination country*

and the costs associated with smuggling». Allo stesso modo L'Inter agency coordination group against trafficking in person evidenzia come «*Refugees and asylum-seekers are particularly vulnerable to abuse and exploitation at different stages of their flight, including at their destination*» (Icat, 2017, p. 2[1]). Questa sovra-esposizione dei richiedenti protezione internazionale al rischio di essere vittime di tratta e/o sfruttamento era stata già evidenziata qualche anno fa dall'Unhcr(2009).

L'Italia si è fatta carico di queste preoccupazioni nella Legge di delegazione europea 2013 che, recependo la direttiva 2011/36/Ue concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, ha disposto che il Governo *prevedesse "misure che facilitino il coordinamento tra le istituzioni che si occupano di tutela e assistenza alle vittime di tratta e quelle che hanno competenza sull'asilo, determinando meccanismi di rinvio, qualora necessario, tra i due sistemi di tutela»*. Questa delega ha prodotto l'Art. 10 del d.lgs 24/2014 che, dando attuazione alla Direttiva 2011/36/Ue, ha modificato l'articolo 32 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 (che dà invece attuazione alla direttiva 2005/85/Ce recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato), inserendo dopo il comma 3, un comma 3-*bis* in cui si specifica che «*La Commissione territoriale trasmette, altresì, gli atti al Questore per le valutazioni di sua competenza se nel corso dell'istruttoria sono emersi fondati motivi per ritenere che il richiedente è stato vittima dei delitti di cui agli articoli 600 e 601 del codice penale*». Più in generale lo stesso art. 10 del d.lgs 24/2014 al co. 1 ha stabilito che «le Amministrazioni che si occupano di tutela e assistenza di vittime di tratta e quelle che hanno competenza in materia di asilo individuino misure di coordinamento tra le attività istituzionali di rispettiva competenza, anche al fine di determinare meccanismi di rinvio, qualora necessari, tra i due sistemi di tutela». Il perno del coordinamento, tra le amministrazioni che si occupano di tutela e assistenza delle vittime di tratta e quelle che hanno competenza in materia di asilo, dovrebbe essere il Meccanismo Nazionale di *Referral* (Mnr), previsto dal piano nazionale di azione contro la tratta, che articola una serie di raccomandazioni e misure pratiche principalmente destinata agli attori impegnati nella lotta contro la tratta che vengono a contatto con una persona trafficata (sia essa presunta o riconosciuta tale) e che sono coinvolti in una qualsiasi delle fasi previste dalla procedura: identificazione, protezione, assistenza, procedimenti penali e civili o rientro nel Paese d'origine.

Il legislatore si è dunque sostanzialmente limitato ad indicare alle amministrazioni competenti la necessità di coordinare le loro attività, rimettendo questo coordinamento a documenti di *soft-law*, dettando una sola disposizione dal contenuto tutt'altro che chiaramente definibile. Alla luce del quadro tracciato dal legislatore si dovrebbe sviluppare, tra la protezione internazionale e la protezione per le vittime di tratta, quello che definirei una sorta di tango. Il tango, infatti, è un ballo con poche semplici regole basato, da un lato, sulla passionalità, che il tipo di diritti coinvolti nelle due protezione è naturale faccia scattare, e dall'altro sull'improvvisazione. Seguendo questa metafora, le due protezioni dovrebbero procedere come una normale camminata, che è il passo base del tango, condotta tenendosi in un abbraccio frontale più o meno asimmetrico, a seconda dello stile, in cui la protezione internazionale, l'uomo nel tango, dovrebbe cingere con la destra la schiena della propria ballerina, la protezione prevista per le vittime di tratta, e con la sinistra tenerle la mano, creando quindi una maggiore distanza tra la spalla sinistra dell'uomo e la destra della donna. Si dovrebbe creare cioè una situazione in cui le due protezioni sono per un lato strettamente unite e per l'altro abbastanza distanti da soddisfare le differenti esigenze di protezione. Nel quadro normativo, come nel tango, sembra essere la protezione internazionale, l'uomo, che conduce, chiedendo con un linguaggio puramente corporeo, nel caso della protezione comportamentale, alla propria ballerina, la protezione delle vittime di seguirla.

La necessità di definire poche regole basi e rimettere alla improvvisazione degli attori il ballo tra le due protezioni è sicuramente richiesta del rapido mutare dei fenomeni che il sistema dovrebbe fronteggiare. Questa scelta però sta dando vita a un sistema molto complesso e ambiguo, che funziona in modo diverso nelle differenti zone del Paese e rende molto difficile valutare l'effettiva capacità del sistema stesso di fornire, come richiesto dalla normativa internazionale, la forma più adeguata di tutela tanto alle vittime di tratta quanto ai richiedenti asilo.

Se nel tango, per consentire ai principianti di prendere le misure con il livello di improvvisazione richiesto, sono state introdotte delle sequenze con passi predefiniti, come la *Salida basica*, per le due protezioni in discussione appare fondamentale tracciare una mappa dei problemi concettuali e pratici che il loro rapporto comporta, dato che per tutti gli operatori questo rapporto è una terra completamente

1. Icat, (2017), *Trafficking In Persons And Refugee Status*, http://icat.network/sites/default/files/publications/documents/ICAT-IB-03-V.2.pdf.

vergine. Alla novità del problema si aggiunge che gli elementi che definiscono il campo di azione, la pista da ballo, vale a dire le disposizioni sulla protezione internazionale, in particolare umanitaria, e quelle sulla tratta non hanno un'interpretazione consolidata: mancanza di consolidamento che si ripercuote sui documenti di *soft-law* che dovrebbero coordinare i due sistemi. In questa situazione la mappatura delle problematiche sul terreno appare un passo fondamentale per fornire una bussola agli operatori, rendendoli consapevoli dei problemi, lasciando loro la flessibilità per delineare volta per volta quella che è la migliore soluzione per la vittima. Nelle pagine che seguono delineo alcune tematiche la cui chiarificazione è a mio parere fondamentale per disegnare una mappa che permetta di orientarsi fra le disposizioni relative alle due protezioni, con l'avvertenza che, sebbene, per ragioni espositivi, ognuna di esse è presentata come autonoma, esse sono strettamente connesse tra loro e spesso intrecciate in una vera spirale ermeneutica.

1. Tratta come forma di persecuzione

Il primo livello di contatto tra le disposizione sulla tratta e quelle sulla protezione internazionale riguarda se la tratta sia annoverabile tra le forme di persecuzione previste per l'attribuzione dello *status* di rifugiato.

L'Unhcr nelle *Linee guida di protezione internazionale: L'applicazione dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 del 2006*, che costituiscono un'essenziale guida interpretativa della convenzione di Ginevra, sottolinea la necessità di vagliare la sussistenza di un "timore fondato di persecuzione" alla luce delle singole specificità del caso concreto. Secondo l'Unhcr, anche laddove l'esperienza di tratta possa dirsi "conclusa", la situazione personale della vittima potrebbe ancora dispiegare i suoi effetti tanto da rendere «intollerabile il suo ritorno nel proprio Paese di origine». Le Linee guida sollecitano a valutare per il riconoscimento dello *status* il rischio che le vittime possano essere «*oggetto di ritorsioni e/o possibili nuove esperienza di tratta se fossero rinviati nel territorio dal quale sono fuggiti o nel quale sono stati vittime di tratta*». Esse auspicano anche che la valutazione consideri il rischio che le vittime possano essere «*oggetto di ritorsioni e/o possibili nuove esperienza di tratta se fossero rinviati nel territorio dal quale sono fuggiti o nel quale sono stati vittime di tratta*». In particolare, a parere dell'Unhcr, le donne possono costituire in determinati contesti, un «sottoinsieme sociale di individui» dotato di caratteristiche specifiche che le differenziano dagli uomini, possono essere considerate, in altre parole, una categoria particolarmente vulnerabile, più esposta al rischio di tratta. Quindi la tratta delle donne può essere fatta rientrare tra i motivi di persecuzione previsti dalla Convenzione di Ginevra, in ragione dell'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, e giustificare il riconoscimento della qualifica di rifugiato. Questa tesi comincia a trovare qualche riscontro nella giurisprudenza di merito (Tribunale di Salerno, ord. 4862/2017; Tribunale di Messina, ord. 316/2017[2]). A livello di commissioni territoriali invece questa impostazione è lungi dall'essere accolta. Gli orientamenti prevalenti sono quelli di non prendersi carico dei problemi della tratta[3], di attivare il meccanismo di *referral* passando il problema a enti anti-tratta e questure, o, in qualche raro caso, di concedere la protezione umanitaria.

2. Funzionamento del meccanismo di *Referral*

Il coordinamento previsto tra istituzioni che si occupano della protezione delle vittime di tratta e quelle che si occupano dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale previsto dall'art. 10 d.lgs 24/2014 pone in concreto molti problemi. Questi problemi sorgono in primo luogo dalla previsione che la Commissione territoriale trasmetta al Questore «per le valutazioni di competenza», gli "atti" quando «nel corso dell'istruttoria sono emersi fondati motivi per ritenere che il richiedente è stato vittima dei delitti di cui agli articoli 600 e 601 del codice penale».

I commentatori[4] considerano pacifico che il riferimento a "le valutazioni di competenza" del Questore riguardi sia l'eventuale rilascio del permesso di sog-

2. Merita di essere sottolineato che in entrambi i casi la richiedente si era auto-identificata come vittima di tratta e aveva acconsentito all'inserimento del programma di protezione gestito dall'Ente anti-tratta cosa che avviene molto di rado e di solito dopo un lungo percorso.

3. D. Genovese, (2018b), *La tutela delle vittime di tratta di fronte alla Sezione specializzata in materia di protezione internazionale*, in questa *Rivista on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-delle-vittime-di-tratta-di-fronte-alla-s_04-05-2018.php.

4. F. Nicodemi, (2017), *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2017, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-2017-n-1/59-le-vittime-della-tratta-di-persone-nel-contesto-della-procedura-di-riconoscimento-della-protezione-internazionale-quali-misure-per-un-efficace-coordinamento-tra-i-sistemi-di-protezione-e-di-assistenza.

giorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 18 del d.lgs n. 286/1998, sia la possibilità di avviare le relative indagini penali riferendo la notizia di reato al pubblico ministero (art. 347 cp). La tesi che il rinvio sia all'art. 18 pare avvalorata dal fatto che lo stesso d.lgs 24/2014 ha introdotto il comma 3-*bis* nell'art. 18 l'unificazione del programma di protezione sociale da questo previsto per le vittime di violenza e/o grave sfruttamento e quello per le vittime di tratta previsto dall'art. 13 legge 228/2003.

Non è poi chiaro se, una volta avvenuto il rinvio, il Questore sia libero nella sua valutazione o se lo si debba invece considerare vincolato dalla valutazione della Commissione, in analogia con quanto accade, per interpretazione avvallata dalla Cassazione (S.u. N. 11535/2009), in applicazione dell'art. 32 d.lgs 25/2008 comma 3 («Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286»).

2.1. Compatibilità o esclusività delle protezioni

Si pone in primo luogo il problema se il rinvio comporti che alla vittima di tratta debba essere rilasciato il permesso umanitario per protezione sociale previsto da questo articolo oppure, qualora ve ne siano i presupposti, il permesso come rifugiato che offre sicuramente uno *status* giuridico più solido, ma minore protezione dalla tratta.

È oggi pacifico che il riconoscimento della protezione umanitaria prevista dall'art. 5 comma 6 del Tui su indicazione della Commissione territoriale costituisce un diritto soggettivo del richiedente e sia quindi di competenza del giudice ordinario (oggi della sezione specializzata sull'immigrazione in conseguenza del dl n. 13/2017, e sua conversione L. 46/2017).

Il permesso da rilasciare alle vittime di tratta può essere considerato un permesso rilasciato perché «ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario» risultanti tanto da obblighi costituzionali che internazionali dello Stato italiano, per cui sembra rientrare pienamente nei requisiti previsti dall'art. 5 comma 6 del Tui. Sui presupposti dell'umanitario la giurisprudenza sta cercando faticosamente di tracciare delle Linee guida (si veda la recentissima Cass. 4455/18 e in proposito Favilli[5]), ma siamo ben lungi dall'avere un consolidamento dell'interpretazione: alcuni dei presupposti discussi in giurisprudenza concernono la vulnerabilità delle vittime e quindi riguardano direttamente il trattamento delle vittime di tratta.

Per dare attuazione all'art. 10 d.lgs 24/2014 la Commissione nazionale per il diritto di asilo e l'Unhcr hanno redatto le Linee guida per l'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale, con relativa indicazione delle procedure di *referral* e modello di schema di convenzione che le Commissioni territoriali devono stipulare con il locale ente antitratta, al quale si prevede che le stesse Commissioni rimettano la valutazione sulla fondatezza del sospetto di tratta emerso in sede di audizione del richiedente protezione internazionale. Ciò vuol dire che la previsione del rinvio al Questore deve essere configurata come un percorso sociale *ex* art. 18 Tui che, a differenza di quanto accade per il rilascio del permesso umanitario su indicazione della Commissione, lascia il Questore libero nella sua valutazione? Oppure che si aprirà la strada a un percorso speciale per il rilascio di uno specifico permesso di soggiorno umanitario per vittime di tratta su indicazione della commissione?

Il problema coinvolge una ventennale discussione sui requisiti di rilascio del permesso *ex* art. 18 e sull'autonomia del percorso sociale da quello giudiziario. Ma anche la discussione attualmente in corso, e con soluzione ancora non assestata, sul permesso umanitario rilasciato su indicazioni della commissione o della Sezione specializzata.

2.2. Ruolo sezione specializzata

Dato che l'art. 10 d.lgs 24/2014 parla genericamente di «*coordinamento tra le istituzioni che si occupano di tutela e assistenza alle vittime di tratta e quelle che hanno competenza sull'asilo*» si sta ponendo il problema se la Sezione specializzata del Tribunale può/deve operare anch'essa il rinvio[6] e, eventualmente, con quali procedure, se quelle fissate dalle linee guida per le Commissioni o attraverso delle Convenzioni. Naturalmente a seconda delle modalità di invio e degli accertamenti fatti prima di esso, data la natura giudiziaria dell'inviante e le procedure previste normalmente dal percorso giudiziario dell'art. 18, l'invio fatto dalla Sezione specializzata avrebbe sicuramente l'effetto di limitare molto di più di quello della Commissione (autorità amministrativa non superiore al Questore ma solo specializzata) la discrezionalità del Questore.

---

5. C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018, Questione giustizia online*, 14/3/2018, www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-per-motivi-di-integrazion_14-03-2018.php.

6. Cfr. D. Genovese (2018 b) cit.

3. Pre-condizioni della protezione delle vittime di tratta

A livello di disposizioni normative internazionali non è ancora stata sancita in modo chiaro l'indipendenza della protezione dalla denuncia. Il protocollo di Palermo del 2000 (*Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini*) si limita a consentire agli Stati di fornire protezione alle vittime di tratta a prescindere dalla denuncia. La Convenzione di Varsavia (Stce n. 197 – *Lotta contro la tratta degli esseri umani*, 16.V.2005), ratificata in Italia con L. 2 luglio 2010 n. 108, primo Trattato internazionale dedicato in modo specifico alla protezione dei diritti delle persone oggetto della tratta di esseri umani, incoraggia gli Stati a farlo e la Direttiva 2004/81/Ce dell'Ue prevede la concessione del permesso di soggiorno esclusivamente alle vittime che denunciano. L'ambiguità principale è dovuta alla direttiva del 2011: questa dispone che «l'assistenza e il sostegno alla vittima non siano subordinati alla volontà di quest'ultima di collaborare nelle indagini penali, nel procedimento giudiziario o nel processo, fatte salve la Direttiva 2004/81/Ce o norme nazionali analoghe». Quindi mentre in principio dispone che la protezione sia indipendente dalla collaborazione giudiziaria, rinvia a norme che la prevedono (la Direttiva del 2004) o la possono prevedere (molte legislazioni nazionali, ma non l'art. 18 del Tui). La dottrina propone di risolvere il problema distinguendo tra il "periodo di riflessione", da concedersi alla potenziale vittima indipendentemente dalla sua collaborazione con l'autorità giudiziaria, e il permesso di integrazione subordinato a tale collaborazione. Il nostro art. 18 prescinde in modo netto, almeno nel percorso sociale, per constante interpretazione fornita dalle circolari del Ministero dell'interno, dalla denuncia (mentre le Questure spesso continuano a chiederla cfr. Greta, 2014, pp. 42 e ss[7].).

Si pone anche il dubbio se la protezione immediata prevista dall'art. 13 L. 228/2003 coincida o meno con il periodo di riflessione previsto dalla Direttiva, o quantomeno se l'articolo possa essere interpretato identificandola con quella.

Problematica appare in generale la relazione tra la protezione offerta dal programma di protezione *ex* art. 18 Tui, e quella offerta *ex* art. 13 L. 228/2003, che fa esplicito riferimento alle vittime dei reati di cui all'art. 600 (schiavitù e servitù) e 601 (appunto tratta) cp. Si pongono due ordini di problemi: il primo è relativo all'interpretazione di questi ultimi due articoli e in particolare del 601 cp.; il secondo riguarda il fatto che ci sono almeno altre due fattispecie del nostro codice che vengono considerate rientrare nella definizione di tratta. La prima è quella di cui all'art. 602 cp. (commercio di schiavi), che però la dottrina considera ormai implicitamente abolito dalle riforme dell'art. 601 cp.

Più interessante teoricamente e più problematico per la definizione dei destinatari di protezione per motivi di tratta è invece che il rapporto *Unodc_country_profile_WC_europe* del 2016 (p. 34) nel riportare i dati sulle vittima di tratta nei diversi Paesi nel quadriennio 2012-2015 includa per l'Italia anche le vittime del reato di cui all'art. 603-*bis* (sfruttamento lavorativo e caporalato), considerando dunque anch'essa una disposizione finalizzata alla persecuzione della tratta.

Il testo dell'art. 18 Tui sembra invece prevedere la protezione di tutte le persone che si trovano «in situazioni di violenza o grave sfruttamento», siano queste situazioni riscontrate nel corso di indagini e procedimenti penali per i reati di sfruttamento della prostituzione o per i reati per i quali è previsto l'arresto in flagranza, oppure nel corso di interventi dei servizi sociali comunali, o anche, in virtù dell'art. 27 del regolamento di attuazione del Tui, in situazioni riscontrate dalle associazioni anti-tratta[8]. Per interpretazione consolidata da questo articolo si trae la norma secondo cui la protezione è prevista solamente per le vittime dei reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza e di sfruttamento della prostituzione (anche nel caso che la protezione sia chiesta attraverso il percorso sociale su proposta della associazioni). Nel concreto, come accennato, molte questure subordinano la protezione alla collaborazione processuale.

La differenza più eclatante fra l'art. 13 e l'art. 18 è però il fatto che l'art. 18 prevede che si debbano proteggere le vittime di grave sfruttamento e/o violenza solo quando «emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio». Niente di

7. Greta, (2014), Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Italy, https://rm.coe.int/1680631cc1.

8. D. Genovese, E. Santoro, (2018), *L'articolo 18 (Tui) e il contrasto dello sfruttamento lavorativo: l'immaginazione giuridica tra libertà e dignità, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, forthcoming*.

simile è previsto dall'art. 13. La previsione contenuta nell'art. 18 è considerata da Giammarinaro[9], *special rapporteur* per l'Onu sulla tratta, una grave limitazione alla possibilità di proteggere i diritti fondamentali delle vittime. Operata l'unificazione dei due programmi, non è chiaro se questo presupposto si estenda anche all'art. 13 o almeno al proseguimento della protezione immediata nel programma di inclusione sociale *ex* art. 18, oppure se, almeno per le vittime dei reati riconducibili alla tratta, questo requisito vada fatto valere anche per il programma di inclusione sociale.

Molte Questure non concedono l'art. 18 alle vittime di tratta quando lo sfruttamento e la violenza sono avvenute durante il viaggio (in Libia per esempio), considerando la vicenda conclusa e il pericolo inesistente, perché individuano la protezione finalizzata solo a escludere la ritorsione per essersi sottratte allo sfruttamento o averlo denunciato. D'altra parte i documenti internazionali più recenti tendono a spostare il pericolo sull'aspetto della ri-vittimizzazione, distinguendola dalla vittimizzazione secondaria cioè dalla sofferenza di dover rivivere l'esperienza, e intendendola come concreto rischio di rivivere l'esperienza dello sfruttamento, non tanto in caso di rimpatrio, ma durante l'accoglienza, anche perché è difficile escludere che queste persone non si portino dietro un *debt-bondage*. Da più parti si sostiene che la protezione deve scattare anche per il solo fatto della violenza subita, che qualifica le vittime come soggetti vulnerabili.

3.1. Tipo di protezione

C'è grande discussione anche su in che cosa debba in concreto consistere la protezione delle vittime. Problematico in particolare appare il fatto che i richiedenti protezione internazionale nel sistema accoglienza sono considerati soggetti vulnerabili, particolarmente esposti alla tratta e allo sfruttamento nonostante abbiano un posto dove dormire e usufruiscano di alcuni servizi (Unodc 2017; Greta, 2017[10]). La Commissione europea (2015) in una sua comunicazione avanza addirittura l'ipotesi che le attuali reti di trafficanti di esseri umani si servano dei sistemi di asilo nei diversi Paesi europei al fine di facilitare la regolarizzazione delle vittime per agevolare il loro sfruttamento.

Questa tesi ha importanti implicazioni per la definizione della "vulnerabilità". Per anni una tale nozione era servita per connotare soggetti che per proprie caratteristiche personali avevano difficoltà superiori alla media a fare i conti con i guai personali. Poi tale nozione ha assunto un significato diverso nell'ambito delle normative anti-tratta (Linee guida su convenzione di Palermo, Convenzione di Varsavia, Direttiva 2011/36/Ue), venendo a connotare una situazione, e non più una caratteristica personale dei soggetti. L'art. 2 della Direttiva 2011/36/Ue, definisce, infatti, la posizione di vulnerabilità come la «situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva e accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima». Tale definizione, fondamentale per identificare la tratta considerata la forma di sfruttamento che si approfitta della situazione di vulnerabilità, estende enormemente il numero di soggetti che possono essere considerati vulnerabili: molti soggetti che per caratteristiche personali non lo sono, si possono trovare in posizione di vulnerabilità per periodi più o meno lunghi della loro vita, esattamente come accade ai richiedenti protezione internazionale all'interno del sistema di accoglienza.

L'idea che siano vulnerabili, e quindi probabili vittime di tratta, le persone accolte in un Cas o in uno Sprar in attesa della decisione sul loro *status* estende l'ambito di questa nozione anche sotto un altro profilo. Infatti queste persone, hanno un posto dove dormire, hanno assicurato oltre la sussistenza anche molti altri servizi (dal *pocket money* ai corsi di lingua). Per ragioni materiali non considereremmo mai queste persone in stato di necessità o di bisogno, che è per esempio il presupposto per configurare lo sfruttamento lavorativo secondo la previsione dell'art. 603-*bis* cp. Evidentemente la tesi che coloro che si trovano nelle strutture di accoglienza, in attesa della decisione sul loro *status,* siano soggetti vulnerabili, plausibili vittime di tratta, dato empiricamente confermato da varie inchieste penali, poggia sull'angoscia di avere uno *status sub judice* e, in particolare in Italia, di averlo per un periodo lunghissimo.

Questa intricato intreccio tra sfruttamento e protezione pone il problema delle modalità di attuazione dei programmi di protezione delle vittime di tratta. Maria Grazia Giammarinaro[11], *special rapporteur* per l'Onu sulla tratta, sostiene in numerosi suoi scritti che molte vittime di tratta rifiutano la protezione perché i programmi ex art. 18 impongono quasi una reclusione, in particolare alle donne vittime di trat-

9. M.G. Giammarinaro, (2014). *Verso una nuova strategia contro la tratta e lo sfruttamento*, in E. Nocifora (a cura di), *Quasi schiavi: paraschiavismo e super-sfruttamento nel mercato del lavoro del 21° secolo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014.

10. Greta, (2017), *Report on Italy under Rule 7 of the Rules of Procedure for evaluating implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, https://rm.coe.int/16806edf35.

11. M.G. Giammarinaro, (2002). *L'innovazione, le prospettive ed i limiti dell'art. 18 del D.lgs. n. 286/98*, in On the Road (a cura di), *Prostituzione e tratta. Manuale di intervento sociale*, Milano, FrancoAngeli, 2002.

ta. Giammarinaro[12] anche che molte donne rifiutano la protezione perché i programmi per le vittime dello sfruttamento sessuale sono pensati solo per chi voglia abbandonare la strada della prostituzione e non per chi considera l'attività di *sex workers* un modo di vivere almeno parte della sua vita, del suo progetto migratorio. Queste considerazione rendono sicuramente conto di molte difficoltà a far accettare la protezione alle vittime di sfruttamento. D'altra parte le situazioni che molte inchieste, ma anche molte testimonianze di operatori, rivelano svilupparsi nei centri di accoglienza mostrano il rischio che corrono le persone accolte in programmi che consentono una grande libertà di movimento, pone la necessità di bilanciare le esigenze. Probabilmente si deve aprire la discussione sull'esigenza di sviluppare programmi *ad hoc*, differenziati per il tipo di vittime, con criteri di accesso e di gestione molto diversi fra loro.

3.2. Non punibilità vittime di tratta autori di reato

Una protezione specifica è prevista dall'art. 26 della Convenzione di Varsavia e dall'art. 8 della Direttiva 2011/36/Ue per le vittime di tratta autori di reati, assumendo che la commissione del reato è una scelta forzata. Queste disposizioni non hanno avuto una recezione esplicita nel nostro ordinamento, è dunque importante capire quale atteggiamento è adottato dalle Procure e dalle Corti in genere per i soggetti che rientrano in questa categoria, quali *standard* probatori vengono chiesti per considerare la persona vittima di tratta e quanto influisce sulla non punibilità il tipo di reato commesso. Il rapporto Unodc (2016) segnala il problema delle donne vittime di tratta che iniziano a svolgere un ruolo attivo nel reclutamento di altre vittime. In Italia si pone anche il problema degli "scafisti forzati", ovvero di quei migranti che sostengono di essere stati obbligati con la forza, o solo dalla necessità di sottrarsi alle condizioni di violenza cui erano sottoposti in Libia, a condurre un natante carico di altri migranti sulle nostre coste. La problematica è resa interessante anche dalla circostanza che sono spesso gli stessi richiedenti asilo a testimoniare contro gli scafisti nel corso dei procedimenti penali. Ci sono segnali che si stia sviluppando una giurisprudenza, per ora relativa alla fase cautelare, per opera dei Tribunali del riesame, che riconosce, spesso a fronte della collaborazione processuale, a questi soggetti di avere agito «sotto lo stato di necessità», e quindi di non potere essere incriminati per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

4. Definizione di tratta

Il problema della definizione di tratta, trasversale alla maggior parte degli aspetti problematici discussi, si pone a livello internazionale e in modo molto accentuato in Italia, dove le fattispecie penali sono state costruite stratificando nello stesso articolo la tratta intesa originariamente come commercio di schiavi o di persone da ridurre in schiavitù con le nuove definizioni elaborate dagli strumenti internazionali. L'attuale articolo 601 cp, se non fosse letto come una fattispecie a condotta plurima, ma come se legasse necessariamente la tratta alla riduzione in schiavitù (tratta di schiavi o di persone da ridurre in schiavitù) sarebbe in contrasto con la Direttiva europea del 2011 che dovrebbe recepire: la Direttiva infatti separa nettamente la tratta dalla schiavitù, non contenendo alcun riferimento a quest'ultima e definendo la tratta in modo totalmente autonomo.

Il problema a livello internazionale, che si ripercuote sulle fattispecie interne, è molto più complesso. Il protocollo di Palermo, andando necessariamente connesso alla Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale, individua la tratta come un reato compiuto da quest'ultima. La convenzione di Varsavia, come anche la Direttiva 36/20011/Eu, non richiede che l'autore della tratta sia la criminalità organizzata e prevede esplicitamente che la tratta possa essere interna. L'Onu rapidamente si orienta nello stesso modo, abbandonando la stretta definizione del Protocollo. Nel già citato *Rapporto* dell'Unodc si dice chiaramente che la tratta è oggi spesso praticata da soggetti familiari o che hanno rapporto di consuetudine con le vittime, e che la tratta di lungo percorso (l'unico fenomeno sul quale esista un accordo diffuso che sia tratta, quelle delle donne nigeriane o comunque sub-sahariane) è un fenomeno minoritario. La maggior parte della tratta è regionale, e per l'Europa colpisce persone provenienti dai Paesi dell'Est, mentre molto rilevante appare la "tratta interna", cioè intranazionale. Soprattutto su quest'ultima nozione si pongono enormi problemi di definizione: cosa è la tratta interna? E per l'Italia, con il nuovo art. 603-*bis* cp, c'è differenza tra tratta interna a fini di sfruttamento lavorativo e sfruttamento lavorativo *tout court*? È per tener conto della tratta interna che il rapporto dell'Unodc include il 603-*bis* tra le norme rivolte alla repressione di questo fenomeno?

Dal punto di vista della pena per l'autore di reato la differenza di essere imputato per il reato di cui all'art. 601 o di cui all'art. 603-*bis* cp è sensibile, ma lo è anche per la vittima: per quelle del 603-*bis* non

12. M.G. Giammarinaro, (2007). *Il Protocollo sulla tratta degli esseri umani*, in E. Rosi, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, 2007.

c'è la protezione prevista dall'art. 13 della legge 228). L'accesso all'art. 18 è sulla carta limitato, è previsto solo per le vittime della fattispecie aggravata di cui al secondo comma dell'art. 603-*bis*. Nella pratica quasi inesistente, si ha notizie di uno o due casi di persone in protezione *ex* art. 18 Tui, anche se i procedimenti penali aperti per questa fattispecie cominciano ad essere un numero rilevante[13].

Questo problema concerne la definizione di tratta anche sotto un altro aspetto: in Italia la tratta percepita è quasi solo la tratta a fine sessuali, i programmi di protezione riguardano quasi solo queste vittime. I dati di Unodc e di Greta (2014, pp 22 e 42) dicono invece che la tratta a fine di sfruttamento lavorativo è forse un problema di dimensioni più imponenti per numero di vittime.

L'inclusione della tratta interna e dello sfruttamento lavorativo nell'ambito dei fenomeni che impongono una protezione delle vittime di violenza e sfruttamento pone non pochi problemi rispetto al meccanismo di *referral* i cui attori non sembrano avere la consapevolezza di doversi confrontare con questo tipo di problemi.

4.1. La repressione degli utenti dei servizi offerti dalle vittime di tratta

Sia la Convenzione di Varsavia che la Direttiva del 2011 invitano gli Stati membri ad adottare disposizioni di legge nazionali per l'incriminazione dell'utilizzo consapevole di servizi di vittime di tratta di esseri umani. Nella relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio (2016, p. 4) si legge che l'Italia, sebbene non disponga di tali disposizioni esplicite, ha segnalato «che l'intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro in generale costituiscono reato ai sensi dell'articolo 603-*bis* del codice penale italiano». Quindi il Governo italiano ha ritenuto che il 603-*bis* rientrasse tra le misure previste dall'art. 18 (rubricato "Prevenzione") comma 4 della Direttiva 2011/36/Ue.

È evidente, e confermato anche il fatto che l'Italia ha comunicato di non raccogliere dati distinti relativi all'utilizzo di servizi forniti da vittime della tratta (p. 7), che il Governo italiano ha indicato una disposizione normativa che punisce una condotta a prescindere dalla «*consapevolezza del fatto che la persona è vittima della tratta*». La Commissione non sembra, almeno implicitamente, guardare con sfavore la soluzione adottata dall'Italia di indicare una norma che sanziona i comportamenti a prescindere dalla consapevolezza di chi li tiene di utilizzare servizi di persone vittime di tratta.

Merita di essere chiarito quali ripercussioni ha sulla protezione delle vittime questa duplice classificazione dell'art. 603-*bis*, per le (o forse si dovrebbe dire, "nelle comunicazioni alle") Nazioni unite, disposizione di contrasto diretto alla tratta e per (le comunicazioni al) l'Unione europea, disposizione di prevenzione mirante a scongiurare il fenomeno della tratta.

5. Peculiarità del sistema di *referral* dei minori e l'effettività delle tutele nel percorso di accoglienza dei Msna

La Direttiva del 2011 al Considerando 8, sottolinea che «i minori costituiscono una categoria più vulnerabile rispetto agli adulti e corrono quindi maggiori rischi di divenire vittime della tratta di esseri umani». Di conseguenza sottolinea la necessità che le sue disposizioni siano applicate «tenendo conto dell'interesse superiore del minore conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla Convenzione Onu del 1989 sui diritti del fanciullo». Specificando poi (Considerando 22) che «oltre alle misure a disposizione di tutte le vittime della tratta di esseri umani, è opportuno che gli Stati membri garantiscano specifiche misure di assistenza, sostegno e protezione per i minori. [...] Le misure di assistenza e sostegno per i minori dovrebbero essere intese al recupero fisico e psico-sociale e ad una soluzione duratura per il minore in questione. L'accesso all'istruzione aiuterebbe il minore a reintegrarsi nella società». Infine (Considerando 23) sottolinea che gli Stati devono «dedicare un'attenzione particolare ai minori non accompagnati vittime della tratta di esseri umani, in quanto la loro situazione di particolare vulnerabilità richiede assistenza e sostegno specifici».

A queste disposizioni si è dato attuazione con la Legge Zampa. Si tratta di capire e verificare come essa abbia interferito con prassi che si sono consolidate nel corso degli anni spesso in mezzo a polemiche e conflitti. Fino ad oggi l'accoglienza dei minori sospetti vittime di tratta era afflitta in particolare dal fenomeno della loro scomparsa dal sistema dell'accoglienza. Secondo la XVII relazione, Primo semestre 2017 del Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse, in Italia, a luglio 2017 risultavano scomparsi 31.635 minori migranti. Questo fenomeno è considerato da alcuni autori drammatico perché nasconderebbe migliaia di casi di sfruttamento dei

13. D. Genovese, (2018a), *Nessuno più al mondo deve essere sfruttato: nuovi strumenti per una vecchia utopia*, *Legislazione penale*, 22/3/2018, *www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2018/03/Genovese-Approfondimenti.pdf.*

minori e da altri autori invece solo la manifestazione che il nostro Paese è un Paese di transito che i minori lasciano per raggiungere loro familiari in altri Paesi europei. Un altro punto fino ad oggi critico era quello della fase di identificazione, quando molti minori, a volte sotto il controllo indiretto dei loro sfruttatori, dichiarano di essere maggiorenni. Le procedure di accertamento dell'identità dovrebbero essere gestite da operatori specificamente formati *to deal with minors* capaci di uno stile comunicativo e di un linguaggio *child-friendly* ecc., inoltre dovrebbe essere garantita la partecipazione consensuale dei minori stessi alla procedura che quindi dovrebbe svolgersi con la presenza e l'accordo del tutore che dovrebbe svolgere un fondamentale ruolo di mediazione e tutela.

Oggi in molte Regioni i minori permangono per svariati mesi in Centri di prima accoglienza del tutto inidonei, e incorrono in ostacoli amministrativi anche superiori a quelli che riguardano gli adulti14. La legge 46/2017 ha previsto che i minori richiedenti asilo e i minori vittime di tratta, a seguito dell'identificazione formale, siano inseriti in percorsi specifici caratterizzati per strutture adeguate ai fini della loro tutela e protezione specifica che, oltre alla prima assistenza e alla protezione, dovrebbero tendere ad un'assistenza a lungo termine e all'inclusione sociale. Non è chiaro il modo in cui la creazione di un programma unico di tutela dei minori stranieri non accompagnati, in cui vengono inseriti i minori richiedenti asilo, influisca sulla tutela delle vittime di tratta in differenti contesti regionali. C'è il rischio che esso, poi rafforzi, la tendenza già presente, che essi rimangono presi in carico da parte delle strutture di accoglienza sino al compimento del diciottesimo anno di età senza che mai si provveda all'attivazione di una procedura per l'affidamento famigliare (con la nuova attribuzione/accentramento di competenza della Legge 2017, n. 47 in campo alla giurisdizione del Tribunale per i minorenni anche rispetto alla tutela dei Minori stranieri non accompagnati, l'attivazione dovrebbe avvenire d'ufficio) con ciò ottenendo una concentrazione di minori in grandi strutture di prima e seconda accoglienza, lontane dai più piccoli numeri delle case famiglia (anche in termini economici e di finanziamento).

Conclusione: il tango e la sua ombra

In conclusione vorrei sottolineare che la definizione di una mappa del tipo di quella tracciata, in modo molto idiosincratico e senza nessuna pretesa di esaustività e completezza, ha una grande influenza sull'effettività della protezione anche perché entrambi i sistemi, quello della protezione internazionale e quello della protezione delle vittime di tratta, operano soprattutto grazie ad una rete vastissima di Associazioni ed Enti del privato sociale che hanno propri orientamenti e fini politici e che cercano nel comportamento degli organi deputati ufficialmente alla loro applicazione gli spunti e le risorse culturali per orientarsi nella loro opera. Come dire che siamo di fronte a un tango in cui non solo i due ballerini si regolano l'uno sul comportamento improvvisato dell'altro ma in cui ognuno dei due ballerini e sdoppiato in un ballerino ufficiale, istituzionale, e una sua ombra, il privato sociale, che come l'ombra di Peter Pan o quella di Peter Schlemils nel romanzo di Ablert von Chamisso15, deve essere guidata a sua volta altrimenti agisce per proprio conto.

Breve bibliografia

Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse (2017), *XVII Relazione, Primo semestre 2017, www.interno.gov.it/sites/default/files/modulistica/xvii_relazione.pdf*.

Commissione europea (14 ottobre 2015), Comunicazione della Commissione dl Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio, *Gestire la crisi dei rifugiati: stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione,* COM (2015) 510 final, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0510&from=IT

Commissione europea (6 dicembre 2016), Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta, in conformità all'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2011/36/UE, Bruxelles,
www.parlamento.it/web/docuorc2004.nsf/b02bc7eed0eda6e2c12576ab0041cf0c/cb8e3f4b22e457c3c125807d005d7a25/$FILE/ST-15198-2016-INIT-IT.pdf

Dipartimento anti tratta, *Piano di azione contro la tratta e il grave sfruttamento*, con 6 allegati (tra cui: 1 *Meccanismo Nazionale di Referral per le Per-*

14. G. Di Chiara, A. Sciurba (2017), *Esperienze di tutela dei minori soli richiedenti asilo e percorsi di formazione del giurista: la Clinica legale per i diritti umani di Palermo*, Minorigiustizia, 3.

15. A. von Chamisso, *(1814), Peter Schlemils wundersame Geschichte*, tr. It. Milano, Garzanti, 2008.

sone Trafficate in Italia, 2. *Linee guida per la definizione di un meccanismo di rapida identificazione delle vittime di tratta e grave sfruttamento*), Roma, www.demoproject.it/dpo/materiale/piano-dazione-contro-la-tratta-e-il-grave-sfruttamento.

D. Genovese (2017), *Le sliding doors dell'accoglienza*, in *Questione Giustizia on line*, 17/11/2017 www.questionegiustizia.it/articolo/le-sliding-doors-dell-accoglienza_17-11-2017.php

D. Genovese, (2018), *Violenza di genere e protezione internazionale. Note a margine di un recente orientamento della Corte di cassazione,* in questa *Rivista on line*, 5/2/2018, *www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-di-genere-e-protezione-internazionale-not_05-02-2018.php.*

Unhcr, (2013), *Al di là della prova, La valutazione della credibilità nei sistemi di asilo dell'Unione Europea*, www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/Al_di_l__della_prova_-_La_valutazione_della_credibilit__nei_sistemi_di_asilo_dell_Unione_Europea_-_Maggio_2013.pdf.

Unhcr, (2016), *Linee guida di protezione interazionale. L'applicazione dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967* del 2006, www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/linee_guida_protezione_int.pdf.

Unhcr, Ministero dell'interno – Commissione nazionale per il diritto d'asilo (2017), *Linee Guida per le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale redatte dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo e dall'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati*, www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/09/Vittime-di-tratta-Linee-guida-compresso.pdf.

Unicri, (2010), *Trafficking of Nigerian girls to Italy. The data, the stories, the social service*, www.unicri.it/services/library_documentation/publications/unicri_series/trafficking_ nigeria-italy.pdf .

Unodc, (2016), *Rapporto globale sulla tratta di persone*, 2016, www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf).

Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'*hotspot* alla decisione della Commissione territoriale

di *Alessandra Sciurba*

Muovendo da una riflessione teorica che definisce l'asilo come il "diritto di confine" dei diritti umani, il presente contributo analizza criticamente il sistema di accoglienza e le procedure stragiudiziali che coinvolgono i richiedenti asilo, dall'arrivo in Italia fino all'audizione presso le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale. A questo riguardo, viene descritto per ogni fase, sottolineandone l'importanza, il lavoro degli operatori legali delle associazioni e delle cliniche legali che, assistendo gratuitamente chi chiede protezione in Italia, rappresentano molte volte l'unica garanzia di accesso a un diritto universale troppo spesso violato nella sua concreta essenza.

1. Un diritto di confine

Nel 1951, Hannah Arendt, in pagine celeberrime, descriveva la relazione che intercorre tra la tutela del diritto d'asilo e la credibilità della concezione stessa dei diritti umani.

Al periodo di crisi economica, inflazione, guerre civili e crollo dei grandi imperi che afflissero l'Europa tra le due guerre mondiali, – scrive la filosofa - quando milioni di profughi divennero «schiuma della terra» e «indesiderabili d'Europa»[1], corrispose la scelta politica di cancellare «l'unico diritto che avesse sempre campeggiato come simbolo dei diritti umani nella sfera delle relazioni internazionali»[2]. Quel momento, secondo Arendt, ha rivelato con tutta la violenza possibile il limite intrinseco di questi diritti, ovvero il loro rivelarsi «inapplicabili, persino nei Paesi che basavano su di essi la loro Costituzione, ogni qual volta sono apparsi individui che non erano più cittadini di nessuno Stato sovrano»[3].

In questo senso, il diritto d'asilo è un diritto di confine non solo perché il suo esercizio comporta strutturalmente l'attraversamento della frontiera di uno Stato. L'asilo è il diritto posto al confine dei diritti umani, poiché è specificamente chiamato a ridare «un posto nel mondo» a coloro i quali hanno perduto «tutte le altre qualità e relazioni specifiche, tranne la loro qualità umana»[4]. Per questo è la "chiave di volta" che può tenere in equilibrio gli altri elementi dell'impianto, affinché esso non crolli, raso al suolo.

All'indomani della Seconda guerra mondiale, la nuova «Età dei diritti»[5], proclamata dalla «straordinaria stagione costituente che fu il quinquennio 1945-1949» quando si affermò «il "mai più" Costituzionale agli orrori dei totalitarismi e delle guerre»[6], sembra avere visto in effetti, nell'affermazione del diritto d'a-

1. H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, [1958] 2004, p. 374.
2. Idem, p. 389.
3. Idem, p. 406.
4. Idem, p. 415.
5. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.
6. L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali come dimensione delle democrazie costituzionali*, in *Ricerche Giuridiche*, 3, n.2, 2014, p. 214.

silo, uno strumento essenziale per la rifondazione dell'intero sistema dei diritti umani.

Il diritto d'asilo trova infatti posto all'interno di tutte le costituzioni postbelliche dei Paesi europei, oltre che essere inserito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (art. 14).

Dall'asilo, inoltre, muove quel processo di specificazione dei diritti fondamentali volto a rafforzarne l'effettività declinando l'eguaglianza degli esseri umani in termini sostanziali e non solo meramente formali, e quindi tutelandone con strumenti specifici, le peculiari condizioni. Allo *status* del rifugiato viene infatti dedicata la prima delle Convenzioni delle Nazioni unite, nel 1951 a Ginevra, a protezione, al contempo, di un diritto particolare e di un determinato soggetto di diritti. Da quel momento, e in particolar modo dopo il fondamentale passaggio politico-concettuale concretizzatosi nella stesura del Protocollo di New York del 1967, che eliminerà ogni riserva temporale e geografica contenuta nella Convenzione di Ginevra, l'asilo viene sancito come un diritto umano universale intorno al quale è costruito un vero e proprio diritto internazionale dei rifugiati che prevede precisi obblighi giuridici da parte di tutti gli Stati aderenti alla Convenzione[7]. Per garantirne l'applicazione, è costituito dall'Assemblea generale l'Alto commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati, l'Acnur (Unhcr), secondo in ordine di tempo solo all'Unicef che era stato istituito nell'emergenza della Seconda guerra mondiale per supportare i bambini vittime dei combattimenti.

Proprio l'Acnur, cui spetta anche il compito di primo esegeta della Convenzione di Ginevra, declina come segue i tre principi fondativi del diritto d'asilo: il principio di non discriminazione, relativo alla sua universalità; quello di non sanzionabilità dell'ingresso illegale sul territorio di uno Stato aderente alla Convenzione se tale ingresso è finalizzato alla richiesta di asilo[8]; quello del *non refoulement*, ovvero del divieto di respingere qualcuno in uno Stato in cui la sua vita possa essere in pericolo o dove possa subire trattamenti inumani e degradanti. Quest'ultimo principio, in particolare, appare strettamente connesso ai contenuti dell'art. 2 (diritto alla vita) e dell'art. 3 (divieto di tortura) della Convenzione europea dei diritti umani del 1950, e rappresenta il cuore della «sfaccettata interazione»[9] tra il diritto internazionale dei rifugiati e il diritto dei diritti umani.

Tutti e tre questi principi, inoltre, e qui risiede la loro reale portata, sono immediatamente effettivi innanzitutto rispetto a chiunque attraversi una frontiera al fine di chiedere asilo, prima ancora che nei suoi confronti avvenga un riconoscimento formale dello *status* di rifugiato. Il diritto d'asilo include pertanto, «come minimo, il diritto di ingresso, il diritto di restare, il diritto di non essere allontanati dal territorio con la forza», oltre che «il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona»[10].

Come ha insegnato Stefano Rodotà, però, i diritti non sono mai acquisiti una volta per tutte. Sono sempre insidiati, a rischio. La loro non è mai una vicenda pacificata. Il loro riconoscimento formale ci parla sempre di una battaglia vinta, ma immediatamente apre pure la questione del loro rispetto, della loro efficacia, del loro radicamento. I diritti diventano così, essi stessi, strumenti della lotta per i diritti[11].

Che l'effettività del diritto d'asilo, quanto e più di quella di altri diritti umani fondamentali, non possa dirsi conquistata solo a partire dal suo riconoscimento formale come diritto universale, è chiaro, in effetti fin dal primo istante. La Convenzione di Ginevra nasce tra le tensioni ideologiche della guerra fredda, mentre i due blocchi contrapposti, quello sovietico e quello occidentale guidato dagli Stati Uniti, strumentalizzavano politicamente, da una parte e dall'altra, la questione degli sfollati e dei profughi all'indomani della seconda guerra mondiale. Strumento politico nelle mani dei governi nazionali, l'asilo ha sempre faticato a rappresentare, nella sua implementazione concreta, un efficace diritto di accesso ai diritti per la maggior parte delle persone a rischio di persecuzione nel mondo, o per i popoli in fuga dai conflitti. Non a caso, la stragrande maggioranza di questi è invece sempre stata accolta in condizioni di grande precarietà nei Paesi limitrofi alle zone di guerra, in cosiddetti "campi profughi" nati nell'emergenza e spesso

7. S. Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*. Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambride, 2004, p. 91.

8. Acnur (Unhcr), *Introductory note by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) to the Convention and Protocol relating to the status of refugees*, 2010, p. 2.

9. V. Chetail *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, in R. Marin (a cura di) Human Rights and Immigration, *Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 30.

10. M. T. Gil-Bazo, *Refugee Status and Subsidiary Protection under EC Law*, in *New Issues in Refugee Research*, 136, 2006, p. 8.

11. S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 31-32.

diventati soluzioni permanenti per intere generazioni[12].

Che il diritto d'asilo non sia un'acquisizione completamente realizzata, né tanto meno definitiva, della civiltà giuridica europea diventa però più che mai evidente con l'ingresso nella contemporanea «era delle migrazioni». I processi di globalizzazione, accelerazione e differenziazione della mobilità umana transnazionale, di politicizzazione – nel senso della strumentalizzazione politica – senza precedenti del tema delle migrazioni, unitamente alla proliferazione della transizione migratoria, per cui Paesi storicamente di emigrazione, come quelli dell'Europa meridionale, diventano anche (ma non solo) Paesi di immigrazione, sono infatti le caratteristiche precipue che si affermano a partire dagli anni Novanta del secolo scorso[13].

Il presente contributo guarda alla contemporanea "crisi dell'asilo" dalla specifica prospettiva del contesto italiano, negli anni dal 2014 ad oggi, rispetto alla fase stragiudiziale relativa all'accesso alle procedure e al sistema di accoglienza, nonché alla valutazione delle "storie" dei richiedenti asilo da parte delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale dislocate sul territorio nazionale.

Le procedure e le problematiche prese in considerazione sono direttamente note a chi scrive grazie all'attività svolta presso la Cledu-Clinica Legale per i diritti umani dell'Università di Palermo. Declinazione particolare dell'insegnamento clinico del diritto[14], la Cledu ha interpretato la doppia finalità di questo approccio - implementazione della giustizia sociale e superamento della didattica frontale e nozionistica -, attivando uno sportello all'interno del Dipartimento di Giurisprudenza. Qui, migranti e minoranze *Rom* e *Sinti* ricevono consulenza legale gratuita da ricercatori e avvocati volontari, coadiuvati dagli studenti e dalle studentesse che vengono coinvolti in una modalità di apprendimento del diritto a-gerarchica e di condivisione[15]. Specifica è anche la posizione geografica della Cledu, situata in Sicilia, porta Sud dell'Europa, dove vengono sperimentate molte delle politiche europee di immigrazione e asilo, e che da questo punto di vista ne rappresenta un osservatorio privilegiato.

Dal 2015 ad oggi la Cledu ha prestato sostegno a più di 400 migranti, la maggior parte richiedenti protezione internazionale. Adottando un approccio interdisciplinare, tutti i casi individuali seguiti da questa clinica legale sono sempre considerati all'interno di una visione sistemica, che risale alle storture da cui originano disfunzioni e violazioni reiterate, per dare avvio a vertenze e a "cause pilota", volte a modificare le prassi individuate come più lesive dei diritti. Questo lavoro ha costruito nel tempo un patrimonio di saperi che riguarda in particolar modo l'accesso a, e l'esercizio concreto del, diritto d'asilo.

A fronte di una rilevante differenza tra i comportamenti delle questure italiane in materia, l'esperienza diretta della Cledu è relativa esclusivamente ai richiedenti asilo che si relazionano con la Questura di Palermo e con altre questure siciliane. Il quadro d'insieme delle procedure italiane verrà però costruito, in questo contributo, tenendo anche conto delle prassi vigenti in alcune altre grandi città. Questa limitata mappatura è stata realizzata attraverso la raccolta di testi e documenti, oltre che tramite il confronto diretto con associazioni e cliniche legali presenti sui territori presi in considerazione.

L'ultima premessa generale, per interpretare il contesto in cui le riflessioni qui elaborate, riguarda la chiusura progressiva, dal 2012 ad oggi, delle frontiere europee.

L'eliminazione di quasi tutti i canali di ingresso legale, unitamente ad alcune prassi amministrative, come la pretesa della presentazione di un passaporto per il rilascio di un permesso di soggiorno per minore età[16], hanno nella maggior parte dei casi trasformato la richiesta di protezione internazionale nell'unica possibilità, per i migranti, di accedere a uno status legale. Non riteniamo che ciò abbia principalmente portato, come è retorica diffusa, a un abuso strumentale della richiesta di protezione, ma ha certamente dirottato molte istanze che avrebbero trovato più adeguato accoglimento all'interno di altri canali, a declinarsi tutte all'interno della richiesta di asilo.

La stipula dell'accordo congiunto tra l'Unione europea e la Turchia[17], inoltre, chiudendo la cosiddetta "rotta balcanica", ha reso dal 2016 il Mediterraneo centrale l'unica porta di accesso ancora socchiusa

12. M, Agier, Aux bord du monde, le réfugiées, Flammarion, Paris, 2002.

13. S. Castles e M. J. Miller, *L'era delle migrazioni. Popoli in movimento nel mondo contemporaneo*, Odoya, Bologna, 2012.

14. Sull'insegnamento clinico del diritto, cfr. F. Bloch *Access to Justice and the Global Clinical Movement*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 28, 2008, e, con riguardo al contesto italiano, F. Di Donato e F. Scamardella, (a cura di) *Il metodo clinico-legale: radici teoriche e dimensioni pratiche*, ESI, Napoli, 2017.

15. M. R. Marella e E. Rigo, *Cliniche legali,* commons *e giustizia sociale*, in *Parolechiave*, 1, 2015.

16. G. Di Chiara e A. Sciurba, *Esperienze di tutela dei minori soli richiedenti asilo e percorsi di formazione del giurista: la Clinica legale per i diritti umani di Palermo*, in *MinoriGiustizia*, 3, 2017.

17. Commissione europea, *Next Operational Steps in EU-Turkey Cooperation in the Field of Migration,* 16.3.2016 COM(2016) 166 final.

verso l'Europa per i migranti in cerca di protezione, costringendoli ad attraversare la frontiera più mortifera al mondo, dopo avere trascorso lunghi periodi di permanenza in un paese insicuro e violento come la Libia. Ad oggi, anche questo canale d'ingresso appare chiudersi giorno dopo giorno, dopo la firma del *Memorandum* d'intesa tra il Governo italiano e uno dei capi libici, Al Serraj, il 2 febbraio del 2017, e l'allontanamento, tramite iniziative politiche e giudiziarie[18], delle navi delle Ong che operavano soccorso e salvataggio in mare.

Il numero dei migranti che riescono a raggiungere l'Italia è quindi drasticamente diminuito. Se tra il primo gennaio e il 23 febbraio 2017, 11.637 persone, tra cui 1.489 minori soli, avevano raggiunto l'Italia attraversando il Mediterraneo, nello stesso periodo del 2018 ne sono arrivate solo 1.059 tra cui 686 minori non accompagnati[19].

Allo stesso tempo, chi ancora riesce ad arrivare riporta situazioni di vulnerabilità maggiori che in precedenza, a causa dell'inasprirsi delle condizioni di vita in Libia.

2. La discriminazione nell'accesso a un diritto fondamentale

2.1. L'indebolimento del principio di non discriminazione

Come accennato, l'accesso alla domanda di protezione internazionale non dovrebbe essere soggetto ad alcuna forma di discriminazione rispetto alla nazionalità del richiedente, o al paese di transito da cui proviene. Questo principio appare oggi sostanzialmente violato dal già citato accordo dell'Ue che prevede «il ritorno di tutti i nuovi migranti irregolari e richiedenti asilo dalla Grecia alla Turchia», mettendo a dura prova anche il principio di non-refoulement, fatto solo formalmente salvo dalla definizione della Turchia come "Paese terzo sicuro".

In realtà, dalla prima implementazione delle regole di Dublino, nel 1990 (oggi alla loro terza rivisitazione col Regolamento 2013/604/Ue), fino alle previsioni contenute nella Direttiva 2013/32/Ue, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, una graduale deroga al principio di non discriminazione nell'accesso all'asilo è stata formalizzata all'interno del Sistema comune europeo di asilo (Ceas). La possibilità di rimandare indietro in un paese di transito o di origine un richiedente protezione internazionale ha infatti aperto una breccia nella compattezza dei principi della Convenzione di Ginevra, introducendo la possibilità, per gli Stati firmatari, di delegare la propria responsabilità di accogliere e valutare le richieste di asilo e quindi le persone che le avanzano. Se i principi di Dublino fondano questa delega nell'assunto che ogni Stato membro possa essere considerato un Paese sicuro per ogni richiedente asilo[20], la Direttiva Procedure estende il concetto di Paese sicuro anche a Stati terzi di origine o di transito che rispondano a determinati requisiti formali di tutela dei diritti, e offre nell'annesso 1, una definizione precisa di paese di origine sicura. Per uno Stato membro che analizza la richiesta di protezione internazionale di un migrante che proviene da un paese di origine o di transito definito "sicuro" si apre quindi la possibilità di valutare tale richiesta come manifestamente infondata o direttamente inammissibile attraverso una procedura accelerata.

Diversi studi e rapporti internazionali hanno rimarcato i rischi connessi a queste restrizioni nell'accesso alla richiesta di protezione in termini di violazione dei principi del diritto internazionale dei rifugiati[21]. Nonostante ciò, la distinzione dei migranti, sulla base del loro paese di origine o di transito, rispetto alla possibilità di accedere pienamente al diritto d'asilo tende sempre più a informare le politiche europee, traducendosi spesso, come vedremo a breve, in prassi amministrative altamente lesive dei diritti.

2.2 L'approccio Hotspot

L'approccio Hotspot viene introdotto dalla Commissione europea nel maggio del 2015[22], e presupporrebbe la possibilità di separare immediatamente i migranti arrivati alle frontiere europee e riconoscibili

18. Cfr., sul caso specifico dell'Ong spagnola *Pro Activa Open Arms*, S. Perelli, *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?* in *Questione Giustizia on line*, 31 marzo 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/il-sequestro-della-nave-open-arms-e-reato-soccorrere-migranti-in-pericolo-di-vita-_31-03-2018.php.

19. Dati governativi a disposizione dell'autrice.

20. Una consolidate giurisprudenza della Cedu dimostra che questa presunzione non risponde sempre a realtà rispetto alla tutela di tutti i diritti fondamentali. Cr., ad es. *Sharifi et al c. Italia e Grecia, n. 16643/09* (sentenza del 21 Ottobre 2014) e *Tarakhel c. Svizzera, n. 29217/12* (sentenza del 4 novembre 2014).

21. Cfr., ad es., G. Elspeth, *Current challenges for international refugee law, with a focus on Eu policies and Eu co-operation with the Unhcr*, Briefing Paper for the Eu Parliament, 2013 e Ecre. *Safe third country of origin": A safe concept?* AIDA Legal Briefing 3, 2013.

22. European commission, *A European Agenda on Migration*, 13.5.2015 COM (2015) 240 final.

come in *clear need of protection*, - quando la media Eurostat delle protezioni internazionale concesse ai loro gruppi nazionali di appartenenza (una media che non considera le decisioni dei tribunali dopo eventuali ricorsi ma solo le valutazioni delle Commissioni) supera il 75% - dagli "altri" richiedenti asilo e dalle persone da respingere immediatamente.

L'implementazione concreta alle frontiere di questa pericolosa previsione si è rivelata spesso catastrofica in termini di violazione del diritto di chiedere protezione internazionale. In Italia, ad esempio, si è a lungo tradotta nella consegna, presso i centri-*hotspot* siciliani, di centinaia di decreti di respingimento differito *ex* art. 10, comma 2, d.lgs 25 luglio 1998, n. 286, emessi senza alcuna reale valutazione delle posizioni individuali, a migliaia di persone considerate genericamente "migranti economici"[23]. Questa prassi è stata applicata dalle forze di polizia a seguito della somministrazione ai migranti di un "foglio notizie" a risposte multiple concernenti le ragioni del loro arrivo in Italia (nello specifico: lavoro; raggiungere i familiari; fuggire dalla povertà; fuggire per altri motivi; richiedere asilo politico). Ad oggi questa prassi illegittima[24], massicciamente messa in pratica specialmente nell'*hotspot* di Lampedusa, appare di molto ridimensionata, almeno in Sicilia (vedremo come invece sia stata traslata nel cuore di alcune delle nostre città metropolitane). Ciò è avvenuto anche a seguito delle denunce di molte Ong[25] e dei ricorsi presentati da tanti avvocati siciliani, tra cui quelli della Cledu che, recandosi proprio a Lampedusa, dopo avere intercettato decine di migranti giunti a Palermo con un decreto di respingimento differito consegnato dalla Questura di Agrigento, avevano potuto comprendere le reali prassi poste in atto nel centro-*hotspot* della piccola isola. Era allora emerso con evidenza come i migranti, al momento della compilazione del "foglio notizie", non avessero minimamente compreso né i contenuti di quel documento né le conseguenze che avrebbe avuto, ed erano stati piuttosto indotti a firmarlo, come primo atto all'ingresso del centro, ancora attoniti e sfiniti dal viaggio in mare.

La prassi di preliminare smistamento sulla base della nazionalità, attuata nei centri- *hotspot*, appare però ad oggi superata soprattutto in conseguenza della forte diminuzione nel numero degli arrivi dovuta alle nuove politiche italiane nel Mediterraneo, dopo il *Memorandum* d'intesa con la Libia. Dati governativi riportano come al 19 febbraio 2018 "solo" 287 persone si trovassero in queste strutture: 18 nell'*hotspot* di Taranto; 84 in quello di Pozzallo, ad oggi vuoto, e 185 nell'*hotspot* di Lampedusa.

L'ultimo atto, almeno per il momento, della storia dei centri-*hotspot* in Sicilia è stata proprio la chiusura del centro di Lampedusa, dopo le gravissime denunce di Cild, Asgi e IndieWatch a seguito di un sopralluogo avvenuto nel mese di marzo 2018[26]. Le associazioni, i cui avvocati hanno in quell'occasione anche presentato un ricorso di urgenza alla Corte europea dei diritti umani, hanno denunciato «condizioni drammatiche di vita e sistematiche violazioni dei diritti umani (...) di migranti ospitati nel centro, ben oltre il termine di legge, anche da oltre due mesi, in un sistema detentivo de facto, congiuntamente a difficoltà ancora persistenti nel formalizzare la domanda di protezione internazionale»[27].

Un'ultima considerazione, relativa alle implementazioni arbitrarie del già controverso "approccio *hotspot*", riguarda quanto avviene, ormai da anni, a Milano, dove la Questura limita l'accesso alla domanda di protezione internazionale, anche per persone che sono state già inserite dalla Prefettura nei centri di accoglienza. Quando queste vengono convocate per il foto-segnalamento, infatti, viene loro riproposto il "foglio-notizie" utilizzato presso i centri-*hotspot*. Esattamente come descritto per Lampedusa, sulla base della compilazione di questo documento la polizia valuta quindi «in modo del tutto arbitrario, chi può accedere alla procedura e chi invece, ritenuto un migrante economico, deve essere allontanato dal territorio nazionale tramite notifica di un provvedimento di espulsione»[28]. Come hanno denunciato Asgi, Naga, Apn e la Diaconia Valdese, questa prassi opera in aperta viola-

23. A. Sciurba, *Categorizing migrants by disempowering the right to asylum. A focus on the Sicilian implementation of the "Hotspot approach"*, in *Etnografia e Ricerca Qualitativa*, 1, 2017.

24. Sui dubbi di illegittimità costituzionale del decreto di respingimento differito e sulla recente giurisprudenza che li prende in considerazione, cfr. P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal Questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte Costituzionale*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2018.

25. Cfr., ad esempio, Amnesty International, *Hotspot Italia. Come le Politiche dell'Unione Europea portano alla violazione dei diritti dei rifugiati e migranti*, 2016, e Oxfam, *Hotspot, rights denied*, 2016.

26. Asgi, *Chiuso l'hotspot di Lampedusa-CILD, ASGI e IndieWatch: Condizioni disumane e violazioni dei diritti umani*, 14 marzo 2018.

27. *Hotspot di Lampedusa. Cild, Asgi e IndieWatch: All'interno della struttura condizioni disumane e violazioni dei diritti umani*, Comunicato stampa del 9 marzo 2018.

28. Asgi, *La questura deve ricevere la richiesta di asilo, non valutarla,* 14 giugno 2017.

zione della ripartizione delle competenze tra questure e commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, arrogandosi le prime un ruolo che non compete loro, come espressamente affermato dall'art. 3 del d.lgs 25/08.

La simmetria tra le prassi attuate in centri "di frontiera", come Lampedusa, e quelle operate nel cuore di città metropolitane, come Milano, rende evidente la versatilità dell'"approccio *hotspot*" e la possibilità di una sua traduzione in contesti molto differenti, partendo sempre dall'assunto, sostanzialmente sbagliato e illegittimo, che si possano separare "richiedenti asilo" e presunti "migranti economici" sulla base di sbrigativi questionari, e che a farlo possano essere gli operatori di polizia, in frontiera come nelle questure.

2. 3 Gli accordi bilaterali e l'accesso all'asilo: storia di K.

Al di là e ben prima dell'approccio *Hotspot* lanciato dall'Ue nel 2015, l'esclusione automatica dall'accesso alla richiesta di asilo riguarda, in Italia, la maggior parte dei migranti che arrivano dai paesi del Maghreb con cui sono attivi accordi bilaterali di riammissione, oppure, come nel caso del Marocco, che hanno siglato *Mobility Partnerships* con l'Unione europea.

Sulla base di questi accordi, che rimangono prevalentemente non pubblici e subordinano agli interessi nazionali ogni considerazione relativa all'effettiva tutela dei diritti umani[29], i migranti del Nord Africa vengono di norma separati dagli altri già in fase di "sbarco".

Come ha osservato anche l'Alto Commissario Onu per i diritti umani rispetto agli accordi firmati tra l'Italia e la Tunisia e l'Italia e l'Egitto, i migranti che provengono da questi Paesi e che hanno fatto ingresso illegale sul territorio italiano sono inseriti in procedure spesso sbrigative che comportano, se identificati dai loro consolati e laddove sia disponibile un mezzo di trasporto, un respingimento nello Stato d'origine nell'arco di 48 ore dopo essere stati trattenuti in strutture chiuse *ad hoc* e temporanee, che non sono il più delle volte accessibili per avvocati e associazioni.

L'accordo tra Egitto e Italia vige ad esempio dal 2007, e da allora non sono mai cessati i rimpatri con procedura semplificata dei cittadini egiziani fermati al momento dello sbarco irregolare sul territorio italiano, e di fatto mai messi nelle condizioni di chiedere asilo, nonostante le ben documentate criticità, in quel paese, in termini di rispetto dei diritti umani[30].

Anche se formalmente l'Italia non ha mai adottato una lista di "Paesi sicuri", questa esiste dunque di fatto e determina da anni la possibilità, per i migranti, di chiedere o meno asilo a seconda del paese di provenienza.

Come ha sottolineato Amnesty International, l'introduzione dell'approccio *hotspot* ha solo consolidato il sistema per il quale i migranti provenienti da Paesi con cui esistono accordi bilaterali di riammissione sono direttamente individuati come espellibili, e quindi, quando è possibile, trasferiti direttamente in aeroporto o inviati presso i centri di identificazione ed espulsione[31], ora denominati Centri per il rimpatrio (Cpr).

Quando le espulsioni o la reclusione nei Cpr non si verificano, invece, l'esclusione dall'accesso alle procedure di asilo e la consegna dei decreti di respingimento differito ha come immediata conseguenza l'abbandono sul territorio di persone prive di risorse economiche e di un posto dove trovare ricovero. In questo caso, molti migranti cercano di lasciare la Sicilia per raggiungere le città del Nord Italia e, da lì, tentare il passaggio verso altri Stati dell'Unione europea. Molti restano invece sull'isola, ad affrontare la quotidianità con piccoli espedienti, o raggiungendo le campagne per impiegarsi come raccoglitori sfruttati. Anche questa possibilità, però, sembra sempre più preclusa dal fatto che molte aziende agricole preferiscano avere al loro servizio migranti regolari, come cittadini dei paesi più poveri dell'Ue[32], o richiedenti asilo e rifugiati[33], altrettanto disponibili allo sfruttamento, ma impiegabili senza il rischio di incorrere nelle sanzioni per l'impiego di lavoratori stranieri privi di permesso di soggiorno.

Una storia per tutte può aiutare a comprendere nel dettaglio come queste prassi vengano attuate in

29. E. Paoletti, Migration Agreements between Italy and North Africa: Domestic Imperatives versus International Norms, http://ffm-online.org/wp-content/uploads/2013/03/Migration-Agreements-between-Italy-and-North-Africa.pdf, 2012.

30. Cfr. Ad es. Amnesty international, *Rapporto Annuale 2017-2018, Medio-Oriente e Africa del Nord, Egitto*, 2018.

31. Amnesty international, 2016, cit., p. 11.

32. L. Palumbo e A. Sciurba, *Vulnerability to Forced Labour and Trafficking. The case of Romanian women in the agricultural sector in Sicily*, in *Antitrafficking Revue*, 5, 2015.

33. N. Dines e E. Rigo, *Postcolonial citizenship between representation, borders and the 'refugeeization' of workforce: Critical reflections on migrant agricultural labour in the Italian Mezzogiorno*, in S. Pozzonesi, e G. Colpani, G. (a cura di), *Postcolonial Transition in Europe: Contexts, Practices and Politics*, London, Rowman and Littlefield, 2015.

frontiera e quali ripercussioni concrete abbiano sulla vita delle persone.

L'8 novembre 2016, 1000 migranti furono sbarcati al porto di Palermo a seguito di un'operazione di *Save and Rescue*. Gli agenti dell'agenzia europea Frontex e di Easo (*European asylum support office*), applicando l'approccio *hotpost* insieme alla Polizia italiana, hanno proceduto alla pre-identificazione dei migranti, in gran parte svolta sulla banchina del porto, facendoli scendere dalla nave a gruppi di 100 per poi accompagnarli in questura per i rilievi fotodattiloscopici. Sulla stessa banchina, nel frattempo, succedevamo molte altre cose: sulla base dell'aspetto fisico e delle dichiarazioni rese, venivano separati i minori dagli adulti con l'ausilio di associazioni come *Save the Children*; gli operatori dell'Iom (*International organization for migration*) cercavano di identificare, più o meno sulla base degli stessi criteri, le potenziali vittime di tratta; e la polizia interrogava i migranti, anche minori, mostrando loro immagini da un telefono cellulare per individuare eventuali "scafisti".

L'indomani, al termine di tutte queste attività di identificazione e categorizzazione, rimanevano fuori dal porto e dal sistema di accoglienza 300 uomini, per lo più giovani e apparentemente Nord africani, con in mano un decreto di respingimento differito.

Quasi in processione, queste persone raggiungevano quindi la Stazione centrale di Palermo, alla ricerca di un treno verso il Nord Italia, nella speranza di poter raggiungere altri paesi europei. Moltissimi erano marocchini, ma tra loro vi erano anche egiziani e libici. La mediazione linguistica di un giovane ragazzo marocchino che conosceva il francese ha permesso agli operatori della Cledu, all'interno della stazione stessa, di riunire i migranti a piccoli gruppi e fare un'informativa di base sulla protezione internazionale. Un ragazzo, che chiameremo K., a quel punto, ha preso parola in arabo spiegando di avere cercato di comunicare alla polizia del porto la sua volontà di chiedere asilo, ma di non essere stato ascoltato: era di madre palestinese e padre egiziano, perseguitato per la sua origine palestinese in Egitto aveva inoltre disertato il servizio militare e rischiava pesanti ritorsioni se fosse stato rimandato indietro.

K. è stato quindi immediatamente preso in carico dagli avvocati della Cledu che hanno innanzitutto impugnato il suo decreto di respingimento. Nel ricorso si avanzava la richiesta, accettata da Tribunale col decreto di fissazione dell'udienza, di una misura cautelare che sospendesse l'esecutività del provvedimento. Questo decreto di respingimento, come tutti gli altri impugnati in quel periodo, è stato quindi annullato all'esito di un'istruttoria che lo ha riconosciuto illegittimo poiché prima di consegnarlo non era stato rispettato il dovere di informazione da parte delle autorità delle Stato, esplicitato nell'art. 8 della Direttiva 32/2013/Ue, in merito alla possibilità di presentare domanda di protezione internazionale. Dopo l'ottenimento della sospensione dell'esecutività del decreto di respingimento, nel momento in cui quindi non si rischiava più una valutazione della richiesta di protezione secondo una procedura accelerata, o la detenzione amministrativa del richiedente, K. aveva quindi chiesto un appuntamento alla Questura di Palermo per formalizzare la sua richiesta di protezione che, nel mese di gennaio 2018, è stata infine riconosciuta come fondata dalla Commissione territoriale. Questo lieto epilogo è dipeso però, in un certo senso, dall'arbitrio della sorte, e dal fatto che K. avesse incontrato un gruppo di ricercatori, avvocati e studenti che, come avviene anche in altre parti di Italia, conoscendo le disfunzioni del sistema di accesso alla richiesta di protezione internazionale cerca, dove può, di garantire un diritto che in molte occasioni è precluso. Migliaia di persone che hanno subito le stesse violazioni non hanno sicuramente avuto la stessa "fortuna" di K.

L'inserimento ritardato nelle procedure di asilo ha comunque avuto, come impropria e illegittima conseguenza che spesso si verifica in questi casi, l'esclusione di K. dal sistema di accoglienza. Chi non viene riconosciuto come richiedente asilo al momento dello "sbarco" resta infatti fuori dal circuito di accoglienza gestito dalle Prefetture. Solo a seguito di lunghe negoziazioni, e solo una volta e per un preciso elenco di migranti che avevano ricevuto decreti di respingimento differito poi annullati, la Cledu, in collaborazione con altre associazioni del territorio palermitano, è riuscita a garantire il loro inserimento in un Centro di accoglienza straordinaria (Cas).

3. Il limbo dei richiedenti asilo tra procedure e sistema di accoglienza

3.1. La registrazione della richiesta di protezione

Chi riesce ad accedere alle procedure di riconoscimento della protezione internazionale si ritrova solo all'inizio di un percorso lunghissimo ed estenuante. Nonostante la Direttiva 2013/32/Ue preveda, all'art. 6, che la registrazione debba avvenire entro 3, o al massimo 6 giorni lavorativi dopo la presentazione della domanda da parte del richiedente asilo, e tale previsione sia stata pienamente recepita nel nostro ordinamento, le tempistiche in Italia sono veramente molto diverse.

Proviamo a ripercorrere i vari passaggi procedurali.

Per chi è accolto nel sistema dell'accoglienza, la presentazione della domanda avviene tramite l'invio di un'email da parte degli operatori del centro alla Questura, con la quale si formalizza la richiesta di un

appuntamento ai fini della presentazione dell'istanza di protezione internazionale. È questo il primo momento in cui i tempi rischiano impropriamente di dilatarsi. A Palermo, per esempio, la Cledu ha incontrato vari richiedenti asilo che si trovavano da mesi in accoglienza in Cas che non avevano inviato alla Questura alcuna comunicazione e che hanno provveduto a farlo solo dopo sollecitazione da parte dei nostri avvocati. La stessa problematica si registra anche per centri di accoglienza presenti in altre città.

Chi non è incluso nel sistema di accoglienza deve invece recarsi personalmente in questura per manifestare la volontà di chiedere asilo, incorrendo nel rischio, qualora non riesca a esplicitare perfettamente questa intenzione e sia originario di uno di quei Paesi con cui esistono accordi bilaterali, di ricevere un decreto di espulsione e di essere trasferito in un Cpr. Per questa ragione, quando la persona è già entrata in contatto con realtà di sostegno legale territoriali, come la Cledu a Palermo, la richiesta di appuntamento per chiedere protezione internazionale viene messa per iscritto tramite Posta elettronica certificata inviata alla Questura. A tale comunicazione non segue solitamente alcun riscontro, motivo per il quale il richiedente dovrà comunque recarsi fisicamente presso l'ufficio di polizia per richiedere un primo appuntamento. Nonostante ciò, il fatto di avere in tasca una comunicazione ufficiale che riporti "nero su bianco" la sua volontà di chiedere protezione internazionale può rappresentare una forma di tutela, per quanto esigua, da eventuali abusi (come quelli già segnalati riguardo la prassi "*hotspot*" della Questura di Milano).

In varie questure italiane, è previsto poi un numero limitato di richiedenti asilo che possono presentarsi ogni settimana al fine di richiedere un primo appuntamento. Come si legge in un comunicato dell'Asgi, ad esempio, la Questura di Napoli, oltre a impedire l'ingresso ai legali rappresentanti dei richiedenti asilo, ha fino a tempi recentissimi previsto che solo un giorno a settimana un numero molto limitato di richiedenti potesse accedere ai locali per chiedere un appuntamento. La conseguenza, in modo molto simile a quanto accade ancora oggi Roma, è stata la creazione di accampamenti informali di fronte alla Questura di persone che dormivano per terra la notte prima del giorno in cui era possibile richiedere l'appuntamento, per potere rientrare nell'esiguo numero di "fortunati" autorizzati a farlo. Simili prassi, spiega l'Asgi, violano la normativa vigente che impone alle questure di ricevere e trasmettere la domanda di asilo alla commissione territoriale (artt.3 e 26 d.lgs 25/08), e comportano situazioni non «rispettose del decoro personale dei richiedenti»[34], che potrebbero prefigurare anche dei veri e propri trattamenti inumani e degradanti. Forse anche a seguito della lettera indirizzata alla Questura di Napoli, in cui Asgi prevedeva la possibilità di ricorrere alla Commissione Europea per l'apertura di una procedura di infrazione relativamente alla mancata esecuzione della già citata Direttive 2013/32/Ue[35], tale questura ha ad oggi adottato un sistema informatico attraverso il quale chiedere appuntamento per la formalizzazione della domanda di protezione internazionale. L'apposito portale è però funzionante solo per pochi minuti ogni settimana, e questo cambiamento non ha quindi minimamente inciso sui tempi di attesa dei richiedenti asilo.

Ricordiamo che tutto quanto appena detto riguarda solo le procedure volte ad ottenere un primo appuntamento per la formalizzazione della richiesta di asilo grazie al quale, tutto ciò che i richiedenti conquisteranno, è un ulteriore appuntamento, comunicato esclusivamente in forma verbale, che li rimanda a una data successiva, generalmente fissata dopo circa sei mesi, in cui avverrà il foto-segnalamento. In questa occasione, verrà quindi accordato un terzo appuntamento, in cui finalmente avverrà la vera e propria formalizzazione della richiesta di protezione attraverso la compilazione dell'apposito modulo denominato "Modello C3".

La compilazione del modello C3 prevede l'inserimento di una serie di informazioni personali, incluso i paesi attraversati e in quali date, che saranno la base di partenza dell'intervista presso la Commissione territoriale, circa sei mesi dopo la registrazione della domanda. Per i richiedenti asilo in accoglienza le questure adottano solitamente un documento, che potremmo definire "pre-C3" in cui gli operatori dei centri dovrebbero raccogliere le informazioni richieste. Questo lavoro dovrebbe essere svolto con molta perizia, ad esempio rispetto alla compilazione di campi quali la data di nascita, che spesso sono stati scritti frettolosamente nei documenti relativi alla prima identificazione al momento dello sbarco. È importante infatti che i dati vengano modificati, qualora siano sbagliati, affinché coincidano con quelli riportati nei documenti di identità in possesso del richiedente ed eventualmente recuperabili anche se rimasti nel Paese di origine o in quelli di transito. L'omissione di questa accortezza comporterà il fatto che tutti i documenti successivamente emessi in Italia (carta di identità, codice fiscale, ecc.) riporteranno dei dati sbagliati

34. Asgi, *ASGI alla Questura di Napoli: illegittimo limitare l'accesso ai richiedenti asilo e ai loro avvocati*, 11 ottobre 2017.

35. *Lettera inviata dall'Asgi alla Questura di Napoli il 27 settembre 2017.*

che dovranno comunque, e più faticosamente, essere corretti in seguito. Alcuni campi da riempire, inoltre, si rivelano particolarmente insidiosi, come quello in cui si chiede di specificare le ragioni della partenza dal Paese d'origine, o con quali risorse il richiedente pensa di sostenersi durante la propria permanenza in Italia. Alla prima domande un operatore accorto risponderà rimandando al momento più adeguato, quello dell'audizione in commissione, ogni informazione circostanziata. Rispetto alla seconda, invece, occorrerebbe sempre fare molta attenzione affinché ogni dichiarazione di volontà di cercarsi un lavoro e vivere con mezzi propri non sia fraintesa da chi ha il potere di decidere l'esito delle domande di protezione internazionale come un'ammissione delle ragioni "economiche" della propria scelta migratoria.

Dopo la compilazione del C3 il richiedente asilo dovrà quindi, ma finalmente con un documento in suo possesso, attendere la convocazione per l'audizione in commissione. I tempi di attesa arrivano in questa fase a sei mesi circa, almeno nelle Commissioni delle città metropolitane.

L'ultima nota da aggiungere a commento di questo sistema di rinvii e dilazioni è che le summenzionate procedure risultano complicate dalla richiesta di alcuni documenti che il richiedente asilo deve presentare: quali siano e in quali momenti vadano esibiti sono fattori che variano di questura in questura, elemento che sottolinea una mancanza di uniformità procedurale rilevante.

La dichiarazione di ospitalità può essere ad esempio richiesta al momento del secondo appuntamento, come avviene a Palermo, o del rilascio del permesso di soggiorno per richiesta asilo, come succede invece a Milano. Si rileva che per le persone che vivono fuori dall'accoglienza, spesso in situazioni abitative informali, non è semplice ottenere questo documento, e tale problematica, quando le questure non accettano domiciliazioni preso studi legali o associazioni, può arrivare a compromettere il corso della procedura.

La richiesta di esibire altri documenti può rendere particolarmente difficoltoso anche l'ottenimento di un permesso di soggiorno all'indomani della decisione della commissione territoriale. Qualora infatti non vengano riconosciuti al richiedente asilo lo status di rifugiato né la protezione sussidiaria, ma la commissione richieda comunque alla questura il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, alcune questure, come quella di Palermo, esigono a questo fine la presentazione di un certificato di residenza (non più quindi una semplice dichiarazione di ospitalità), e di un passaporto in corso di validità. Si sottolinea che, con ordinanza del 21 dicembre del 2017 il Tribunale ordinario di Palermo, Prima sezione civile, in composizione collegiale, ha accolto il reclamo presentato da un'utente della Cledu contro la decisione del medesimo Tribunale che, in prima istanza, aveva rigettato il suo ricorso *ex a*rt. 700 cpc volto ad assicurare nei suoi confronti gli effetti della decisione della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, opponendosi alla richiesta del passaporto da parte della questura. La suddetta ordinanza riconosceva, tra le altre cose, che la questura non ha alcun margine di discrezionalità valutativa in ordine alla sussistenza dei presupposti per il rilascio e il rinnovo di documenti di soggiorno relativi alla protezione internazionale, e che l'adempimento richiesto non è affatto previsto dalla normativa vigente[36]. Ciononostante, la Questura di Palermo non ha in nulla modificato il suo comportamento.

A prescindere dal fatto che si sia collocati o meno in un centro di accoglienza, a Palermo, come in altre grandi città quali Roma o Milano, la semplice formalizzazione e registrazione di una richiesta di asilo è quindi un percorso a ostacoli, che prevede un'attesa di circa 8 mesi, cui seguono almeno altri 6 per la convocazione in Commissione. In questo tempo, le persone rimangono sospese in un limbo giuridico che aggrava di molto la situazione di precarietà, *sub iudice* per antonomasia, in cui ogni richiedente asilo si trova già strutturalmente.

3.2. Le ripercussioni psicologiche e materiali

Il ritardo nella registrazione della domanda di protezione internazionale comporta un consequenziale ritardo nell'ottenimento del permesso di soggiorno per richiesta asilo, con l'effetto di lasciare le persone sprovviste di uno strumento indispensabile per fare valere molti dei loro diritti.

Per chi si trova incluso nel sistema dell'accoglienza questa criticità è solo in parte risolta dai servizi offerti dai Centri in cui si viene alloggiati. Anche in questo caso, infatti, occorre evidenziare prassi del tutto inadeguate, come quella, vigente a Palermo, per la quale le richieste di iscrizione al Servizio sanitario nazionale vengono inoltrate e accettate solo dopo la formalizzazione della richiesta di asilo, mentre fino a quel momento i richiedenti asilo vengono di norma registrati tramite codice Stp (straniero temporaneamente presente), come se fossero del tutto irregolari sul territorio e garantendo loro l'accesso solo alle prestazioni sanitarie urgenti. Senza un permesso di soggiorno non è neppure possibile procedere all'iscrizione anagrafica, e men che meno accedere al mercato

36. Melting Pot Europa, *La Questura non può chiedere il passaporto per il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, 9 gennaio 2018.

del lavoro stipulando un contratto, anche solo come tirocinante.

I tempi di attesa lunghissimi anche solo per ottenere il primo documento scritto che certifichi una posizione di regolarità in Italia, hanno inoltre delle ripercussioni psicologiche considerevoli, specialmente per chi (come la maggior parte dei richiedenti) ha già subito traumi nel paese di origine o in quelli di transito e per i tantissimi minori richiedenti asilo. Tali ripercussioni sono inoltre aggravate dall'inadeguatezza del sistema di accoglienza, che riflette un approccio strutturalmente emergenziale e continua a ribassare la qualità dei servizi offerti per tagliare i costi di gestione. La tendenza generale è quella di diminuire il numero dei centri afferenti allo Sprar (Sistema di protezione per Richiedenti asilo e rifugiati), per dirottare i fondi sui Centri di prima accoglienza (Cpa) o di Accoglienza straordinaria, che di straordinario, visto anche l'esiguo numero di arrivi nell'ultimo anno per le ragioni già evidenziate, hanno ormai, in molti casi, solo l'inadeguatezza dei servizi offerti. Questi centri, inoltre, si trovano spesso lontani dagli aggregati urbani. La mancanza di posti nei centri Sprar, che sarebbero quelli dove i minori dovrebbero essere collocati, determina anche per loro una lunghissima permanenza nei Cpa, che invece di limitarsi al massimo di 30 giorni previsti dalla Legge 47/2017 (la cosiddetta Legge Zampa), arriva a durare anche per più di 12 mesi.

Alla luce di tutto questo, non è difficile comprendere come mai decine di migranti si siano presentati in questi anni presso lo sportello della Cledu, riportando denunce penali sporte dagli operatori dei centri per proteste e manifestazioni nel corso delle quali le richieste più frequenti erano l'accesso a informazioni chiare sulle loro procedure di asilo, o l'acceso a servizi minimi adeguati e il trasferimento in centri situati in contesti urbani[37].

Tra di loro, molti erano minori, sotto processo con capi di imputazione anche gravi, come sequestro di persona e rapina, a seguito di episodi che manifestavano chiaramente situazioni di disagio aggravate dall'incertezza rispetto alle loro procedure di richiesta di protezione. È molto difficile, infatti, costruirsi un percorso di inclusione, studiare, imparare l'italiano, immaginare il proprio futuro, quando non si ha nessuna sicurezza nemmeno del fatto che un giorno si potrà ottenere un titolo di soggiorno stabile nel paese in cui ci si trova.

Tre minori, N., A. ed L., ad esempio, dopo essere rimasti in un centro di prima accoglienza alla periferia di Palermo per mesi, senza che nessuno rispondesse alle loro richieste di informazioni, hanno sottratto il cellulare della responsabile dopo avere chiuso a chiave la porta del suo ufficio, per poi chiamare ingenuamente la polizia chiedendo di correre lì portandogli i loro documenti. Il loro procedimento penale è ancora in corso.

Queste denunce comportano quasi sempre la revoca dell'accoglienza su tutto il territorio italiano. Nonostante sia possibile impugnare i provvedimenti di revoca, e la Cledu lo abbia fatto in più occasioni ottenendone l'annullamento, le persone che ne sono destinatarie devono comunque, in attesa dell'esito del processo, lasciare il centro ritrovandosi per strada. Denuncia e consequenziale revoca possono diventare quindi uno strumento di ricatto affinché i richiedenti asilo accettino anche condizioni di accoglienza lesive della dignità umana. Le denunce sporte dagli operatori dei centri, inoltre, anche quando si risolvono in un'assoluzione nel corso del procedimento penale, sono di solito valutate molto negativamente in sede di Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, arrivando a volte a compromettere l'esito dell'audizione.

A fronte di tutto quanto appena detto, appare singolare che, con l'emanazione della legge 46/2017 (che converte il d.lgs 13/2017, cosiddetto decreto Minniti-Orlando), invece che intervenire su questa lunghissima fase stragiudiziale, al fine di "semplificare" le procedure di riconoscimento della protezione internazionale, si sia scelto di abolire un grado di giudizio, ovvero la possibilità di ricorrere in Corte d'appello, per il richiedente asilo cui è respinta la domanda dalla Commissione territoriale, violando, rispetto alla possibilità di tutela di un diritto umano fondamentale, l'articolo 3 della Costituzione italiana.

4. L'audizione in Commissione e la "credibilità" del dolore

Negli ultimi quarant'anni, in Europa, si è perfezionato quello che Jerome Valluy ha definito »il giudizio tecnocratico dell'esilio»[38], ovvero quel sistema di valutazione delle storie dei richiedenti protezione internazionale consolidato intorno a una serie di criteri ritenuti validi a orientare un esame oggettivo dei racconti, in termini di rispondenza con i parametri indicati dalla normativa internazionale e nazionale rispetto al riconoscimento dello status di rifugiato,

37. Emblematico è il caso delle serie di manifestazioni organizzate dai richiedenti asilo negli ultimi anni presso il Cas di Isnello, in Provincia di Palermo: si tratta di una baita di montagna che dista svariati chilometri a piedi dal primo luogo abitato, dove decine di giovani uomini vivono privati di ogni servizio, a partire da un sistema di riscaldamento adeguato.

38. J. Valluy, *Reject des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*. Paris, éditions du croquant, 2009.

della protezione sussidiaria, o di quella per motivi umanitari. Questi criteri riguardano le condizioni dei Paesi di origine, le vicissitudini personali del richiedente, ma anche, preliminarmente, la definizione di cosa sia considerata una "persecuzione", un "pericolo", un "serio rischio". Ad essere valutata, soprattutto, è però la "credibilità"[39] del richiedente asilo, per come può emergere nel corso di un'intervista che dura in media quaranta minuti e che procede per domande standardizzate.

In termini teorici, questa sorta di tecnica valutativa può essere considerata una materializzazione emblematica della relazione tra potere, conoscenza e «tecnologia», che secondo Michel Foucault, opera per «produrre» specifici soggetti piuttosto che altri[40]. Didier Fassin, in questa prospettiva, considera la crescente «perdita di credibilità dei richiedenti asilo», e il consequenziale aumento del numero dei dinieghi di richieste di protezione, come una conseguenza delle «crescenti restrizioni sull'immigrazione volte a limitare l'accesso dei migranti non europei al mercato del lavoro»[41].

Al di là di questo tipo di considerazioni[42], vale la pena descrivere criticamente e in via generale le modalità di svolgimento dell'audizione presso le Commissioni territoriali, gli elementi che sembrano orientare l'esito della decisione finale, e, rispetto a questo momento fondamentale del suo percorso, il tipo di supporto legale che può essere utile fornire al richiedente asilo.

Iniziamo col dire che tra le attività della Cledu la "preparazione" dell'audizione presso la Commissione territoriale è una delle più significative in termini quantitativi e qualitativi, rispetto all'impegno che richiede e alla potenziale incidenza sulla sorte dei richiedenti in questa fase stragiudiziale. L'attività consiste, preliminarmente, nel corso di un primo colloquio col richiedente, nel fornire una descrizione generale, che non sempre è già stata offerta con precisione, sulle tipologie di protezione che la Commissione potrà concedere a partire dalla storia che si troverà ad ascoltare. Nello specifico, viene spiegato quali informazioni fornite dal richiedente potranno essere considerate rilevanti dalla Commissione, ma anche in quale modo essa si aspetta che tali informazioni vengano fornite rispetto, ad esempio, alla coerenza e all'accuratezza dei dettagli.

Si procede poi illustrando al richiedente la possibile composizione della Commissione, e precisando che, seppure di fronte a estranei, sarà necessario raccontare con completezza gli episodi per quella sede significativi della propria vita. L'essere a conoscenza dei criteri che la narrazione dovrà seguire e del tipo di domande che verranno fatte per metterne alla prova la veridicità, può rivelarsi indispensabile per evitare che i richiedenti asilo, assorti nello sforzo di raccontarsi, rimangano spiazzati dagli interrogativi posti da interlocutori che potranno avere atteggiamenti anche molto diversi a seconda dei casi (ricordiamo che solitamente solo un membro della Commissione, che può essere un esponente dell'Acnur, un agente delle forze di polizia, come un assistente sociale indicato dall'amministrazione locale, conduce il colloquio).

È solitamente necessario più di un incontro per entrare poi nel merito delle singole storie.

Si tratta infatti, molte volte, innanzitutto di rimettere ordine nel dolore, aiutando i richiedenti a raccontare le violenze subite nell'arco di mesi, anni, e a volte di una vita intera, tenendo presente, come spiega Paul Ricoeur, «gli sconvolgimenti del raccontare» linearmente una sofferenza che invece, di norma, «si manifesta come rottura del filo narrativo, come conseguenza di una concentrazione estrema, di una focalizzazione puntuale sull'istante»[43].

Molti ricordi possono essere stati temporaneamente rimossi, altri rimangono confusi, di altri ancora è semplicemente troppo difficile parlare. Il fatto che il richiedente asilo possa ricostruire questa memoria in un ambiente protetto, prendendo il tempo necessario, di fronte a persone di cui ha imparato a fidarsi, può rendere meno faticoso lo sforzo di restituire la propria storia per la prima volta direttamente in commissione. Alcuni dettagli, inoltre, come le date esatte in cui gli episodi raccontati sono avvenuti, sono spesso complicati da ricostruire per persone che a volte non conoscono con esattezza neppure la propria data di nascita, come è il caso di molti giovani afghani, ma anche di tanti migranti africani che provengono da aree rurali e hanno una bassa scolarizzazione. La stessa costruzione narrativa, ordinata secondo la cronologia lineare, prevista dal tipo di intervista condotta dalle commissioni, non risponde spesso alla forma organizzativa del discorso narrativo propria

39. Acnur (Unhcr), *Beyond Proof - Credibility Assessment in Eu Asylum Systems*, 2013.

40. M. Foucault, *Il faut défendre la société*. Cours au Collège de France *(1976-1977)*, Gallimard, Paris, 1997, p. 27

41. D. Fassin, *The Precarious Truth of Asylum*, in *Public Culture* 25, 1, p. 48.

42. Su questo punto mi permetto di rimandare a Sciurba, A., *Misrecognizing Asylum. Causes, modalities and consequences of the crisis of a fundamental human right*, In *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1, 2017.

43. P. Ricouer, *La sofferenza non è il dolore*, in F. Scaramuzza (a cura di), *Dall'attestazione al riconoscimento. In ricordo di Paul Ricouer*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2016.

della cultura dei paesi di origine di molti richiedenti.

Accade, inoltre, che questi ultimi non abbiano neppure contezza di avere subito forme di abuso, e non riescano quindi a mettere in evidenza nell'esposizione della loro storia episodi che invece la Commissione considera particolarmente indicativi. Chi ha sempre vissuto come parte della propria quotidianità arresti arbitrari e violazioni del principio dell'*habeas corpus*, ad esempio, potrebbe ometterli dal proprio racconto non identificandoli come una violazione grave o un pericolo attuale in caso di ritorno in patria. O ancora, chi ha lasciato il Paese di origine perché la famiglia non riusciva più a mantenersi con un'agricoltura di sussistenza, non sempre saprà riferire che ciò è accaduto, ad esempio, a seguito dell'esproprio illegittimo delle terre da parte del Governo, come per decenni è successo in Gambia, o che magari in quell'occasione è stato anche eseguito l'arresto di fratelli o genitori che hanno provato a resistere al sopruso.

A volte le violenze subite hanno lasciato segni evidenti sui corpi, ed è importante che le cicatrici o le menomazioni vengano valutate da medici che hanno le competenze adeguate per riscontrare e certificare le cause che le hanno prodotte, si tratti di segni di tortura o di mutilazioni genitali femminili. Questo tipo di certificazioni possono avere un grande rilievo in sede di Commissione, così come possono averlo vecchie fotografie recuperate, articoli di giornale, o tessere di partito: tutti documenti il cui reperimento comporta il più delle volte un grande sforzo emotivo, oltre che una certa difficoltà materiale.

Capita anche che i richiedenti asilo, a seguito di confronti con altri migranti che hanno ottenuto esito positivo alla richiesta di protezione, "rinuncino" alla verità della loro storia e raccontino quella di altri, pensando che possa rispondere maggiormente alle aspettative della Commissione. Può essere fondamentale quindi, il fatto che un operatore legale, fino all'ultimo momento, aiuti a comprendere il valore del "dire la verità", non come parametro etico, ma come la scelta che più garantisce probabilità di successo. Difficilmente, infatti, - nonostante molti Paesi di provenienza vengano ritenuti in via generale sicuri, e questa prevalutazione possa orientare significativamente le decisioni della Commissione-, la storia di un migrante contemporaneo che ha attraversato illegalmente le frontiere d'Europa non contiene alcun elemento rilevante ai fini del riconoscimento di una forma di protezione.

Anche rispetto alla situazione del proprio Paese di origine, è importante che il richiedente sappia che potranno essergli rivolte domande, a prescindere dal suo livello di istruzione e dal contesto sociale in cui ha vissuto, volte ad appurare la sua conoscenza del contesto socio-politico di provenienza, e che di questo contesto la Commissione ha già un'idea chiara, formata sulla base di alcuni Rapporti internazionali che sembra considerare come fonti attendibili per valutare ogni posizione individuale. Un recente diniego dello *status* di rifugiato a Palermo, ha riguardato ad esempio una donna obbligata al matrimonio forzato che non è stata creduta perché all'epoca aveva 28 anni, mentre nel suo Paese d'origine questa usanza è prevista per ragazze molto più giovani. A nulla sono servite le tante fotografie che la migrante aveva faticosamente recuperato della cerimonia, e quelle di se stessa, che invece aveva sempre portato con sé, col viso tumefatto in momenti diversi nel corso di anni, a causa delle violenze subite dal marito e dagli altri familiari a fronte dei suoi tentativi di ribellione.

In relazione al vissuto nei Paesi di transito o in quelli di arrivo, inoltre, occorre che il richiedente asilo sappia fino a che punto e secondo quali criteri le sofferenze patite in contesti come quello libico possano essere tenute in conto nelle valutazioni della commissione, o quale tipo di percorso di "integrazione" sia significativo provare di aver perseguito o stare perseguendo in Italia, portando con sé certificati e relazioni da allegare alla documentazione fornita.

È fondamentale, infine, che il richiedente asilo sia provvisto anche di informazioni meramente "tecniche", come quella relativa all'importanza di prestare particolare attenzione, al termine dell'intervista, alla lettura del verbale che sarà in un secondo momento l'unico oggetto di valutazione collegiale da parte della Commissione, o al fatto che tale verbale possa essere integrato o modificato prima di firmarlo, o alla possibilità, e alle conseguenze, di cambiare le proprie generalità in sede di audizione, o ancora al diritto, qualora l'interprete non fosse adeguato, di esigerne un atro anche se ciò comportasse il rinvio dell'audizione a una nuova data.

Essere in possesso di questo "sapere", da parte del richiedente asilo, può riportare un equilibrio all'interno di un colloquio che per forza di cose non vede i dialoganti in situazione di parità.

Nonostante ciò, il momento dell'audizione, atteso quasi sempre per più di un anno nelle condizioni di disagio precedentemente evidenziate, rimane il più delle volte una fonte di ansia e paura che possono compromettere, in quel frangente, la capacità di raccontare anche le storie più solide e rispondenti ai criteri richiesti per l'ottenimento della protezione. Per questa ragione, la Cledu ha ad esempio scelto che i suoi avvocati accompagnino in commissione richiedenti asilo particolarmente vulnerabili o che rischiano di subire, per il fatto stessa dell'intervista, forme di vittimizzazione secondaria.

La storia di F., 16 anni, fuggito dal Gambia per via del proprio orientamento sessuale, per il quale avrebbe potuto subire il carcere a vita, ne è un esempio. Di fronte al suo racconto dell'amore per M., coetaneo

col quale era scappato e di cui aveva perso le tracce al momento della partenza dalla Libia, le domande della Commissione erano state le seguenti: «Ma lei che sentimenti provava per M.? Come vi siete conosciuti? Quanto tempo è durata la vostra relazione? Dove vi vedevate? Come trascorrevate il vostro tempo insieme?». E ancora: «Vuole raccontarmi il percorso che l'ha portata a comprendere il suo orientamento sessuale?» Mi può spiegare cosa intende con: «ho capito che non sentivo dentro di me di non essere un uomo? É mai stato oggetto di discriminazione ovvero di stigmatizzazione a causa del suo orientamento sessuale? Può farmi degli esempi di episodi di forme di stigma sociale e di discriminazione?».

È possibile chiedersi se questi siano interrogativi appropriati da porsi a un minore in assenza di un supporto psicologico e in una sede come quella della Commissione territoriale. E appare legittimo interrogarsi sul come avrebbe potuto, un ragazzino semi-scolarizzato proveniente da una zona rurale del Gambia avere contezza di cosa sia una stigmatizzazione sociale e portarne degli esempi.

F. ha ricevuto un diniego dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria motivato soprattutto dal fatto di non avere fornito «informazioni sufficientemente plausibili circa il percorso che lo avrebbe portato a prendere coscienza di sé né del proprio vissuto all'interno della propria comunità».

Il ricorso è ad oggi pendente.

Conclusioni

L'intervento legale in particolar modo nella fase stragiudiziale, ma non solo, dovrebbe sempre implicare un approccio interdisciplinare, capace di prendere in carico le persone rispetto alle loro storie di vita, alle loro condizioni di salute fisica e mentale, al contesto in cui sono inserite[44]. Ciò è tanto più vero oggi, quando si interviene sui percorsi giuridici dei richiedenti asilo: dopo aver superato vissuti e viaggi traumatici, essi sono sempre più soggetti a una sorta di "diritto parallelo" che rischia di subordinare il rispetto dei diritti a presunte esigenze di sicurezza in un'ottica emergenziale. In questo contesto, le procedure per il riconoscimento della protezione internazionale diventano una vera e propria corsa a ostacoli che non tutte le persone riescono a superare anche solo fino al traguardo dell'audizione in commissione, che si rivela anch'essa una prova che molti richiedenti non hanno gli strumenti per affrontare.

Per queste ragioni, risulta prezioso il lavoro di chi fornisce supporto legale gratuito ai richiedenti asilo, specialmente in una fase stragiudiziale in cui nessun accesso al gratuito patrocinio è previsto, e i centri di accoglienza non hanno il più delle volte personale dalle competenze adeguate a fornire questo servizio.

Rappresenta però un dato allarmante il fatto che questo tipo di interventi "dal basso" siano a volte l'unico strumento per garantire il reale accesso a un diritto che dovrebbe essere universale, e quindi mai discriminatorio nella sua implementazione; un diritto, per di più, come ricordato all'inizio di questo contributo, che può definirsi il punto di tenuta della concezione stessa dei diritti umani.

In questo senso, la sofferenza del diritto d'asilo nell'Italia contemporanea, ma lo stesso può dirsi per tutti gli altri paesi europei (con situazioni anche più critiche come quelle che si registrano nell'Europa dell'Est), dovrebbe essere considerato, trasponendo una metafora usata da altri autori rispetto al tema della "razza" e del razzismo[45], come l'agonia del «canarino del minatore», mandato in sacrificio per verificare la presenza di gas nocivi nella miniera. La sua sofferenza preannuncia che l'aria potrebbe presto diventare irrespirabile per tutti.

44. J. Frank, *Both Ends Against the Middle*, *University of Pennsylvania Law review*, 100, 1951.

45. G. Torres e L. Guinier, *Il canarino del minatore e la nozione di political race*, in K. Thomas e G. Zanetti, *Legge, Razza e Diritti*, Reggio Emilia, Diabasis, 2005.

Audizione e valutazione di credibilità del richiedente davanti alla Commissione territoriale

di *Fabrizio Gallo*

È possibile avviare un confronto dialettico, nell'analisi di una domanda di protezione internazionale, nella fase amministrativa, senza necessario intervento della difesa tecnica? L'articolo tenta di rispondere alla domanda partendo dall'esame della struttura organizzativa dell'autorità decidente amministrativa italiana, mettendola a raffronto con i principali modelli europei, il tedesco, il francese e l'inglese e provando a valorizzarne le peculiari caratteristiche. Si analizzano, inoltre, gli strumenti utilizzati nella ricerca della verosimiglianza delle dichiarazioni del richiedente, inquadrandoli in un modello strutturato, concepito da Easo (*European asylum support office),* sulla base di un'esperienza internazionale pluridecennale in materia. Nella conduzione delle interviste, si utilizza il *metodo dialogico di comunicazione* (Dcm), messo a punto da studiosi norvegesi ed articolato in otto fasi che vanno dalla preparazione al colloquio personale fino alle eventuali azioni di *follow-up*. Nella valutazione degli elementi di prova, vengono invece illustrati i criteri di giudizio sulla credibilità (coerenza interna e coerenza esterna) ed i parametri relativi all'esame dei documenti (rilevanza, esistenza, contenuto, forma giuridica, aspetti esteriori e precisione). A proposito della valutazione dei documenti, si pone in luce la rilevanza del Protocollo di Istanbul e delle Linee guida, approvate dal Ministero della salute ad aprile 2017. In conclusione, si dà conto di alcune direttrici concrete di ampliamento degli strumenti istruttori in uso alle Commissioni territoriali, che possono portare, nel procedimento, nuovi punti di vista, e si getta uno sguardo all'assetto innovativo, ormai prossimo, determinato dai mutamenti organizzativi disposti con il d.lgs 22 dicembre 2017, n. 220.

1. Lo strano caso delle Commissioni territoriali (uno sguardo in giro per l'Europa)

Non sono solito scrivere in prima persona. Una remota educazione borghese mi ha insegnato a nascondere la concreta materialità dell'*esser-ci* dietro l'impersonalità della terza persona. Tuttavia, devo derogare alla suddetta regola implicita per ricordare gli albori dell'esperienza dell'esame amministrativo delle domande di *status* di rifugiato in Italia. In particolare, mi riferisco ad una stagione durata un paio d'anni, fra il 2001 ed il 2002, quando, sotto il vigore della Legge Martelli e l'avvio dell'*iter* parlamentare che avrebbe portato alla Legge Bossi-Fini, l'organo amministrativo all'epoca competente per l'esame delle domande, la Commissione centrale per lo *status* di rifugiato, si muoveva lungo la Penisola, soprattutto al Sud, teatro degli sbarchi, nel tentativo di decidere velocemente le istanze delle persone ospitate nei centri governativi di accoglienza.

Proprio in occasione di alcune di quelle attività extra-Urbe condotte dalla Commissione, ebbi modo di verificare come fosse ritenuta del tutto estranea alla procedura di riconoscimento la presenza del procuratore del richiedente ed il suo intervento in audizione. Fin da allora, mi pareva che un tale atteggiamento non fosse utile né opportuno.

Da quel tempo, molte cose sono cambiate ed ora il diritto all'assistenza ed alla rappresentanza

legale è esplicitamente riconosciuto dalla vigente normativa derivante dal diritto europeo[1]. Il richiedente ha infatti diritto a farsi assistere da un avvocato fin dalla fase amministrativa. Tuttavia, l'onere derivante da tale attività ricade sullo stesso cittadino straniero. Non è infrequente, perciò, vedere, nei corridoi e nelle aule degli uffici delle Commissioni territoriali, avvocati che accompagnano i propri clienti ed anzi, il fenomeno è gradatamente in crescita. È pur vero, però, che, in assenza di previsione di un gratuito patrocinio anche in fase amministrativa, la difesa tecnica possa non esserci in numerosi procedimenti.

Che vi fosse un rischio di una visione unilaterale delle questioni da affrontare e decidere nell'ambito della protezione internazionale, era chiaro al legislatore fin dalla istituzione delle nuove autorità decidenti, le Commissioni territoriali, per la prima volta previste e regolate dalla l. 30 luglio 2002, n. 189 e dal dPR 16 settembre 2004, n. 303. Proprio per questa ragione, la composizione di tali organi è, in qualche modo, sorprendente e costituisce un unicum in Europa, con una sola, molto interessante, eccezione.

Ma andiamo per ordine. Per scoprire la singolarità della strutturazione delle Commissioni territoriali, occorre dare un'occhiata oltre le Alpi, alla scoperta delle organizzazioni degli uffici analoghi negli altri Stati membri dell'Unione europea.

In linea di massima, possiamo individuare tre modelli di organizzazione. Il primo è quello tedesco, adottato anche in Austria, il secondo è di matrice francese, rinvenibile anche in Belgio, il terzo è quello inglese.

L'Ufficio federale per la migrazione ed i rifugiati (*Bundesamt für migration und flüchtlinge - Bamf*), è l'autorità tedesca competente per le decisioni in materia di protezione internazionale. Si tratta di una struttura nata nel 1946, alla fine della seconda guerra mondiale, allo scopo di dare accoglienza agli stranieri senza alloggio o sfollati, in una prima fase originari della Lituania e dell'Estonia[2].

La struttura del Bamf si caratterizza per la presenza, accanto ad un'articolata sede centrale, di un'organizzazione periferica con 22 uffici decentrati, localizzati in tutti i Länder del Paese[3].

Il Bamf è un'autorità federale, sotto il controllo del Ministero federale dell'interno. Negli uffici decentrati, si conduce la procedura, con l'elaborazione delle domande, l'audizione e la decisione sui casi più complessi. Ci sono poi dei "*Centri di decisione*" dove vengono assunti provvedimenti relativi a richiedenti già sentiti in precedenza. Si tratta di casi concernenti richiedenti provenienti da Stati non sicuri, come la Siria, l'Iraq e l'Eritrea.

I decisori del Bamf fanno parte integrante del servizio. I loro compiti sono essenzialmente quelli di condurre l'audizione e di assumere la decisione. Fra i requisiti necessari per potere essere assunti in quel ruolo, si annoverano la conoscenza approfondita del diritto dei rifugiati e dell'immigrazione così come della situazione politica dei Paesi di origine dei richiedenti.

Il sistema decentrato tedesco è ampiamente riprodotto in Austria. L'Ufficio responsabile per la protezione internazionale è l'Agenzia federale per l'immigrazione e l'asilo (*Bundesamt für fremdenwesen und asyl* - Bfa). Si tratta di un'Autorità federale che si rapporta direttamente al Ministro federale dell'interno. La struttura centrale (Direttorato) è collocata a Vienna e ci sono direttorati regionali (Rd) in ogni provincia[4].

Il Bfa, dal 1 gennaio 2014, è responsabile per la decisione amministrativa sulle domande di protezione internazionale, per il permesso di soggiorno sui motivi eccezionali umanitari ed anche per alcuni altri procedimenti relativi a cittadini stranieri.

Nell'organizzazione interna, il funzionario che conduce l'audizione non è competente all'adozione della decisione.

Un altro modello di organizzazione delle autorità decidenti amministrative è quello imperniato sull'esperienza francese. L'Ufficio francese per la protezione dei rifugiati e degli apolidi (*Office français de protection des réfugiés et apatrides* - Ofpra) è una struttura pubblica istituita con legge del 25 luglio 1952. L'organismo è stato posto sotto la tutela amministrativa del Ministero degli esteri sino al 2007. Successivamente, è stato collocato sotto la vigilanza del Ministero dell'interno. Il rapporto che lega le due entità è relativo ai soli aspetti finanziari e amministrativi mentre è del tutto preservata l'indipendenza funzionale dell'Ofpra. La tutela è regolata da un contratto sugli obiettivi e sui servizi (*Contrat d'objectifs et de performance* (Cop)[5].

1. Art. 16, d.lgs 28 gennaio 2008, n. 25.
2. V. Bamf, *Chronical*, in www.bamf.de.
3. V. Bamf, *Structure*, in www.bamf.de.
4. Bfa, *Asylum procedure*, p. 4, in www.bfa.gv.at.
5. Ofpra, *Présentation générale*, in www.ofpra.gouv.fr/fr/l-ofpra/presentation-generale.

L'Ufficio, che ha sede a Fontenay-sous-Bois, ha un'organizzazione centralizzata, con la sola eccezione di un'articolazione situata nella Guyana francese, competente per le domande d'asilo presentate nei dipartimenti francesi in America. La struttura di valutazione e decisione si articola su sei divisioni, raggruppate in due poli, uno specializzato su Americhe ed Africa, l'altro su Europa ed Asia[6].

Tutte le audizioni personali sono svolte da funzionari della protezione dell'Ofpra. Il verbale dell'audizione e lo schema di decisione sono poi sottoposti al dirigente della sezione. Da settembre 2013, è stato avviato un procedimento per la delega della firma, allo scopo di accelerare i tempi dei procedimenti[7].

Il sistema organizzativo del Belgio può essere fatto rientrare in quello che abbiamo definito come modello francese. Il Commissariato generale per i rifugiati e gli apolidi (Cgra - *Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides)* è l'autorità centrale amministrativa responsabile per l'esame e la decisione delle prime istanze di protezione internazionale. Pur essendo vigilato dal Ministero per l'asilo e la migrazione, d'intesa con il Ministero dell'interno, il Cgra è indipendente e non è soggetto ad istruzioni da parte dei competenti ministeri, fatti salvi alcuni aspetti organizzativi e alcune questioni relative ai casi da esaminare con priorità[8]. Anche la struttura decisionale del Cgra è articolata su sezioni geografiche, attualmente nel numero di sei, dedicate a Africa, Balcani, Medio Oriente/Asia, Congo, Europa dell'Est, ed a progetti specifici. Il funzionario istruttore, in quel sistema, è responsabile della valutazione della credibilità e delle valutazioni relative all'inclusione. La decisione finale spetta al Commissario generale. La competenza alla decisione, tuttavia, può essere delegata. L'art. 57, c. 9, della l. 15 dicembre 1980 (sull'accesso al territorio, il soggiorno, lo stabilimento e l'allontanamento degli stranieri) prevede che la decisione sulle domande possa essere assunta, per delega, anche dagli aggiunti del Commissario generale e dal personale del Commissariato appartenente, come minimo, alla classe A3.

A suo modo peculiare è il sistema del Regno unito, in cui l'ufficio competente alla valutazione ed all'esame delle domande di protezione internazionale è incardinato direttamente nella struttura del Governo. Si tratta dell' *Asylum intake and casework directorate,* inserito nell'*UK Visas and immigration* che costituisce un dipartimento del *Secretary of State for the Home department (Home office)*. I *caseworkers* dell'*Home office* sono responsabili per la conduzione delle audizioni e per l'assunzione delle decisioni, anche se non sempre si tratta della stessa persona per un caso determinato. L'autorità amministrativa in questione si articola su uffici regionali, competenti ad assumere le decisioni nelle procedure ordinarie[9].

A fronte di tre modelli organizzativi, quello tedesco, incentrato su un'agenzia vigilata dal Ministero dell'interno e basata su strutture decentrate nei Länder, quello francese, anch'esso fondato su un'agenzia ma accentrato in una sede unica articolata per sezioni geografiche e quello britannico, in cui l'ufficio competente è inserito direttamente nella struttura del Ministero dell'interno ed opera attraverso uffici regionali, l'elemento comune deriva dal fatto che il personale competente alla valutazione e decisione delle domande è alle dirette dipendenze dell'ente a cui è affidata la funzione pubblica relativa alla protezione internazionale.

2. Peculiarità dell'organizzazione italiana

La situazione italiana si caratterizza, rispetto ai modelli sopra indicati, per la particolare composizione dell'organo di decisione. È infatti noto che le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, fin dalla loro istituzione, avvenuta con l'art. 32, l. 30 luglio 2002, n. 189, sono organi collegiali composti da quattro membri, di cui due sono riconducibili al Ministero dell'interno (il presidente, appartenente alla carriera prefettizia, ed un funzionario della Polizia di Stato) mentre gli altri due sono espressione dell'Unhcr e del mondo degli enti locali. Peraltro, anche la Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato, organo cui era affidata la competenza decisoria sulle prime istanze antecedentemente alla l. 30 luglio 2002, n. 189[10], aveva al suo interno un componente dell'Unhcr, sia pure con funzione esclusivamente consultiva.

In qualche modo, quindi, è possibile dire che il legislatore ha inteso portare una sorta di confronto contradditorio fin nelle stanze riservate della decisio-

6. Ofpra, *Organisation*, in www.ofpra.gouv.fr/fr/l-ofpra/organisation/les-divisions-geographiques.

7. Ofpra, *Decision*, in www.ofpra.gouv.fr/fr/asile/l-instruction-des-demandes-de/la-decision.

8. Aida, *Country Report: Belgium*, pp. 18 e 19, in www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_be_2017update.pdf.

9. Indipendent chief inspector of borders and immigration, *An inspection of asylum intake and casework*, London, 2017, p. 10.

10. Il quadro normativo precedente era costituito, nel campo dello *status* di rifugiato, dal dl 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39 e dal dPR 15 maggio 1990, n. 136.

ne, attraverso una composizione plurale dell'autorità amministrativa decisoria che non ha paragoni nel resto d'Europa, in questo modo sopperendo ad un quadro normativo che non prevede la necessità della difesa tecnica nella fase amministrativa. Come precedentemente detto, infatti, l'art. 16 del d.lgs 28 gennaio 2008, n. 25, prevede che il cittadino straniero possa farsi assistere, ma a proprie spese, da un avvocato. Esiste quindi la possibilità della difesa tecnica ma non la necessità ed inoltre non è previsto, nella suddetta fase amministrativa, il patrocinio a carico dello Stato.

In maniera singolare, l'unico esempio in Europa di un organismo a composizione plurale non si trova nella fase amministrativa ma in quella giudiziale.

La Corte nazionale del diritto d'asilo (*Cour nationale du droit d'asile* - Cnda) è l'organo giudiziario incaricato di decidere i ricorsi presentati contro le decisioni amministrative dell'Ofpra. Detto giudice è il successore della *Commission des recours des réfugiés*, istituita con L. n. 52-893 del 25 luglio 1952. Assunta poi l'attuale denominazione, la *Cour nationale du droit d'asile* è stata collocata nell'ambito del *Conseil d'Etat*, a partire dal 1° gennaio 2009.

La particolare evoluzione storica di quell'istituto ha fatto parlare di un'*identità fluttuante* dell'organismo ed infatti la funzione giurisdizionale dello stesso non è citata nella legge istitutiva predetta. La peculiare caratteristica della struttura risulta evidente nella composizione iniziale della *Commission des recours des réfugiés*, che prevedeva tre membri, un presidente, consigliere di Stato, un rappresentante dell'Unhcr, un rappresentante del consiglio di amministrazione dell'Ofpra. Anche dopo la trasformazione in *Cour nationale du droit d'asile,* l'originale composizione dell'organismo è mantenuta, prevedendosi la presenza di un membro dell'Unhcr con voto deliberante, caso unico nell'attuale esperienza giurisdizionale francese[11].

La struttura del Collegio giudicante è ora regolata dall'art. L732-1 del *Code de l'entrée e du sejour des étrangers e du droit d'asile*[12], che definisce una formazione del Collegio giudicante che include tre giudici: il presidente, nominato tra i membri del Consiglio di Stato, dei Tribunali amministrativi e delle Corti amministrative d'appello, tra i membri della Corte dei Conti o delle Camere regionali dei Conti oppure tra i magistrati ordinari; una personalità qualificata di nazionalità francese, nominata dall'Unhcr; una personalità qualificata di nazionalità francese, nominata dal Vice presidente del Consiglio di Stato, in ragione delle competenze nei campi giuridico e geopolitico.

3. Tecniche di intervista in Commissione

Perlustrato l'aspetto organizzativo e le sue peculiarità, occorre ora esaminare le tecniche di conduzione dell'audizione e di valutazione degli elementi di prova adottate nella fase amministrativa italiana del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Preciso che non rientra nel campo di esame dell'articolo l'analisi dei principi generali in materia di valutazione delle prove, quali la distribuzione dell'onere della prova ed il beneficio del dubbio, essendo diretto lo scritto a palesare quali siano gli strumenti utilizzati nel lavoro concreto delle Commissioni territoriali.

Le tecniche sono diffuse lungo tutto l'assetto amministrativo italiano nel campo in esame, attraverso un'attenta e costante azione di formazione promossa ed organizzata dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, in attuazione dell'art. 4, c. 3 *ter*, del d.lgs 28 gennaio 2008, n. 25.

I corsi in questione, frutto di un'elaborazione di Easo (*European asylum support office*), sono adottati dalla Commissione nazionale e somministrati omogeneamente a tutti i componenti delle Commissioni territoriali, attraverso *trainers* specificamente formati dal predetto Ufficio europeo[13]. Il nucleo centrale dei corsi in questione comprende: le tecniche di intervista, i requisiti di inclusione e la valutazione degli elementi di prova[14].

Le tecniche di intervista utilizzate nella fase amministrativa, secondo il modello di formazione Easo, derivano dall'applicazione del metodo dialogico di comunicazione (Dcm), messo a punto dai norvegesi Kari Trøften Gamst e Åse Langballe[15].

---

11. Cnda, *Histoire de la Cour nationale du droit d'asile*, in www.cnda.fr/La-CNDA/Histoire-de-la-Cour-nationale-du-droit-d-asile.

12. Se ne consulti il testo in www.legifrance.gouv.fr.

13. Sull'articolazione del percorso formativo di Easo, si veda Easo, *learnig path*, in www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-Learning-path.pdf

14. Si veda l'audizione del Prefetto Sarti, Presidente della Commissione nazionale per il diritto d'asilo, resa innanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, nella seduta del 19 ottobre 2017, in http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/69/audiz2/audizione/2017/10/19/indice_stenografico.0095.html.

15. Easo, *Manuale relativo al modulo Tecniche di colloquio*, Lussemburgo, dicembre 2014.

Il metodo in questione è organizzato in otto fasi, incluse le attività preliminari e conseguenti al colloquio. La struttura del metodo dialogico di comunicazione è concepita in modo da ottimizzare la quantità e la qualità delle informazioni raccolte nel corso del colloquio personale.

La prima fase è relativa alla preparazione al colloquio personale, nel corso della quale si devono raccogliere ed esaminare tutti i documenti ed informazioni disponibili, allo scopo di predefinire gli aspetti da approfondire nel corso dell'audizione. Sempre nella fase in questione, è necessario preparare l'ambiente, avendo cura di strutturare le posizioni di coloro che parteciperanno al colloquio, assicurandosi che tra l'intervistatore ed il richiedente vi sia sempre un diretto contatto visivo. È poi opportuno che il funzionario si prepari mentalmente all'incontro, in modo da affrontare professionalmente il caso affidato, tenendo conto di eventuali interferenze che potrebbero distrarne l'attenzione.

La seconda fase è dedicata all'inizio ed alla costruzione del rapporto. Prima di arrivare alla vera e propria intervista, è infatti essenziale costruire e mantenere un rapporto con il richiedente, per poter raccogliere informazioni numerose ed accurate.

Si passa, poi, alla terza fase, introduttiva, nella quale l'intervistatore deve fornire al richiedente informazioni riguardanti il ruolo dell'interprete, l'obbligo di riservatezza, gli obblighi del richiedente, la struttura del colloquio ed il verbale.

Successivamente, si devono introdurre, nella quarta fase, i singoli argomenti specifici. Si raccomanda, in proposito, di presentare i temi di approfondimento in modo tale che il richiedente possa comprendere bene di cosa si tratta e possa concentrarsi nell'esposizione di ciò che intende raccontare al riguardo.

Nell'affrontare un argomento, e siamo quindi alla quinta fase, occorre consentire che si dipani, il più liberamente possibile, la narrazione libera dell'interessato. Il richiedente deve avere l'opportunità di fornire un resoconto personale, senza interruzioni, dei motivi alla base della domanda di protezione. In questo modo, si possono ottenere numerose informazioni accurate e dettagli che potranno essere verificati nelle fasi successive del colloquio.

Dopo la fine della fase di narrazione libera, l'intervistatore dovrà fermarsi a riflettere sugli argomenti trattati e sulle informazioni fornite dal richiedente, in modo tale da poter comprendere quali siano i temi da sottoporre ad approfondimento. Si passa, allora alla sesta fase, quella della verifica, in cui l'intervistatore dovrà acquisire elementi utili alla valutazione della credibilità delle dichiarazioni del richiedente.

Si arriva, così alla settima fase, della chiusura del colloquio, nella quale l'intervistatore deve verificare di avere esplorato tutti gli argomenti rilevanti, deve completare il verbale, farlo leggere al richiedente per eventuali necessità di emenda.

L'ultima fase, l'ottava, è relativa ad eventuali azioni di *follow-up*, a favore del richiedente ed eventualmente a supporto, umano e professionale, dello stesso funzionario intervistatore.

4. La valutazione della credibilità in Commissione

4.1. Un metodo strutturato

L'approccio alla valutazione della credibilità delle dichiarazioni del richiedente è inserito, nel contesto della formazione somministrata ai componenti delle Commissioni territoriali, nell'ambito di un metodo strutturato complessivo che raccoglie le diverse fasi della procedura allo scopo di condurle ad unità di significato, con lo scopo di trattare in modo simile casi simili[16]. Il metodo in questione si compone di tre aspetti o passaggi. Il primo è relativo all'individuazione dei fatti essenziali ed all'individuazione degli elementi di prova. Il concetto di fatto essenziale è molto rilevante e si sostanzia nell'elemento fattuale emerso nel corso dell'istruttoria, tale da poter astrattamente integrare uno dei requisiti legali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria[17]. Nella prima fase del metodo in questione occorre anche raccogliere gli elementi di prova, che devono essere collegati ai relativi fatti essenziali. Il secondo *step* è relativo all'esame degli elementi di prova reperiti, da condurre sulla base delle norme vigenti in materia, sintetizzate negli strumenti concettuali che saranno illustrati successivamente. L'esame in questione avrà come risultato l'enumerazione dei fatti che si ritengono accettabili[18]. Nella terza e conclusiva fase, sulla base dei fatti accettati, si dovrà procedere al *risk assessment*, alla valutazione del rischio, per verificare la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento di una forma di protezione internazionale o della protezione umanitaria o, in caso negativo, per concludere la procedura con una decisione di rigetto.

16. Easo, *Practical Guide: Evidence Assessment,* Introduction, Lussemburgo, 2015.

17. *Ibidem*, p. 2 e Uk Home Office, *Asylum policy instruction assessing credibility and refugee status*, Gennaio 2015, p. 11.

18. Easo, *Practical Guide: Evidence Assessment,* p. 18.

Il metodo strutturato, nato da una prassi internazionale ultradecennale, ha avuto una conferma, circa il solido fondamento giuridico, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza *M. M. v Ireland*[19]. In quell'ambito, la Corte di Lussemburgo ha precisato che l'esame dei fatti e delle circostanze previste dall'art. 4 della direttiva qualifiche ha luogo in due fasi distinte. La prima riguarda l'accertamento delle circostanze di fatto che possono costituire elementi di prova a sostegno della domanda, mentre la seconda concerne la valutazione giuridica di tali elementi, che consiste nel decidere se, alla luce dei fatti che caratterizzano una fattispecie, siano soddisfatti i requisiti sostanziali previsti per il riconoscimento di una protezione internazionale.

4.2. La credibilità delle dichiarazioni

Tutti gli operatori pratici della protezione internazionale sanno bene che, spesso, l'unico elemento di prova disponibile è costituito dalle dichiarazioni del richiedente. Proprio per questa ragione, una corretta valutazione del caso può discendere solo da una chiara definizione dei parametri di giudizio. Si deve aggiungere, come necessario corollario alla teoria del metodo strutturato, che la valutazione delle dichiarazioni, così come, in genere, quella degli elementi di prova, non deve essere effettuata complessivamente su tutti i fatti essenziali ma su ciascuno di essi, avendo cura di discernere, attraverso l'attività valutativa, quali fatti possano essere accettati e quali no.

Com'è noto, i criteri legali per la valutazione delle dichiarazioni del richiedente sono contenuti all'art. 3, d.lgs 19 novembre 2007, n. 251. Nell'ambito del metodo oggetto della formazione Easo, utilizzata per i componenti delle Commissioni territoriali, essi sono raggruppati nei concetti di livello di dettaglio, coerenza interna e coerenza esterna del racconto.

Con riguardo al primo criterio, si deve valutare se il racconto sia circostanziato ed infatti più dettagli vengono forniti e più chiaro sarà il quadro fattuale su cui fondare la decisione. Il racconto deve poi essere coerente internamente, vale a dire contrassegnato da continuità logica e senza contraddizioni. Inoltre, non ci devono essere discrepanze con eventuali ulteriori dichiarazioni, documenti scritti ed altri elementi di prova prodotti dal richiedente. Sempre nella coerenza interna, collochiamo il criterio della plausibilità che attiene a ciò che dovrebbe essere verosimile secondo il senso comune. Si tratta di un parametro scivoloso, essendo legato a percezioni fortemente influenzate dal contesto culturale di chi opera, da utilizzare con cautela e preferibilmente a supporto di altri risultati dell'attività valutativa e non isolatamente[20].

La credibilità esterna è relativa alla concordanza delle dichiarazioni con ciò che è possibile conoscere della realtà del Paese d'origine, attraverso informazioni pertinenti ed aggiornate (Coi - *Country of origin infomation*) che provengano da fonti affidabili ed imparziali[21].

Occorre, infine, evidenziare che l'applicazione dei criteri di valutazione della credibilità deve tenere conto delle caratteristiche della persona del richiedente (età, genere, istruzione, condizioni di salute) dell'interprete e dello stesso intervistatore e che, in ogni caso di risultato negativo della valutazione sugli elementi di prova, il decisore deve dare l'opportunità al richiedente di formulare le proprie osservazioni al riguardo.

4.3. La valutazione dei documenti

Si è detto che, in molti casi, l'unico elemento di prova valutabile da parte del decisore è costituito dalle dichiarazioni. È tuttavia possibile che nella procedura vengano prodotti dal richiedente documenti scritti di diversa natura ed anzi, un'osservazione empirica evidenzia che tali fattispecie sono in continuo aumento. La sfida connessa alla valutazione di tali elementi di prova attiene al fatto che, a dispetto della forma documentale con la quale gli stessi si presentano, nella relativa valutazione non si possono seguire le regole dettate dal codice civile (artt. 2700 ss., cc) con riguardo agli atti prodotti sul territorio nazionale né, di norma, è possibile attivare il procedimento per la legalizzazione (art. 33, dPR 28 dicembre 2000, n. 445) e validazione del documento prodotto all'estero, in quanto esso prevede la collaborazione tra le autorità diplomatiche nazionali e quelle dello Stato d'origine del richiedente. Un tale dialogo è da escludere ogni qualvolta ci sia la possibilità di persecuzione del richiedente da parte di agenti statali.

Proprio per tale motivo, i parametri da utilizzare nel processo di valutazione sono analoghi a quelli il-

19. Cgue, I, C277/11, 22 novembre 2012.

20. Easo, *Practical guide: Evidence Assessment,* pp. 10-12.

21. La giurisprudenza di Cassazione sul Coi è copiosa. La Suprema Corte si è espressa sulle fonti delle informazioni (Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 2013), sulla necessità del confronto tra le informazioni assunte e le dichiarazioni del richiedente (Cass., sez. VI, 28 maggio 2013, n. 13172) e sull'obbligo di inserire, nella parte motiva dei provvedimenti, le fonti di informazione utilizzate e la loro datazione (Cass., sez. VI, 19 febbraio 2015, n. 3347). Un'ampia ricognizione della giurisprudenza di Cassazione sulle Cpi è trattata in Acierno – Flamini, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in Diritto, immigrazione e cittadinanza, 1/2017, p. 18).

lustrati per le dichiarazioni orali, con gli adattamenti connessi alla natura degli elementi di prova in discorso.

In primo luogo, deve essere esorcizzata la tentazione di allontanare da sé il lavoro di valutazione documentale attraverso la mera non considerazione degli atti o con l'avalutativa acquisizione degli stessi[22].

Secondo una prassi internazionale consolidata, l'esame in questione deve essere condotto attraverso specifici parametri[23].

In primo luogo, occorre valutare la rilevanza dell'atto e cioè se lo stesso si riferisce a specifici fatti essenziali emersi nel corso dell'istruttoria. Si deve poi considerare l'esistenza del documento e cioè se, sulla base delle informazioni sul Paese d'origine, il documento prodotto possa essere realmente esistente e se sia potuto entrare nella disponibilità del richiedente.

Attraverso le Coi si potrà, inoltre, valutare se le caratteristiche esteriori dell'atto (bolli, sottoscrizioni, formato) siano conformi alla prassi del Paese di provenienza.

Si dovrà provvedere anche all'esame del contenuto allo scopo di escludere contraddizioni interne, incoerenze con le dichiarazioni del richiedente e con le Coi, e verificare se il testo si attaglia con precisione ai fatti essenziali che è diretto a provare.

Infine, andrà considerata anche la forma giuridica in cui il documento è presentato, ovvero se esso appaia come copia o come originale, pur con le cautele indicate in apertura del paragrafo.

4.4. Certificazioni mediche e psicologiche

Il peso che le certificazioni sanitarie vanno assumendo nella procedura per il riconoscimento della protezione internazionale è crescente e noto. La cornice normativa è data dall'art. 8, c. 3-*bis,* del d.lgs 28 gennaio 2008, n. 25, per il quale la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale «*sulla base degli elementi forniti dal richiedente, può altresì disporre, previo consenso del richiedente, visite mediche dirette ad accertare gli esiti di persecuzioni o danni gravi subiti, effettuate secondo le linee guida di cui all'articolo 27, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e successive modificazioni. Se la Commissione non dispone una visita medica, il richiedente può effettuare la visita medica a proprie spese e sottoporne i risultati alla Commissione medesima ai fini dell'esame della domanda.*».

Nella prassi operativa, si constata che i documenti in questione possono rilevare per aspetti differenti. In primo luogo, la consulenza medica può essere diretta a dimostrare la correlazione tra asserita persecuzione o danno grave e segni di tortura o trattamenti inumani o degradanti rinvenibili sulla persona del richiedente.

In secondo luogo, la documentazione medica può asseverare patologie del richiedente da tenere in debito conto in fase di audizione e di valutazione della credibilità ed ancora per il possibile riconoscimento della protezione umanitaria[24].

La fonte primaria della prassi internazionale in materia di valutazione medica di torture e trattamenti inumani o degradanti, è costituita dal Protocollo di Istanbul, approvato dall'Onu nel 2004[25].

Nel documento in questione, al punto 82, si stabilisce quali caratteristiche debba avere l'organo incaricato della consulenza e la relazione conclusiva[26]. Il soggetto designato all'attività di verifica deve essere indipendente e deve essere scelto per la sua imparzialità e competenza.

Il lavoro dovrebbe concludersi con una relazione scritta, da produrre in un tempo ragionevole, e deve includere indicazione dell'ambito dell'attività, delle procedure e metodi seguiti così come delle conclusioni e raccomandazioni.

Il punto 187[27] tratta invece delle conclusioni della relazione medica che dovrebbero essere dirette a specificare il grado di coerenza tra le lesioni accertate e la causa prospettata dal paziente. I termini codificati

---

22. Sul punto la Corte di cassazione ha stabilito che «*in presenza di eccezioni di contestazione della conformità dei documenti agli originali* ...», il giudice non può limitarsi ad ignorare la questione o ad esprimere valutazioni disancorate da un impegno attivo di ricerca di riscontri ma «*ha il dovere di compiere un'attività istruttoria ufficiosa - se del caso utilizzando canali diplomatici e rogatoriali, amministrativi (come l'acquisizione della domanda di asilo, se mancante) od altro -, senza potersene lamentare una presunta insufficienza, essendo necessario temperare l'asimmetria derivante dalla posizione delle parti*» (Cass. sez. VI, 13 dicembre 2016, n. 25534).

23. Easo, *Practical Guide: Evidence Assessment*, p. 13.

24. Sulla cornice di riferimento per l'uso dei documenti sanitari nella procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, si veda Ministero della Salute, *Linee guida per l'assistenza, la riabilitazione e il trattamento dei disturbi psichici dei rifugiati e delle vittime di tortura*, pp. 50-51.

25. Office of the United nations high Commissioner for human rights, *Istanbul Protocol, Manual on the Effective investigation and documentation of torture and other cruel,* Ginevra, 2004.

26. *Ibidem*, p. 18.

27. *Ibidem,* pp. 83-84.

per l'espressione di tale valutazione vanno da "*Non coerente*" a "*Specifico*", con dettagliata e puntuale declaratoria di ciascuna definizione.

In ogni caso, va sottolineato che il consulente medico non ha la competenza per dare un giudizio sull'esistenza dei requisiti legali per il riconoscimento della protezione internazionale così come il decisore non deve dare valutazioni di carattere medico[28].

È, infine, utile, rammentare che il Ministero della salute, con decreto del 3 aprile 2017, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 95 del 24 aprile 2017, ha approvato le «*Linee guida per la programmazione degli interventi di assistenza e riabilitazione nonché per il trattamento dei disturbi psichici dei titolari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale*». L'intero capitolo 4 è dedicato alla produzione di certificazione medico-legale nella procedura di protezione internazionale (sia nella fase amministrativa sia nella fase giudiziale). Il documento richiama frequentemente il Protocollo di Istanbul e stabilisce, tra l'altro, le modalità per l'individuazione dei centri di riferimento per la certificazione[29] e la struttura e contenuto della predetta certificazione[30].

4.5. Lo standard *della prova*

Come detto in precedenza, questo scritto non prende in considerazione i principi generali in materia di valutazione delle prove ma cerca di evidenziare gli strumenti concreti utilizzati nella fase amministrativa. Tuttavia, si fa eccezione alla regola sopra indicata per parlare brevemente dello standard della prova.

Come è noto, il processo civile italiano, come in generale la tradizione giuridica di *civil law*, si caratterizza per il principio di libero convincimento del giudice. L'art. 116 cpc, infatti, prescrive che «*Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti*»[31].

Il concetto di standard della prova, attraverso i diffusi percorsi formativi erogati dalla Commissione nazionale per il Diritto d'asilo sulla base della metodologia di Easo, è invece passata nella fase amministrativa quale utile strumento di giudizio.

La definizione del parametro in questione si fonda su di una consolidata esperienza giurisprudenziale anglosassone, iniziata con una cruciale sentenza della Corte suprema degli Stati uniti d'America (U.S. Supreme court, *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987)[32]. La Corte Suprema, in quella sentenza, ha individuato nel "*timore*" l'elemento essenziale del rifugio previsto dalla Convezione di Ginevra del 1951. Sulla base di ciò, ha stabilito che la soglia di prova in materia deve attestarsi sulla ragionevole possibilità della persecuzione, proprio per il fatto che si tratta di stati d'animo il cui principale mezzo probatorio è costituito dalle dichiarazioni dell'interessato.

La giurisprudenza inglese si è avvicinata a tale approccio con la decisione della *House of Lords* nella causa *R v Secretary of State for the home department*[33]. In quel caso, si è precisato che, per avere un timore fondato di persecuzione, occorre che sia dimostrata una ragionevole probabilità che il richiedente sia perseguitato[34].

Anche l'Unhcr si è occupato del parametro probatorio[35], affermando che: «In generale, il timore espresso deve essere considerato fondato se il richiedente può provare in modo ragionevole, che la vita nel suo Paese di origine gli era divenuta intollerabile per le ragioni indicate nella definizione, o che lo sarebbe per le stesse ragioni se egli vi tornasse.» La differenza tra ragionevole possibilità, ragionevole probabilità e modo ragionevole non ha rilievo sostanziale ed identifica una soglia probatoria inferiore rispetto alla certezza, al criterio di «al di

28. Easo, *Practical guide*: *Evidence Assessment*, p. 13.

29. Ministero della salute, *Linee guida per l'assistenza, la riabilitazione e il trattamento dei disturbi psichici dei rifugiati e delle vittime di tortura*, p. 52.

30. Ministero della Salute, *Linee guida per l'assistenza, la riabilitazione e il trattamento dei disturbi psichici dei rifugiati e delle vittime di tortura*, p. 54.

31. La Corte di cassazione si è soffermata sul livello della prova nella materia della protezione internazionale decidendo che il richiedente può anche provare in via indiziaria la credibilità dei fatti da esso segnalati purché gli elementi allegati abbiano carattere di precisione, gravità e concordanza desumibili dai dati anche documentali offerti (Cass., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 14157).

32. Un bel commento della sentenza si trova in Asuncion, Ins *v. Cardoza-Fonseca: establishment of a more liberal asylum standard*, in The American University Law Review, Spring, 1988.

33. House of Lords, *R v. Secretary of State for the home department,*16 dicembre 1987.

34. Una più analitica ricostruzione dello sviluppo di tali concetti nella giurisprudenza anglosassone, si veda *The travaux preparatoires*, with a comment by Dr Weis ed anche Uk Home Office, *Asylum policy instruction assessing credibility and refugee status,* pp. 6-7.

35. Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifiugiati, *Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato*, § 42.

là di ogni ragionevole dubbio» ed a quello di «più probabile che no»[36].

Conclusioni

Il panorama complessivo dei metodi attraverso i quali si tenta di acquisire diverse prospettive sulle dichiarazioni e sugli elementi di prova forniti dal richiedente nella fase amministrativa va completata con un accenno alla possibilità di fruire di consulenze. L'art. 8, c. 3 *bis*, prevede che : «*Ove necessario ai fini dell'esame della domanda, la Commissione territoriale può consultare esperti su aspetti particolari come quelli di ordine sanitario, culturale, religioso, di genere o inerenti ai minori*».

Sulla base della suddetta previsione normativa si stanno sviluppando diversi strumenti di approfondimento, condotti da esperti indipendenti, che consentono di portare una visione diversa sul caso esaminato.

Il primo caso è quello del cd. *referral* anti tratta, ora regolato dalle Linee guida predisposte dalla Commissione nazionale per il diritto d'asilo[37]. Lo scopo delle Linee Guida è quello, da un lato, di individuare un meccanismo per realizzare il coordinamento e la collaborazione tra le Commissioni territoriali e gli Enti del pubblico e del privato sociale che realizzano programmi di emersione, assistenza e integrazione sociale in favore delle vittime di grave sfruttamento e tratta di persone, al fine di favorire l'adeguata tutela e protezione di cui necessitano, dall'altro, di consentire alla Commissione territoriale di poter fruire di elementi ulteriori, provenienti da enti professionalmente attrezzati, allo scopo di decidere con maggiore consapevolezza le domande di protezione internazionale fondate su fenomeni di tratta.

Il secondo caso è relativo agli approfondimenti medico-legali concernenti, in particolare, la coerenza tra le patologie del richiedenti ed i fatti di tortura ed i maltrattamenti od i trattamenti inumani e degradanti che ne costituirebbero il nesso causale. Un esempio è dato dal «*Protocollo per la definizione delle procedure relative ad approfondimenti medico-legali su persone richiedenti la protezione internazionale*»[38], sottoscritto dalla Prefettura, dalla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale e dell'Azienda sanitaria provinciale di Crotone. Il servizio viene erogato da personale medico specializzato e formato sulla specifica esigenza, che opera secondo i dettami del Protocollo di Istanbul[39].

Si deve segnalare, alla fine delle trattazione dell'argomento, che il sistema di organizzazione delle Commissioni territoriali conoscerà, nei prossimi mesi, un profondo cambiamento, il più significativo dalla loro istituzione.

Il d.lgs 22 dicembre 2017, n. 220, ha infatti emendato l'art. 4 del d.lgs 28 gennaio 2008, n. 25, prevedendo una diversa composizione degli organi suddetti, con la partecipazione di un funzionario della carriera prefettizia, nelle funzioni di presidente, un esperto in materia di protezione internazionale e di tutela dei diritti umani, designato dall'Unhcr, e due funzionari amministrativi con compiti istruttori.

Il concorso per la nuova figura di funzionario istruttore è stato espletato e la relativa graduatoria di merito è stata di recente approvata[40].

Con il nuovo assetto, il sistema organizzativo amministrativo italiano per il riconoscimento della protezione internazionale va evolvendosi chiaramente verso una maggiore professionalizzazione, sulla direttrice tracciata dagli omologhi uffici di altri Paesi europei, non perdendo, peraltro, su questa strada, il tratto caratteristico della pluralità di vedute, in seno al collegio giudicante, che viene mantenuta attraverso la figura dell'esperto designato dall'Unhcr.

Nell'auspicio del Legislatore, ciò dovrebbe garantire un accrescimento dell'efficienza della fase amministrativa, mantenendo e valorizzando le caratteristiche del sistema italiano in chiave di miglioramento qualitativo del processo decisionale.

Ma questa è un capitolo nuovo della storia dell'asilo in Italia, le cui proposizioni sono tutte da scrivere.

---

36. Uk Home Office, *Asylum Policy Instruction Assessing credibility and refugee status*, pp. 11-12.

37. Commissione nazionale per il diritto d'asilo, Unhcr*: L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral Linee Guida per le Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale*, agosto 2017, Roma.

38. Una segnalazione sulla sottoscrizione dell'atto si trova in www.prefettura.it/crotone/news/6126571.htm.

39. Vedi sub § 4.4.

40. Si veda il comunicato stampa del Ministero dell'interno in www.interno.gov.it/it/sala-stampa/comunicati-stampa/approvata-graduatoria-i-250-posti-funzionario-amministrativo-ministero-dellinterno.

La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione

di *Maurizio Veglio*

L'irruzione del richiedente asilo sulla scena nazionale ha innescato il dispiegamento di un poderoso arsenale difensivo, che eleva il trattenimento amministrativo ad arma di persuasione di massa.

Il sacrificio della libertà conosce mille declinazioni, dai Centri di permanenza per i rimpatri, luoghi a garanzie diminuite, agli *hotspot*, territori de-giurisdizionalizzati, autentiche voci buie del diritto.

Viaggio ai confini della legalità.

1. Le persone di cui si parla

Gli occhi di Naima sono umidi, velati, ma lei non piange. Da quando è in carico al Centro di salute mentale «*non è in grado di prendersi cura di sé*», certificano i dottori. Colpa dell'arresto del marito o della malattia della mamma. E ora hanno preso Youssef. «*Cosa succederà a mio fratello? Davvero vogliono rimandarlo in Marocco? E chi si prenderà cura di lei?*».

Sullo sfondo, fuori fuoco, gli occhi della mamma sono incollati al marciapiede, travolti dall'imbarazzo. La donna è sfigurata, il setto nasale è stato quasi interamente rimosso per un carcinoma che la divora da una decina di anni. Tre cicli di chemioterapia non sono bastati, le metastasi dilagano nei polmoni. «*Prognosi infausta a medio termine*», sentenzia il referto del direttore del Dipartimento di oncologia. «*Mamma ha 1 o 2 anni di vita. Bisogna accompagnarla a tante visite e io non ce la faccio*».

Naima parla piano, si direbbe che resista a fatica la forza di gravità. Le 2 donne stazionano davanti all'ingresso del Centro di permanenza per i rimpatri (Cpr) di Torino "Brunelleschi", sul bordo di una strada ad alto scorrimento, tre corsie per senso di marcia. Sfidano le folate delle automobili, ondeggiano – umiliate e ostinate – come due piante nel cemento.

Dentro il centro, nell'acquario, il fratello di Naima attende di entrare nella stanza dei colloqui. Con lui c'è Faguimba, un ragazzone maliano di quasi 2 metri con la voce, e i pensieri, di un bambino. Faguimba è analfabeta e ha una disabilità intellettiva, è dentro per alcune parole inopportune, che in italiano non padroneggia nemmeno.

Di fianco a lui, Yassine è un fascio di nervi: il malessere addosso, una montagna di ecografie e 8 centimetri di batteria del cellulare ancora nello stomaco. «*Lunedì prossimo c'è l'udienza al Tribunale per i minori per i miei figli. Posso uscire, avvocato, mi fanno uscire dopo?*».

Ultimo del gruppo è Zaur, in pigiama stinto e ciabatte da piscina, senza calze. Fuori ci sono 2 gradi.

Infine arriva Abdo. Lo portano nella sala colloqui su una sedia a rotelle. Muove solo gli occhi e le labbra. Il corpo è abbandonato sulla sedia, invertebrato come uno degli orologi molli di Dalì. Il referto parla di disidratazione, ma Abdo vive la disperazione di un giovane ragazzo sudanese sfuggito all'inferno del Darfur e finito – Allah solo sa come – a digiunare in una cella italiana. *Bed and breakfast* nelle gabbie, vista sbarre e garitte, residenza esclusiva di alieni, miserabili e reietti.

2. La legge che non dice: *hotspots*, autobus e tenso-strutture

Disegnare il perimetro del trattenimento del richiedente protezione internazionale, in Italia come nel resto dell'Unione europea, impone preliminarmente di affrontare una questione (non solo) terminologica.

L'equazione fra trattenimento dell'asilante e restrizione in un Cpr pecca infatti di formalismo, perché oscura il *contenimento di fatto* di tutto ciò che non è ancora asilo (i migranti tratti in salvo nel Mediterraneo e rinchiusi negli *hotspots*), non lo è più (i trattenuti in un Cpr denegati dalle Commissioni territoriali) o non lo sarà mai (gli stranieri privati della libertà personale, negli *hotspots* come nei Cpr, la cui domanda di protezione è ostacolata, ritardata, impedita)[1].

Alcune vicende fragorose restituiscono le dimensioni del problema: nel luglio del 2015, 66 ragazze nigeriane – alcune delle quali già detenute e oggetto di gravi violenze nel centro di Zwara, quasi tutte verosimilmente vittime di tratta a fini di sfruttamento sessuale – vengono sbarcate in diverse località siciliane e qui trattenute *de facto*.

Tutte le donne ricevono un provvedimento di respingimento e vengono trasferite al Cpr di Roma per organizzarne il rimpatrio. All'arrivo le migranti incontrano un rappresentante del consolato nigeriano, già presente all'interno della struttura, allo scopo di identificare le malcapitate. Solo grazie all'intervento delle associazioni di tutela dei diritti umani le ragazze vengono informate della possibilità di chiedere la protezione internazionale.

Pochi mesi più tardi una quarantina di cittadini gambiani sbarca ad Augusta insieme a qualche centinaio di migranti subsahariani.

Dopo 2 giorni rinchiuso nell'enorme tenso-struttura allestita nei presso del porto, presidiata da guardie armate e cani, senza l'intervento di alcun giudice né accesso di legali, il gruppo viene isolato e caricato a bordo di un autobus scortato da alcune volanti della polizia, che conduce i migranti all'aeroporto di Catania.

In una sala di attesa chiusa al pubblico, ciascuno riceve la notifica di un decreto di respingimento differito emesso dalla questura di Siracusa, e pochi minuti dopo l'intero gruppo è a bordo di un aereo. I provvedimenti – fotocopie di un medesimo modello prestampato – sono identici per testo, lunghezza e interruzione delle pagine, e differiscono unicamente per l'indicazione del nome e della data di nascita (il Paese, per tutti, è il Gambia).

La prima tappa è Crotone, dove 24 migranti vengono fatti scendere e trasferiti nell'allora Cie di Isola di Capo Rizzuto, chiuso una prima volta nel 2013 per la morte di un migrante e definitivamente inagibile dal marzo del 2016 a seguito di un incendio.

Gli altri 16 proseguono il trasferimento verso l'aeroporto di Torino, da dove in autobus vengono scortati fino al cortile interno del locale Cpr Qui, ancora sul bus, ciascuno viene chiamato per nome e condotto in uno degli uffici della struttura.

Ad attenderli c'è un uomo di colore seduto ad una scrivania, che – senza presentarsi – chiede informazioni sulla famiglia e sulla città di origine, prima di congedarli frettolosamente. Una nota della questura di Torino indirizzata al Ministero dell'interno rivelerà trattarsi di un ispettore della polizia gambiana, all'epoca dei fatti agli ordini del famigerato Yahya Jammeh.

Ci vorranno diverse settimane affinché i migranti gambiani – finalmente informati da avvocati e volontari – riescano a ottenere la registrazione della domanda di protezione internazionale.

Nell'agosto del 2016 un gruppo di circa 50 cittadini sudanesi veniva fermato dalle autorità a Ventimiglia, costretto a bordo di un autobus e condotto forzatamente fino all'*hotspot* di Taranto (a quasi 1200 chilometri di distanza), nel corso di una delle innumerevoli e folli operazioni di *alleggerimento delle frontiere* orchestrate dal Ministero dell'interno.

Il terzo giorno dopo il fermo e il trasporto all'*hotspot*, il prefetto di Taranto adottava una serie di decreti di espulsione con accompagnamento immediato, puntualmente convalidati dal locale giudice di pace.

A questo punto i cittadini sudanesi venivano nuovamente caricati a bordo di un autobus e trasferiti all'aeroporto di Torino (scelta altrettanto razionale, trattandosi di soli 1100 chilometri), venendo identificati da un rappresentante consolare sudanese in occasione di una fermata lungo il tragitto.

Al momento dell'imbarco del gruppo su un volo *charter* della Egypt Air, 7 migranti venivano fatti scendere per indisponibilità di posti sul velivolo, venendo quindi trattenuti presso il Cpr di Torino in virtù del relativo decreto emesso dal questore di Taranto.

Anche in questo caso era solo il contatto con gli avvocati a consentire ai cittadini sudanesi di avanzare domanda di protezione internazionale (senza che ciò impedisse la convalida del trattenimento tanto da parte del giudice di pace quanto del Tribunale), istanze che si concludevano con altrettante decisioni di riconoscimento della tutela da parte della locale Commissione territoriale.

---

1. Nella giurisprudenza della Cedu ciò che distingue il trattenimento (*deprivation of liberty*) dalla limitazione della libertà di movimento (*restriction of freedom of movement*) sono il grado e l'invasività dei controlli associati all'impossibilità di allontanarsi volontariamente da un luogo, indipendente dalla qualifica nominale nella normativa nazionale (si veda Aida, Ecre, *Boundaries of liberty. Asylum and de facto detention in Europe*, 2017, www.asylumineurope.org/sites/default/files/shadow-reports/boundariesliberty.pdf?utm_source=ECRE+Newsletters&utm_campaign=0eeb143317-EMAIL_CAMPAIGN_2018_04_13&utm_medium=email&utm_term=0_3ec9497afd-0eeb143317-422283001).

Last, *but not least*, reiterate denunce di violenze, condizioni di vita degradanti e ostacoli alla presentazione delle domande di asilo dei migranti, in gran parte tunisini, incombono sull'*hotspot* di Lampedusa, già pietra dello scandalo della nota sentenza Khalifia[2].

Nella pronuncia i giudici di Strasburgo hanno affermato che la sistemazione dei migranti all'interno del Centro, con il divieto di allontanamento e la costante sorveglianza delle forze di polizia, ne comporta la privazione della libertà, atto materiale «*privo di base giuridica nel diritto italiano*», peraltro in condizioni ambientali ai limiti della tortura.

La struttura veniva parzialmente chiusa dal Ministero dell'interno lo scorso 13 marzo dopo le vibranti proteste del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale («*un carcere indecoroso*»[3]) e del mondo dell'associazionismo[4], oltre a una serie di episodi di violenza, un incendio e il suicidio di un cittadino tunisino, *ospite* dal mese di ottobre e impiccatosi il 5 gennaio 2018[5].

3. I confini dello Stato di diritto

Nata come *incidente* nell'ordinario trattenimento dello straniero in via di espulsione, la restrizione della libertà personale del richiedente protezione internazionale ha progressivamente guadagnato popolarità all'interno dell'universo europeo, seppure nella deliberata volontà di opacità[6].

Il motivo è evidente: nulla eguaglia la potenza deflagrante dell'invocazione «*asilo!*», passaparola febbrile capace di scardinare le più sofisticate griglie di dissuasione di massa elaborate dall'Unione europea, a partire dal fu Regolamento Dublino III.

Spazzata la risibile resistenza del *fortino Europa*, nel 2015 Bruxelles è corsa ai ripari lanciando l'Agenda europea sull'immigrazione, piano continentale di resistenza e prevenzione dell'afflusso migratorio principalmente attraverso il trattenimento dei richiedenti, sia nei Paesi di transito (Turchia, *in primis*), sia all'ingresso nel territorio dell'Unione, in particolare negli *hotspots* greci e italiani.

Strumento di identificazione e classificazione dei migranti (richiedenti protezione: "categoria 1", non richiedenti: "categoria 2"), l'*hotspot* non ha nome né equivalente, non è definito né disciplinato nell'ordinamento giuridico italiano[7]. Il problema, come ovvio, è tutt'altro che semantico.

Nella totale oscurità giuridica, e nell'inaccessibilità fisica, tra i mesi di settembre del 2015 e marzo del 2016 le autorità italiane hanno attivato 4 *punti di crisi* a Lampedusa, Trapani, Pozzallo e Taranto.

Qui, in spregio ai più elementari diritti convenzionali e costituzionali, gli stranieri vengono privati della libertà personale in assenza di qualunque controllo giurisdizionale, senza possibilità di assistenza legale, in strutture talvolta fatiscenti[8] e sovraffollate[9], per un periodo di tempo indeterminato (in alcuni casi fino a diversi mesi).

Nessuna eccezione nemmeno per i minori non accompagnati, costretti anzi a permanenze mediamente più prolungate per la notoria penuria di strutture di accoglienza adeguate.

Nel silenzio della *legge che non dice*, le uniche disposizioni sul trattenimento dei migranti all'interno

---

2. Cedu, Grande Camera, 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, causa Khlaifia e altri c. Italia. In merito all'obbligo di informazione allo sbarco della possibilità di richiedere la protezione internazionale si veda Cass., 25 marzo 2015, n. 5926.

3. Repubblica.it, *Lampedusa, il garante dei detenuti: L'hotspot per migranti trasformato in un carcere indecoroso*, 24 gennaio 2018, http://palermo.repubblica.it/cronaca/2018/01/24/news/lampedusa_il_garante_dei_detenuti_l_hotspot_per_migranti_e_indecoroso_-187157588/.

4. Cild, *Nell'Hotspot di Lampedusa condizioni disumane e violazioni dei diritti*, 9 marzo 2018, https://cild.eu/blog/2018/03/09/nel-lhotspot-di-lampedusa-condizioni-disumane-e-violazioni-dei-diritti-umani/.

5. Adnkronos, *Dramma a Lampedusa, suicida migrante ospite di hotspot*, 5 gennaio 2018, www.adnkronos.com/fatti/cronaca/2018/01/05/dramma-lampedusa-suicida-migrante-ospite-hotspot_Zc3U3AVgx62YNe2Z6ZbykM.html

6. Secondo Ecre (European Council on Refugees and Exiles) i dati statistici sul trattenimento dei richiedenti asilo nell'Unione europea sono «*virtualmente inesistenti*», anche in ragione del fatto che né la cd. Direttiva accoglienza (2013/33/Ue), né il Regolamento (Ce) n. 862/07 relativo alle statistiche comunitarie in materia di migrazione e di protezione internazionale prevedono alcun obbligo sul punto (si veda Aida, Ecre, *The detention of asylum seekers in Europe. Constructed on shaky ground?*, giugno 2017, p. 1, https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fwww.ecre.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2017%2F06%2FAIDA-Brief_Detention-1.pdf).

7. L'unico riferimento normativo è contenuto nell'art. 8, c. 2, d.lgs 142/15, secondo il quale «*Le funzioni di soccorso e prima assistenza, nonché di identificazione, continuano ad essere svolte nelle strutture allestite ai sensi del decreto legge 30.10.1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29.12.1995, n. 563*».

8. *#20GiugnoLasciateCIEntrare*, ottobre 2016, www.lasciatecientrare.it/j25/attachments/article/230/Report%2020GiugnoLasciare-CIEntrare.pdf.

9. Oxfam, *Hotspot, il diritto negato* , 19 maggio 2016, https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fwww.oxfamitalia.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F05%2FRapporto_Hotspots_Il-diritto-negato_Oxfam_DEF.pdf.

di tali strutture sono contenute nel documento ministeriale «Procedure operative standard (SOP) applicabili agli *hotspots* italiani»[10], che evidentemente non costituisce fonte di diritto.

Qui si legge che «*La persona può uscire dall'*hotspot *solo dopo essere stata foto-segnalata concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono stati completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di polizia*».

Prima ancora delle testimonianze di migranti, operatori ed associazioni, sono dunque le direttive istituzionali a certificare la crisi dello Stato di diritto, violentato da circolari e prassi amministrative e umiliato perfino dal beffardo *disclaimer* ministeriale, secondo cui «*In caso di discrepanze fra questo documento [le SOP, n.d.r.] e la legislazione vigente, si applica quest'ultima*».

4. Al pragma, costi quel che costi

Il *de profundis* della politica nazionale sull'asilo è uno spartito a più voci, dagli autobus impazziti che rimpallano chiunque non assomigli a un europeo dalla frontiera nord-occidentale a Taranto, in un'infinita corsa a perdere[11], alla strategia del "buco" di Lampedusa, dove l'uscita dal cancello dell'*hotspot* è indebitamente vietata, ma il passaggio attraverso un buco nella recinzione è apertamente tollerato[12].

Hotspots, tenso-strutture, autobus para-ministeriali sono territori ai margini della legalità, luoghi iper-monitorati (presenti i rappresentanti di Frontex, Easo, Europol, Eurojust) eppure teatro di violazioni massificate di diritti fondamentali, delegificati, numericamente saturi ma giuridicamente vuoti.

L'unica regola è il dominio assoluto e su larga scala delle prassi amministrative: se nei 4 *hotspots* transita circa il 30% dei migranti soccorsi in mare[13], anche le altre strutture di prima accoglienza adottano i medesimi standard operativi, con il risultato di sottoporre pressoché tutti i migranti sbarcati in Italia alla limitazione della libertà *su base etnica*.

Spinta poderosa e funzionale al confinamento di massa è la degradazione del richiedente da essere umano ad agente patogeno, che abusa degli istituti giuridici (benché la metà delle richieste di protezione presentate in Italia dal 1990 a oggi abbia trovato accoglimento[14]), che approfitta del sistema di accoglienza, in realtà tardivo e gravemente inadeguato[15], che minaccia sanità e ordine pubblici in quanto potenziale untore[16] e «*matto da legare*»[17].

È questo il copione che ha legittimato la rottura dei doveri minimi di solidarietà, consacrata (*i.e.* esecrata) nell'accordo di riammissione con l'amica Libia: si scrive «*arginare i flussi di migranti illegali*»[18], si legge respingere, forma subdola e potenzialmente *definitiva* di trattenimento.

---

10. Ministero dell'Interno, *Procedure operative standard (SOP) applicabili agli hotspots italiani*, 8 febbraio 2016, https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fallegati%2Fhotspots_sops_-_versione_italiana.pdf.

11. A. Quadroni, M. Luppi, *Il "giro dell'oca" dei trasferimenti coatti dal Nord Italia a Taranto*, *Open Migration*, 10 novembre 2016, http://openmigration.org/analisi/il-giro-delloca-dei-trasferimenti-coatti-dal-nord-italia-a-taranto/; C. Caruso, Mentone-Taranto: il folle viaggio (di Stato) dei migranti, Panorama, 24 luglio 2017, www.panorama.it/news/cronaca/mentone-taranto-il-folle-viaggio-di-stato-dei-migranti/. Secondo le informazioni giornalistiche ogni singola tratta avrebbe un costo per le casse pubbliche compreso tra i 5.000 e i 5.500 euro.

12. L. Anello, *L'ultima beffa per Lampedusa: l'hotspot vergogna non chiude*, La Stampa, 18 aprile 2018, www.lastampa.it/2018/04/18/italia/cronache/lultima-beffa-per-lampedusa-lhotspot-vergogna-non-chiude-YCHhukyI2FNIaHyHDcdJXI/pagina.html?lgut=1.

13. Ecre, *The implementation of the hotspots in Italy and Greece*, 5 dicembre 2016, https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fwww.ecre.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F12%2FHOTSPOTS-Report-5.12.2016.pdf.

14. M. Veglio, *Uomini tradotti - Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, fascicolo n. 2, 2017, pp. 4-5, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-2017-n-2/72-uomini-tradotti-prove-di-dialogo-con-richiedenti-asilo.

15. Unhcr, *Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2017*, https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fwww.unhcr.it%2Fwp-content%2Fuploads%2F2017%2F10%2FRapporto_2017_web.pdf.

16. Tribunale di Venezia, *Protocollo sezione immigrazione*, 6 marzo 2018, https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fwww.asgi.it%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F03%2FTribunale-Venezia-protocollo-sezione-immigrazione-6.3.18.pdf.

17. A. Mollica, *La bufala di Libero sulla metà dei richiedenti asilo «matti»*, Pressreader, 27 marzo 2018, www.giornalettismo.com/archives/2654642/libero-bufala-migranti-matti.

18. *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, art. 1, 2 febbraio 2017, https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.lexilium.it%2Fwp-content%2Fuploads%2FAccordo-Italia-Libia.pdf.

5. La legge che confonde: Cpta, Cpt, Cie, Cpr

Anche i Centri di permanenza per i rimpatri sono luoghi di sofferenza umana, istituzionale e giuridica[19].

Il bilancio di 20 anni di detenzione amministrativa degli stranieri espellendi è disastroso: oltre a intercettare una percentuale minima della popolazione irregolarmente soggiornante[20], i rimpatri dai Cpr sono notoriamente assai limitati (intorno al 50% dei casi), a fronte di un prezzo altissimo in termini di «*mortificazione della dignità umana*» – la Corte Costituzionale *docet*[21] – e dello sperpero di una montagna di denaro pubblico, almeno 55 milioni di euro l'anno secondo la Commissione diritti umani del Senato[22].

L'ingresso a pieno titolo dei richiedenti asilo in tali luoghi, sancito con la cd. Bossi-Fini[23], ne ha cambiato natura. Fino a quel momento, infatti, il sacrificio della libertà era unicamente legittimato dalla necessità di eseguire un decreto di espulsione o respingimento.

A partire dal 2002 i Centri sono diventati per i richiedenti i luoghi istituzionali dell'attesa e dell'immobilismo, termini peraltro già ben noti ai precedenti ospiti *malgré eux*.

Nei 15 anni successivi si è assistito alla frequente riscrittura della normativa in senso progressivamente afflittivo, coerentemente alla crescita dell'allarme mediatico associato alla cd. crisi dei rifugiati.

Ogni novella ha riproposto un impressionante grado di approssimazione e sommarietà – *la legge che confonde* – che incrina la fiducia nel diritto e attribuisce all'interprete un potere semi-dominico.

In questa prospettiva il legislatore nazionale ha avuto buon gioco di una normativa comunitaria pressoché assente, poiché fino al 2013 – anno di adozione della Direttiva accoglienza rifusa[24] e del Regolamento Dublino III[25] – il trattenimento dell'asilante («*il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione*»[26]) non era disciplinato dal diritto dell'Ue.

L'irruzione del legislatore di Bruxelles, e la trasposizione nel diritto italiano, hanno prodotto risultati paradossali: l'art. 6, d.lgs 142/15, norma che recepisce i principi comunitari, è un groviglio inestricabile di specchi, rimandi, sovrapposizioni e sincopi, i cui mille strati di lettura suggeriscono altrettanti profili di potenziale illegittimità.

Il catalogo aperto delle storture che affligge il trattenimento del richiedente asilo si somma a quello delle anomalie proprie del sistema Cpr, formando un unico corpo malato e tumefatto. Di seguito le cicatrici più profonde.

6. La colpa dell'asilo

Quando la detenzione amministrativa intercetta la traiettoria dei richiedenti asilo, l'inefficienza si tramuta in punizione: se il trattenimento degli stranieri – compresi i soggetti espulsi per pericolosità sociale o terrorismo – non può eccedere i 3 mesi, il migrante *colpevole* di avere chiesto la protezione internazionale può essere ristretto all'interno di un Cpr fino a 1 anno[27].

Ai noti dubbi di costituzionalità che macchiano il sistema del trattenimento[28], la detenzione dei richie-

19. Il trattenimento degli stranieri (non richiedenti asilo) costituisce l'unico caso in cui la giurisdizione sulla libertà personale viene sottratta alla magistratura ordinaria ed attribuita ai giudici di pace, magistrati non togati.

20. Al 1 dicembre 2017 la capienza teorica dei 5 CPR operativi (Bari, Brindisi, Caltanissetta, Roma e Torino, ai quali nel gennaio del 2018 si è aggiunto quello di Potenza) era di 700 posti, ma quella effettiva si fermava a 486. Le presenze erano 417, vale a dire una percentuale irrisoria sul totale della popolazione immigrata irregolare, stimabile al 1 gennaio 2017 intorno alle 500mila persone. Si vedano Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, *Rapporto sui centri di permanenza per il rimpatrio in Italia*, https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.asylumineurope.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fresources%2Frapporto_cie_cpr.pdf, e Fondazione Ismu, *XXIII rapporto sulle migrazioni 2017*, www.ismu.org/2017/12/ventitreesimo-rapporto-sulle-migrazioni-2017/.

21. Corte Cost., 10 aprile 2001, n. 105.

22. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, *Rapporto sui centri di permanenza per il rimpatrio in Italia*, cit.

23. L. 189/02.

24. Dir. 2013/33/Ue.

25. Regolamento (Ue) 604/13.

26. Art. 2, par. 1, lett. *h*), dir. 2013/33/Ue.

27. Art. 6, cc. 2 e 8, d.lgs 142/15.

28. Per una sintetica esposizione della materia si veda Asgi, *Appendice a Le modifiche al d.lgs 286/98 in materia di espulsioni e trattenimenti degli stranieri apportate dalla legge 30.10.2014, n. 161 (Legge europea 2013 bis)*, www.asgi.it/wp-content/uploads/2014/11/

denti aggiunge eclatanti criticità, *in primis* una durata arbitraria.

I termini della procedura amministrativa, peraltro meramente ordinatori, rispondono infatti a criteri talmente vaghi e indefiniti – in un crescendo di avvitamenti lessicali – da risolversi nella completa soggezione alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

Ordinariamente una domanda di protezione presentata da un trattenuto al Cpr, o da uno straniero ristretto in seguito alla richiesta, deve essere decisa entro 9 giorni, ma in ragione della «*sopravvenuta esigenza di acquisire nuovi elementi*» il termine sale a 2 mesi[29].

Qualora «*l'esame della domanda richiede la valutazione di questioni complesse in fatto o in diritto*», in presenza di «*un numero elevato di domande presentate simultaneamente*» o allorché «*il ritardo è da attribuire all'inosservanza da parte del richiedente degli obblighi di cooperazione*», è prevista una proroga di ulteriori 3 mesi[30].

Infine «*ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda*»[31], il termine slitta ulteriormente di 1 mese[32].

All'evanescenza di tali concetti si abbina il silenzio sui criteri per la proroga del trattenimento. Da un lato il principio secondo cui «*Il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda*[33]» svela tutta la propria inconsistenza appena si ricorda che il «*tempo strettamente necessario*» si estende da 9 giorni a 6 mesi, secondo la diffusa prassi che impone termini sempre più stringenti, ma sempre meno perentori.

D'altro canto la norma per la quale «*Il trattenimento è mantenuto soltanto finché sussistono i motivi di cui ai commi 2, 3 e 7*[34]» appare eufemisticamente marginale, poiché prevede la cessazione della restrizione solo allorché i motivi di ritenuta pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblica, il rischio di fuga, l'esclusiva finalità strumentale della domanda o la pendenza del ricorso giurisdizionale vengano meno nel corso del trattenimento. Di qui la delega *legibus soluta* all'interprete.

7. Il diavolo e i dettagli

Allorché la domanda di protezione internazionale venga respinta dalla Commissione territoriale, il trattenuto può proporre ricorso al Tribunale.

Sebbene in contrasto con le previsioni della Direttiva procedure[35], la legge nazionale prevede che a tale impugnazione non consegua la sospensione automatica del provvedimento della Commissione[36], rimettendone la decisione alla discrezionalità del giudice.

Ebbene anche qualora la richiesta cautelare venga accolta e il ricorrente venga autorizzato a permanere in Italia fino alla decisione sul merito, lo stesso continuerà a rimanere nel Cpr fino ad un massimo di 12 mesi complessivi, sebbene l'allontanamento non possa avere luogo[37].

Allorché l'istanza di sospensione venga invece rigettata, lo straniero trattenuto perde la veste di richiedente asilo riscoprendosi semplice espellendo, figlio di uno *ius* minore, rimesso alla competenza del giudice di pace[38].

L'evidente finalità punitiva della normativa nazionale traspare anche dalle ulteriori *correzioni* con cui sono state recepite le garanzie procedurali previste dalle direttive comunitarie.

Un esempio per tutti: l'art. 9, par. 1, Direttiva accoglienza, stabilisce che "*I ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano un prolungamento del trattenimento*",

---

ASGI-Commento-modifiche-legge-n.-161-2014-22.11.2014.pdf.

29. Artt. 27, c. 3, e 28-bis, c. 3, d.lgs 25/08.

30. Art. 27, c. 3, d.lgs 25/08.

31. Dovendosi presumere che l'esame di una domanda di protezione internazionale debba sempre essere adeguato e completo, il criterio di necessità – così come quello di complessità della questione – risulta del tutto arbitrario.

32. Ciò nonostante, quello appena descritto è il meccanismo delle cd. procedure accelerate.

33. Art. 6, c. 6, d.lgs 142/15.

34. Art. 6, c. 9, d.lgs 142/15.

35. Art. 46, par. 6, dir. 2013/32/Ue.

36. Artt. 35-*bis*, c. 3, lett. *a*), d.lgs 25/08.

37. Art. 6, cc. 7 e 8, d.lgs. 142/15.

38. Per un'approfondita analisi delle numerose criticità che connotano la giurisprudenza dei giudici di pace nell'ambito del trattenimento si veda Lexilium, Osservatorio sulla giurisprudenza del giudice di pace in materia di immigrazione, www.lexilium.it.

elementare principio a presidio della libertà personale.

Nella trasposizione della norma un legislatore zelante cede alla tentazione di un piccolo dettaglio, diabolico, una *griffe* a 5 lemmi capace di condannare il richiedente incolpevole a ulteriori mesi di trattenimento. L'art. 6, c. 6, d.lgs. 142/15, recita infatti: «*Eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda [sottolineatura nostra, n.d.r.], non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento*», consentendo così la prosecuzione della restrizione nel caso, peraltro non raro, di ritardo nella valutazione dell'istanza o nella notifica della decisione.

8. La giustizia a debita distanza

Il clamoroso *impasse* del sistema delle garanzie per i trattenuti ha il volto delle tante udienze svolte all'interno dei Centri (invece che nelle aule di giustizia[39]) in assenza del richiedente, nonostante la giurisprudenza di legittimità ne imponga la partecipazione[40]; dei provvedimenti che, a 10 anni dalla Direttiva rimpatri e nonostante la sentenza El Dridi[41], ancora negano il diritto al riesame; soprattutto dell'inappellabilità dei decreti di convalida e proroga, incredibilmente sottratti ad un secondo grado di merito collegiale: come un sistema processual-penalistico privo del Tribunale del riesame, come un moderno ordinamento democratico che ignora il diritto ad un ricorso effettivo garantito dall'art. 13 della Cedu.

L'ultimo sfregio, frutto della *deforma* Minniti-Orlando[42], perfeziona l'allontanamento fisico del richiedente dai luoghi della giustizia privandolo del diritto di sedere al tavolo del giudice che deve decidere della sua libertà (il *proprio* giudice). L'art. 6, d.lgs 142/15, prevede infatti che l'udienza di convalida – e quella/e di proroga? – si svolga «*mediante un collegamento audiovisivo*» tra l'aula di udienza e il Cpr, come per un detenuto in regime di 41-*bis* o.p.

Lo strumento della videoconferenza innesca problematiche a cascata, dalla concreta qualità del contraddittorio al posizionamento dell'interprete, che culminano nel dilemma del difensore, costretto ad assentarsi agli occhi dell'assistito o a quelli di giudice e pubblica amministrazione[43].

Il primo esempio di tecno-giustizia applicata all'asilo maschera il sacrificio della difesa attraverso ideali di efficienza, speditezza e razionalità, fino a liberare il giudice dalla necessità di qualunque contatto con il richiedente, ridotto a mera icona informatica.

9. Del mutuo opportunismo

Ennesima faccia scura del prisma è il destino dei molti richiedenti che presentano la domanda di protezione dall'interno dei Cpr, o meglio che *riescono* a presentare la domanda, visti i notori e paradossali ostacoli all'accesso alla procedura – talora ritardata per intere settimane[44] – che espongono il mancato richiedente al pericolo del rimpatrio.

Se la domanda è ritenuta esclusivamente strumentale, vale a dire presentata «*al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione*», lo straniero rimane all'interno del Centro, come visto, fino a un massimo di 12 mesi.

Poiché qualunque richiesta di protezione è evidentemente finalizzata a prevenire il rimpatrio, l'elemento qualificante della previsione è racchiuso in quell'espressione – «*al solo scopo*» – che andrebbe conseguentemente valorizzata. E invece i Centri ospitano con frequenza disturbante cittadini siriani, afghani, sudanesi, somali, nonostante le statistiche ministeriali indichino che le domande provenienti da

39. L'art. 13, c. 5-*ter*, d.lgs 286/98, prevede la facoltà per le questure di fornire al giudice di pace «*il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo*», ma come noto i Cpr sono spazi di contenimento, di fatto inaccessibili, di pertinenza del Ministero dell'interno e non di quello della Giustizia, con pregiudizio dei canoni di imparzialità dei luoghi e pubblicità delle udienze. In 2 delibere il Consiglio superiore della magistratura ha sottolineato che l'utilizzo dei locali della questura presso i Centri deve essere considerato come «*del tutto residuale e limitato ai casi di impossibilità di procedere alle convalide accompagnando lo straniero presso l'ufficio del giudice*».

40. Giurisprudenza uniforme a partire dalla nota Cass., 24 febbraio 2010, n. 4544.

41. Cgue, 28 aprile 2011, causa C-61/11/PPU, El Dridi c. Italia.

42. L. 46/17.

43. Sul punto si veda G. Savio, *La legge 13 aprile 2017 n. 46 recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale. Prime riflessioni interpretative*, Asgi, giugno 2017, https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fwww.asgi.it%2Fwp-content%2Fuploads%2F2017%2F07%2FScheda-pratica-legge-Minniti-DEF_2.pdf.

44. Nei Cpr l'accesso alla procedura di protezione internazionale è delegato dalle questure all'ente gestore, il cui personale è deputato alla raccolta delle richieste di appuntamento con l'ufficio immigrazione, senza alcuna garanzia di rispetto dei rigorosi termini di legge. Per un approfondimento si veda Iuc, Betwixt and Between: Turin's CIE – A Human Rights Investigation into Turin's Immigration Detention Centre, 2012, www.iuctorino.it/wp-content/uploads/CIE_09_2012FV.pdf.

richiedenti di tali nazionalità siano accolte nella quasi totalità dei casi, e dunque non possano certo definirsi esclusivamente strumentali[45].

Non del tutto superata è anche la prassi di alcune sezioni specializzate di Tribunali di valutare la pretestuosità della domanda di protezione senza nemmeno ascoltare il richiedente, svilendo così il significato della giurisdizione a mero esercizio di arte divinatoria.

Una spessa coltre di ambiguità avvolge inoltre i cd. trattenimenti Dublino, finalizzati all'accertamento dello Stato membro dell'Ue competente alla decisione e all'eventuale esecuzione del trasferimento.

In questo ambito la privazione della libertà personale è consentita solo in presenza di un «*rischio notevole di fuga*»[46], i cui criteri obiettivi – secondo la Corte di Lussemburgo[47] – devono essere «*fissati in una norma cogente di portata generale*» nella legislazione domestica, pena l'inapplicabilità dell'istituto.

Nonostante il legislatore nazionale non abbia stabilito tali criteri (avendo unicamente definito i concetti di rischio di fuga relativi alle Direttive rimpatri e accoglienza), gli stranieri *dublinati* finiscono nei Centri travestiti da ordinari richiedenti asilo, accompagnati da un decreto di trattenimento adottato ai sensi dell'art. 6, d.lgs 142/15, invece che del Regolamento Dublino.

10. Il regno del "dopo"

La conta dei grani di questo rosario proseguirebbe a lungo: le misure alternative al trattenimento previste della Direttiva rimpatri pressoché disapplicate, la facoltà di trattenere chi non vuole fare domanda di asilo in Italia e rifiuta di farsi scansionare i polpastrelli, la promiscuità nei Centri tra richiedenti asilo, pregiudicati, vittime di tratta e sospetti estremisti etc.

Ma la ricognizione dello stato di salute del trattenimento amministrativo non può oscurare l'attenzione sulla salute degli esseri umani che lo sperimentano.

Le persone ristrette nei Cpr, a qualunque titolo, subiscono la soggezione al potere statale nella sua forma più invasiva e umiliante, perfino più profonda rispetto all'universo penitenziario. Il trattenuto dipende in tutto dal carceriere, dalla posizione assegnatagli nella lista di attesa di quanti hanno chiesto di potersi radere, di farsi accendere una sigaretta, di incontrare un medico: «*Loro ti dicono che la parola chiave dentro al CIE è "dopo"*»[48].

Se i Centri sono magneti di dolore e abbandono, non stupisce che a risentirne sia molto spesso la salute dei trattenuti, minacciata dal precario rapporto con il personale sanitario, dall'improprio ricorso agli strumenti terapeutici – psicofarmaci e sonno-inducenti, in particolare – e dalla tentazione dell'autolesionismo.

Per chi non accetta il proprio trattenimento la ricerca della libertà scivola «*dalle aule di giustizia alla superficie dei corpi*»[49], autentici tavoli delle trattative sui quali negoziare l'uscita dal Centro attraverso il digiuno, le labbra cucite, i metalli ingoiati.

Anche per questo rabbia e disperazione periodicamente infiammano le parole, le azioni e i materassi nei Centri, levando colonne di fumo su cui soffia il vento della mistificazione politica, con i suoi proclami e i raggiri lessicali – Cpta, poi Cpt, quindi Cie, ora Cpr.

Dicono i puristi che non è una prigione. Dicono i trattenuti che è pure peggio[50]. Come per il sistema carcerario molto spesso non è la gravità della condotta a segnare il destino delle persone, ma la carenza di risorse, l'appartenenza a minoranze, la colpa d'autore. Abitualmente nei Centri non finiscono i soggetti più pericolosi o i più scaltri, ma i più *deboli*, richiedenti asilo in testa.

---

45. Nel 2015 i tassi di rigetto delle domande di protezione provenienti da cittadini afghani, siriani e sudanesi sono stati rispettivamente dell'1%, 2% e 12%. Nel 2016 i tassi di rigetto delle domande di protezione provenienti da cittadini afghani, siriani e somali sono stati rispettivamente dell'1%, 0% e 1% (Ministero dell'interno, *I numeri dell'asilo. Quaderno statistico dal 1990 al 2016*, https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fallegati%2Fquaderno_statistico_per_gli_anni_1990-2016_.pdf).

46. Art. 28, Reg. 604/13.

47. Cgue, 15 marzo 2017, causa C-528/15, Al Chodor e altri c. Repubblica ceca.

48. Iuc, *Betwixt and Between – Turin's Cie, Un'indagine sui diritti umani all'interno del centro di identificazione ed espulsione di Torino*, settembre 2012, p. 19, https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.iuctorino.it%2Fwp-content%2Fuploads%2F20121206_Betwixt_Between_ExtractsInItalian.pdf. Sulle condizioni di trattenimento degli stranieri in Italia si veda la copiosa letteratura prodotta, tra gli altri, da LasciateCIEntrare, Medu, Melting Pot, A buon diritto, Antigone, Cild, Adif, Altrodiritto.

49. Iuc, *Uscita di emergenza. La tutela della salute dei trattenuti nel Cpr di Torino*, 2018, in corso di pubblicazione.

50. Iuc, *Betwixt and Between – Turin's Cie, Un'indagine sui diritti umani all'interno del centro di identificazione ed espulsione di Torino*, cit., p. 21.

Ecco la fotografia che trasforma qualche goccia – Youssef, Faguimba, Yassine, Zaur, Abdo – nell'istantanea di un'alluvione.

11. La «mattana collettiva» e la pseudo-giustizia

Nel 1992, presentando una delle prime indagini sull'attitudine dei residenti nei confronti degli immigrati, l'allora direttore dell'Ires Piemonte Andrea Prele collocava alla radice dell'ostilità verso gli stranieri il binomio «*incertezza e reticenza*»[51].

Ad un quarto di secolo di distanza, l'analisi si applica con mirabile efficacia al diritto dell'immigrazione, che eleva a norma proprio la reticenza (*la legge che non dice*) e l'incertezza (*la legge che confonde*).

Nessuna tessera del mosaico delle regole *sugli* immigrati denuda i pregiudizi e le ombre del legislatore – cioè del popolo, dell'identità e della cultura che quest'ultimo rappresenta – come quella del trattenimento amministrativo, il più speciale istituto del già-ampiamente-speciale diritto migratorio.

La misura riafferma con la massima eloquenza la gerarchia tra residente e straniero attraverso il contenimento fisico e la segregazione dell'estraneo, privandolo, oltre che della libertà, di procedure certe e garanzie sostanziali.

La reticenza e l'incertezza che dominano la materia trasformano perfino l'ordinario detenuto nelle carceri nazionali – per inciso, già a rischio di trattamenti inumani e degradanti[52] – in un privilegiato, riconosciuto e garantito dal sistema processual-penalistico e dalla legge sull'ordinamento penitenziario.

La procedura penale nasce per proteggere l'accusato dal linciaggio popolare attraverso la garanzia di un *carnet* minimo di diritti fondamentali: all'integrità fisica, al contraddittorio, alla parola, al silenzio. Al contrario la normativa frammentaria, irrazionale e spietata che regola la restrizione della libertà personale dello straniero dimentica che la certezza del diritto non è solo rivendicazione punitiva e bassi istinti legalisti, ma anche e soprattutto tutela delle prerogative individuali.

51. Ires, *Rumore: atteggiamento verso gli immigrati stranieri*, in Informaires, anno IV, n. 2, numero 9, dicembre 1992, pp. 17-19, http://archive.digibess.eu/islandora/object/librib:448806#page/16/mode/2up.

52. Cedu, 8 gennaio 2013, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, causa Torreggiani e altri c. Italia.

Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale

di *Martina Flamini*

Nel procedimento per il riconoscimento del diritto fondamentale alla protezione internazionale, le peculiarità della situazione soggettiva tutelata e l'applicazione dei principi di derivazione europea determinano una significativa modifica dei poteri-doveri del giudice civile. L'esame delle modalità secondo le quali essi si modificano in ragione delle caratteristiche del diritto da tutelare, ed i temi relativi al principio della domanda, all'attenuazione del principio dispositivo in ambito probatorio ed al dovere di cooperazione del giudice vengono esaminati nella prospettiva del principio di effettività della tutela.

1. Il principio di effettività della tutela ed i poteri e doveri del giudice in un giudizio di protezione internazionale

La materia della protezione internazionale costituisce un campo elettivo per l'analisi del nesso inscindibile esistente tra le forme e tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona – come quello in esame – ed il diritto di adire il giudice. L'esigenza di garantire al richiedente protezione un rimedio effettivo a tutela del diritto dallo stesso vantato impone una riflessione sul modo in cui i poteri ed i doveri del giudice, nell'attuazione di tale diritto, ed alla luce dell'applicazione del diritto europeo, si stiano modificando.

Il diritto alla protezione internazionale si atteggia come un diritto del tutto peculiare, per caratteristiche intrinseche e per condizioni di esercizio[1]. Chi «teme a ragione di essere perseguitato», chi fugge dal pericolo di subire una persecuzione, chi teme di essere esposto al rischio di un danno grave per la sua incolumità o per la sua stessa sopravvivenza, deve affrontare un lungo e difficile "viaggio" per poter chiedere tutela di un diritto che preesiste al suo formale riconoscimento[2].

Le caratteristiche del diritto in esame e la indubitabile condizione di squilibrio tra le parti del detto processo[3] impongono una riflessione sul ruolo del giudice e, in particolare, sui poteri e doveri dell'organo giudicante che, decidendo su una domanda di protezione internazionale, non si trova a dover valutare

1. Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot nella causa C-429/2015, paragrafi 70 e 75, ove si afferma che chi legittimamente cerca una protezione internazionale versa in condizioni umane e materiali estremamente difficili e, di conseguenza, la procedura da questi avviata presso le autorità nazionali competenti deve garantirgli il mantenimento dei suoi diritti essenziali.

2. Nel *Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato* dell'Alto commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati (Ginevra, 1979), al capitolo 1, è espressamente previsto che «una persona è "rifugiato" ai sensi della Convenzione del 1951 quando soddisfa i criteri enunciati nella definizione. Questa condizione si realizza necessariamente prima che lo *status* di rifugiato sia formalmente riconosciuto: di conseguenza, la determinazione di tale *status* non ha l'effetto di conferire la qualità di rifugiato, ma constata l'esistenza di detta qualità. Una persona non diventa quindi un rifugiato perché è stata riconosciuta come tale, ma è riconosciuta come tale proprio perché è un rifugiato».

3. Cfr. la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul principio di *equality of arms*, *European Court of Human Rights, decision from 11th of February* 1975, Golder *versus* England, par. 41; *European Court of human Rights, decision from 17th of January* 1970, Delcourt *versus* Belgium, par. 21.

atti o comportamenti, ma a verificare la credibilità della "storia" narrata dal ricorrente, secondo regole di giudizio del tutto peculiari.

L'esame del modo in cui i poteri e doveri del giudice si modificano in ragione delle caratteristiche del diritto oggetto di tutela – caratteristiche sostanziali che incidono anche sulle regole processuali – non può prescindere da una breve premessa sul principio di effettività della tutela[4].

Il rapporto tra giudice e parti nel processo di riconoscimento della protezione internazionale è stato profondamente inciso dai principi generali dell'Unione europea, dalle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Quest'ultima, in particolare, ha enfatizzato la correlazione tra diritto sostanziale e regole processuali, sottolineando come i diritti del richiedente asilo postulino l'applicazione di regole processuali specifiche.

Il principio di tutela giurisdizionale effettiva, in particolare, costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, sancito dai richiamati artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e poi ribadito all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[5]. È dunque compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 4 Tue, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli individui in forza delle norme del diritto dell'Unione[6]. Le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi in materia interna (principio di equivalenza) né devono rendere praticamente impossibile od eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

La Corte di cassazione ha qualificato il principio di effettività come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volto ad assicurare il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato» (Cfr. Cass. 11564/2015; Cass. 21255/2013).

Con particolare riguardo alla materia della protezione internazionale, l'art. 46, paragrafo 1 della Direttiva 2013/32/Ue prevede che gli Stati membri sono tenuti a disporre che il richiedente abbia diritto a un rimedio effettivo dinanzi ad un giudice nei casi elencati in tale disposizione e, in particolare alla lettera a), punto i), ossia avverso la decisione di ritenere la domanda infondata in relazione allo *status* di rifugiato e/o allo *status* di protezione sussidiaria. Gli Stati membri, inoltre, devono assicurare che un rimedio effettivo preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto, compreso l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/Ue, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado. Il paragrafo 4 dell'art. 46 della Direttiva dispone inoltre che gli Stati membri devono prevedere termini ragionevoli, nonché introdurre le altre norme necessarie per l'esercizio, da parte del richiedente, del diritto ad un rimedio effettivo di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo. I termini prescritti, non devono, tuttavia rendere impossibile o eccessivamente difficile tale accesso[7].

L'art. 47 afferma l'esigenza di dare attuazione alla pretesa di un rimedio effettivo, inteso come predisposizione di adeguati strumenti di tutela ed idonee fattispecie processuali, capaci di garantire la piena soddisfazione dei diritti e degli interessi tutelati[8].

In particolare, l'art. 4 della Direttiva Qualifiche, «Esame dei fatti e delle circostanze», prevede, al comma 1: «gli Stati membri possono ritenere che il richiedente sia tenuto a produrre quanto prima tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale. Lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda».

---

4. Cfr. I. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale,* in *Enciclopedia del Diritto,* Annali, 2017, pp. 355, ss. e G. Vettori, *Effettività delle tutele (diritto civile), ibidem,* 2017.

5. Sentenza *Unibet*, C-432/05, Eu:C.2007:163, punto 37 e giurisprudenza ivi citata. Sul rapporto tra artt. 6 e 13 ed art. 47 della Carta dei diritti fondamentali cfr. *Actiones Handbook on the techniques of judicial interactions in the application of Eu Charter*, finanziato dalla Commissione europea Dg Diritti fondamentali i cui materiali sono disponibili sul sito www.cjc.eu.

6. Sentenza *Unibet* Eu:C.2007:163, punto 38; sentenza *Rewe*, 33/76, Eu:C:1976:188, punto 5 e sentenza *Comet* 45/76, Eu:C:1976:191, punto 12.

7. Cfr. Sentenza *Danqua*, causa C 429/15, ove la Corte di giustizia ha affermato che il principio di effettività deve essere interpretato nel senso che esso si pone come ostativo ad una norma procedurale nazionale che assoggetta una domanda volta ad ottenere lo *status* di protezione sussidiaria ad un termine di decadenza di quindici giorni lavorativi a decorrere dalla notifica, da parte dell'autorità competente, della possibilità, per un richiedente asilo la cui domanda sia stata respinta, di presentare una siffatta domanda.

8. N. Trocker, *Il diritto processuale europeo e le "tecniche" della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia,* in *Eur. Dir. Priv.* 2010, p. 361.

L'esame dei fatti e delle circostanze ha luogo in due fasi distinte: la prima riguarda l'accertamento delle circostanze di fatto che possono costituire elementi di prova a sostegno della domanda, mentre la seconda ha ad oggetto la valutazione giuridica di tali elementi, che consiste nel decidere se, alla luce dei fatti che caratterizzano una fattispecie, siano soddisfatti i requisiti sostanziali per il riconoscimento di una protezione internazionale. Come chiarito dalla Corte di giustizia[9], «benché il richiedente sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, spetta tuttavia allo Stato membro interessato cooperare con tale richiedente nel momento della determinazione degli elementi significativi della stessa. Tale obbligo di cooperazione in capo allo Stato membro implica, pertanto, concretamente che, se, per una qualsivoglia ragione, gli elementi forniti dal richiedente una protezione internazionale non sono esaustivi, attuali o pertinenti, è necessario che lo Stato membro interessato cooperi attivamente con il richiedente, in tale fase della procedura, per consentire di riunire tutti gli elementi atti a sostenere la domanda. Peraltro, uno Stato membro riveste una posizione più adeguata del richiedente per l'accesso a determinati tipi di documenti».

Alla luce delle considerazioni svolte in merito al principio di effettività della tutela, occorre precisare che, nella trattazione di un procedimento volto alla tutela del diritto fondamentale della persona, il giudice deve vigilare affinché vi sia un esame completo, rigoroso ed approfondito della domanda. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativa all'art. 13 della Convenzione, considera che «tenuto conto dell'importanza che [essa] attribuisce all'art. 3 e della natura irreversibile del danno che può essere causato nell'ipotesi di realizzazione del rischio di tortura o maltrattamenti, l'effettività di un ricorso ai sensi dell'art. 13 richiede imperativamente un attento controllo da parte di un'autorità nazionale, un esame autonomo e rigoroso di ogni censura secondo la quale vi è motivo di credere a un rischio di trattamento contrario all'art. 3[10]».

L'esame attento e rigoroso, che condiziona l'effettività del ricorso, deve dunque includere, almeno, la considerazione di tutte le censure basate sull'art. 3 del d.lgs 251/2007 e permettere di assicurarsi in concreto dell'esistenza o meno del rischio nel Paese di rimpatrio. Nella sentenza *Singh c. Belgio*, la Corte di Strasburgo ha inoltre precisato che il ricorso «deve permettere di escludere ogni dubbio, per quanto legittimo, riguardo all'infondatezza di una domanda di protezione, ciò a prescindere dall'estensione delle competenza dell'autorità incaricata del controllo»[11].

L'applicazione del principio di effettività e del diritto ad un rimedio effettivo richiede, pertanto, l'adozione di nuove modalità di intervento da parte del giudice, che, attraverso gli strumenti processuali tipici del settore in esame (e facendo uso degli ampi poteri officiosi ed istruttori sui quali si tornerà in seguito), assicuri tutela ai diritti fondamentali invocati dai richiedenti protezione internazionale.

2. L'oggetto della domanda e disponibilità delle prove

Chi chiede tutela di un diritto deve indicare ed allegare i fatti costitutivi, atteso che proprio con riguardo a detti fatti – e solo ad essi – si manifesta la facoltà esclusiva dell'attore nella determinazione del contenuto dell'oggetto del processo. La disposizione di cui all'art. 115 cpc – nella parte in cui prevede che «salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero» – afferma che il giudice non è vincolato solo all'allegazione dei fatti compiuta dalle parti, ma anche alle prove offerte rispetto ai fatti allegati.

Ora, mentre il primo vincolo discende come conseguenza necessaria dal principio della domanda e da quello della disponibilità della tutela giurisdizionale, il secondo attiene agli strumenti tecnici attraverso i quali il giudice forma il suo convincimento nell'accertamento dei fatti.

Una volta che il titolare del diritto abbia chiesto tutela, così definendo i confini della sua richiesta, è interesse dello Stato che quella tutela sia prestata nel modo tecnicamente più appropriato. Nelle controversie relative al riconoscimento dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria e della protezione umanitaria, il giudice, sulla base dei fatti specifici individuati ed allegati dalla parte, non è tenuto a servirsi solo delle prove che gli sono state offerte dalle parti, ma, in ossequio alle disposizioni sopra citate, cooperando con il ricorrente, può disporne autonomamente l'acquisizione.

Il richiedente protezione internazionale ha l'onere di allegare i fatti e le prove, come indicato nell'art. 3 del

9. Corte Giust. Ue, sentenza C-277/11, 2012, punto 65.

10. Cedu, 21 gennaio 2011 M.*S.S. c. Belgio e Grecia*, par. 293.

11. Cedu, 2 ottobre 2012, *Singh c. Belgio*, par. 103.

d.lgs n. 251 del 2007[12]. Assolto tale onere, nella prima fase amministrativa, non deve fornire alcuna qualificazione giuridica alla propria domanda ed il giudizio davanti le Commissioni territoriali si svolge senza alcun vincolo costituito dal principio della domanda[13].

Qualora la Commissione territoriale non abbia accolto la domanda di protezione internazionale, ovvero quando la Commissione nazionale per il diritto di asilo abbia (a norma degli artt. 9, 13, 15 e 18 del d.lgs 251/2007) revocato o dichiarato la cessazione dello *status* di protezione internazionale in precedenza riconosciuto dalla Commissione territoriale, è consentito al ricorrente di adire il giudice ordinario per la tutela dei suoi diritti.

Nel giudizio dinanzi al Tribunale, premessa l'irrilevanza dell'indicazione precisa del *nomen iuris* del diritto alla protezione internazionale che s'invoca – essendo richiesta esclusivamente la prospettazione di una situazione che possa configurare il rifugio politico o la protezione sussidiaria[14] – il giudice deve valutare la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento della protezione partendo dalla misura che integra una condizione di maggior protezione, quale lo *status* di rifugiato, per giungere alla misura di minor protezione (quale la protezione sussidiaria)[15].

Ciò non implica alcuna violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Se, infatti, il ricorrente ha chiesto una forma di protezione maggiore, il giudice, d'ufficio, può senza dubbio riconoscere una forma di protezione minore (sussidiaria o umanitaria), se ne ravvisa i presupposti. Ad analoghe conclusioni può giungersi anche con riguardo all'ipotesi inversa di domanda di una forma di protezione minore e riconoscimento di una forma di protezione maggiore. L'individuazione della specifica forma di protezione cui il ricorrente, sulla base dei fatti ritenuti accertati, ha diritto, infatti, configura una questione di qualificazione giuridica, riservata al giudice.

Quid iuris, in particolare, con riferimento alla «domanda di protezione umanitaria»?

Atteso che, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (cfr., fra le altre, Cass. 4/8/2016 n. 16362), il diritto di asilo riconosciuto dall'art. 10 Cost. risulta interamente attuato e regolato attraverso le tre forme di protezione previste dall'ordinamento vigente (rifugio, protezione sussidiaria e protezione umanitaria), ne discende che la domanda con cui il richiedente invoca il diritto all'asilo non può essere sezionata e frammentata in base alle diverse forme di tutela riconoscibili, previste dall'ordinamento, ma consiste in un'unica domanda (di protezione) attraverso la quale il richiedente chiede che gli venga accordata la forma di tutela ritenuta più rispondente al suo caso di specie.

Orbene, poiché il procedimento avente ad oggetto la domanda di protezione si articola in una prima fase amministrativa e in una successiva fase giurisdizionale (eventuale), il giudice, chiamato a decidere sul diritto alla protezione dopo il diniego da parte dell'autorità amministrativa, deve all'evidenza poter riconoscere al ricorrente le stesse forme di tutela previste dall'ordinamento e che non sono state già riconosciute all'esito della fase amministrativa. Pertanto, qualora la Commissione territoriale non abbia ravvisato neppure i gravi motivi umanitari idonei al rilascio del permesso di soggiorno *ex* art. 5 co. 6 Tui, il Tribunale adito con il ricorso *ex* art. 35 può riconoscere all'esito del giudizio, oltre ad una delle due tutele maggiori di protezione internazionale, anche il diritto alla forma di protezione minore (la protezione umanitaria).

---

12. Art. 3, primo comma, del d.lgs n.251 del 2007 «*1. Il richiedente è tenuto a presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la medesima domanda. L'esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda. 2. Gli elementi di cui al comma 1 che il richiedente è tenuto a produrre comprendono le dichiarazioni e tutta la documentazione in possesso del richiedente in merito alla sua età, condizione sociale, anche dei congiunti, se rilevante ai fini del riconoscimento, identità, cittadinanza, paesi e luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di identità e di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale. Art. 3. Esame dei fatti e delle circostanze 1. Il richiedente è tenuto a presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la medesima domanda. L'esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda. 2. Gli elementi di cui al comma 1 che il richiedente è tenuto a produrre comprendono le dichiarazioni e tutta la documentazione in possesso del richiedente in merito alla sua età, condizione sociale, anche dei congiunti, se rilevante ai fini del riconoscimento, identità, cittadinanza, paesi e luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di identità e di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale*».

13. Un indice normativo diretto di tale caratteristica di questo giudizio è fornito dall'art. 32 comma 3 *bis* del d.lgs n. 25 del 2008, ai sensi del quale quando la Commissione, pur escludendo la ricorrenza dei requisiti per le misure tipiche ritenga che ci siano gravi motivi di carattere umanitario, individuati *ex officio* sulla base delle dichiarazioni, allegazioni e prove fornite dal richiedente, deve trasmettere gli atti al Questore per il rilascio del permesso umanitario.

14. Cass. 14998 del 2015.

15. L'ordine di esame gradato dalla misura maggiore alle minori è direttamente desumibile dal combinato disposto degli art. 8 comma 2 del d.lgs n. 25 del 200 - modificato per effetto del d.lgs n. 142 del 2015 proprio su tale specifico profilo. La regola si completa con il citato art. 32 che impone la valutazione residuale dei presupposti per il permesso umanitario

Né a diverse conclusioni può giungersi in ragione della nuova formulazione dell'art. 35 bis del d.lgs 25/2008[16], come modificato con il decreto legge 17 febbraio 2017 n. 13 (Gu serie generale n. 40 del 17/2/2017) «*Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*», convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017 n. 46 (Gu n. 90 del 18/4/2017). La cognizione del giudice ordinario *ex* art. 35 d.lgs 2008 – il quale rinvia, a sua volta, alla disciplina dettata dall'art. 35 *bis* – non si riferisce unicamente alle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale, ma ricomprende anche la valutazione dei presupposti per la concessione della protezione umanitaria, in tal modo evitandosi un'incongrua frammentazione della necessaria unitaria valutazione di merito – sulla sussistenza di presupposti idonei a giustificare una forma di protezione - demandata al giudice. È infatti consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui la decisione negativa assunta dalla Commissione territoriale, tenuta d›ufficio a verificare l'esistenza delle condizioni per il conseguimento di un permesso di natura umanitaria, ai sensi dell'art. 32, comma 3, d.lgs 28 gennaio 2008 n. 25, è ricorribile, ai sensi del successivo art. 35, davanti al giudice ordinario, il quale, in caso di diversa valutazione dei requisiti per l'ottenimento di tale misura, deve procedere al riconoscimento del diritto alla tutela umanitaria e all'assunzione del provvedimento omesso dalla Commissione territoriale (così, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. VI, 9/12/2011, n. 26481; v. anche Cass. civ., sez. un., 28/2/2017, n. 5059). Tanto si spiega, in assenza di indicazioni contrarie da parte del legislatore, nell'accertata identità delle situazioni giuridiche relative al riconoscimento dello *status* di rifugiato e alla concessione di misure di "protezione sussidiaria" e dei permessi di soggiorno per motivi umanitari (Cass. civ., sez. un., 9/9/2009, n. 19393).

3. Il principio di non contestazione

L'art. 115 cpc, come modificato dalla l. n. 69/2009, fa riferimento espresso alla "parte costituita". Il principio della specifica contestazione – e, di conseguenza, l'effetto della *relevatio ab onere probandi* ad esso conseguente – è destinato a non operare ogni qualvolta in giudizio siano evocate una o più parti non costituite[17].In caso di contumacia, infatti, i fatti affermati dal ricorrente non si reputano "non contestati", atteso che detta regola del processo contumaciale "è in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita" (Corte Cost., 12 ottobre 2007 n. 340).

Nei procedimenti di protezione internazionale, se la pubblica amministrazione non si costituisce ma si limita a mettere a disposizione la documentazione utilizzata nella fase amministrativa (come previsto dall'art. 35 *bis* commi 7 e 8), il principio di non contestazione non potrà trovare applicazione.

Orbene, nel casi in cui la pubblica amministrazione si sia costituita, occorre esaminare come il principio in esame si atteggi nei procedimenti di protezione internazionale.

La disposizione di cui al novellato art. 115 cpc – che va ad incidere direttamente sul riparto degli oneri probatori –, infatti, fa della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti.

Ne consegue che l'onere di contestazione sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per i fatti ad essa ignoti[18] (o non compiutamente allegati).

Nel giudizio di protezione internazionale non potrebbe, pertanto, configurarsi un onere di contestazione in capo all'amministrazione in merito ai fatti relativi alla storia personale del ricorrente. Gli elementi relativi all'età, alla condizione sociale (anche dei congiunti), alla cittadinanza, ai motivi della domanda di protezione (cfr. art. 3 d.lgs 251/2007), non possono, infatti, ritenersi fatti noti alla Commissione territoriale.

16. L'art. 35, infatti, continua a prevedere letteralmente il ricorso alla tutela giurisdizionale per il riconoscimento di una delle forme di tutela internazionale (rifugio e protezione sussidiaria) mentre l'art. 35 bis (al pari dell'art. 19 d.lgs 150/2011) fa riferimento soltanto al riconoscimento dello *status* di rifugiato o di persona a cui è accordata la protezione sussidiaria.

17. Cfr. Verde, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2010, secondo il quale il principio in questione non può mai trovare applicazione in caso di contumacia consistendo la stessa in «un comportamento equivoco e non concludente». Sulla giurisprudenza che aveva tipizzato il principio di non contestazione prima della novella introdotta dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, cfr. Cass. sez. un. 761/2002. Nello stesso senso, si registrano, *ex pluribus*, Cass. 28 novembre 2003, n. 18263; Cass. 18 marzo 2004, n. 5487; Cass. 20 febbraio 2006, n. 3601; Cass. 12 luglio 2006, n. 15777; Cass. 23 giugno 2009, n. 14623.

18. Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2013, n. 3576.

Più dubbia la possibilità di far uso del principio in esame con riferimento ai fatti relativi alla sussistenza di una situazione di conflitto armato interno da violenza generalizzata. In merito a fatti relativi al livello di violenza che imperversa in un determinato territorio, all'intensità degli scontri armati, al livello di organizzazione delle forze armate presenti ed alla durata del conflitto[19], infatti, può ipotizzarsi che, a fronte di un'allegazione specifica da parte del ricorrente relativa all'esistenza dei detti elementi, in caso di non contestazione da parte della pubblica amministrazione costituita, il giudice possa ritenerli provati (e debba, pertanto, qualificarli come indici sintomatici di una situazione riconducibile ai presupposti di cui all'art. 14 lettera c), d.lgs 251/2007).

4. Il dovere di cooperazione del giudice e il rispetto della terzietà dell'organo giudicante

Il dovere di cooperazione dello Stato membro[20] grava sia sull'amministrazione che sull'autorità giurisdizionale, secondo modalità che differiscono a seconda delle caratteristiche procedimentali[21]. La correlazione esistente tra il dovere di cooperazione dell'amministrazione e quella dell'autorità giurisdizionale comporta che eventuali deficienze relative alla cooperazione dell'amministrazione possano, e debbano, essere colmate in sede giurisdizionale. Emblematico, a tal riguardo, il caso in cui il diritto ad un "colloquio personale", previsto dall'art. 14 della Direttiva 2013/32/Ue solo per la fase amministrativa (e non, invece, per quella giurisdizionale) non sia stato garantito al ricorrente. In tal caso, il giudice deve cooperare con il ricorrente provvedendo all'audizione dello stesso, in tal modo garantendo il recupero, in fase giurisdizionale, delle garanzie non rispettate nella fase amministrativa.

La Corte di cassazione – più volte soffermatasi sulla portata delle citate disposizioni, con riferimento al ruolo del giudice – ne ha evidenziato le peculiarità dei poteri e doveri in un giudizio di protezione internazionale, disegnando i confini del dovere di cooperazione. In particolare, ha precisato che tale dovere impone al giudice di valutare se il richiedente abbia compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda, se tutti gli elementi pertinenti in suo possesso siano stati prodotti e se sia stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi[22].

Le modalità di cooperazione dell'autorità giurisdizionale vanno definite nell'ambito delle regole che presiedono il processo civile. Il dovere di cooperazione– che permea l'intero procedimento – richiede che il giudice relatore esamini le precedenti dichiarazioni rese dal ricorrente (sia dinanzi alla questura che nel corso dell'audizione dinanzi alla Commissione territoriale) e valuti se, in ragione di quanto riferito dal ricorrente, della presenza di contraddizioni, di elementi da approfondire o di ulteriori aspetti non esaurientemente affrontati dinanzi alla Commissione (nei limiti dei fatti allegati), sia necessario, in ossequio a quanto chiarito dalla Corte di Giustizia[23], disporre una nuova audizione (cfr. L. Breggia, par. 4, *L'audizione del richiedente asilo*, su questo numero di questa *Rivista*, p.190).

Nei casi in cui il giudice relatore ritenga di dover disporre una nuova audizione del ricorrente, il dovere di cooperazione si articola attraverso l'indicazione di informazioni relative al dovere di motivare la richiesta[24], ponendo allo stesso domande appropriate durante l'interrogatorio libero e consentendo al richiedente di chiarire eventuali elementi poco circostanziati o contraddittori che farebbero propendere per una valutazione negativa di credibilità.

Ancora, con riferimento alla fase istruttoria, il dovere di cooperazione si atteggia come ulteriore vaglio di credibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente

19. Sugli elementi da considerare ai fini della sussistenza di una condizione di violenza indiscriminata, cfr. Corte di giustizia, IV Sezione, 30 gennaio 2014, *AboubacarDiakité/Commissairegénéralauxréfugiés et auxapatrides*.

20. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito al contenuto del dovere di cooperazione, cfr. Corte di giustizia C-277/11, *M.M. (1),* Eu:C:2012:744; Corte di giustizia C-560/14, *M.M. (2),*ECLI:Eu:C:2017:101.

21. Cfr. i commenti formulati dall'Unhcr alla Direttiva 2004/83 relativi all'articolo 4, paragrafo 1, della medesima, nella quale si trattava di istituire una «responsabilità comune al richiedente e all'esaminatore» per quanto riguarda il compito di stabilire e di valutare gli elementi necessari all'esame della domanda.

22. Cass. civ., sez. VI-1, 30 luglio 2015 n. 16201; v., anche, Cass. Civ., sez. VI-1, 16 luglio 2015 n. 14998.

23. Corte di giustizia Ue Causa C 560/14, 9 febbraio 2017 e Corte di giustizia dell'Ue, Causa C-348/16, *MoussaSacko*, 26 luglio 2017. In entrambe le pronunce la Corte di giustizia ha chiarito che il «diritto ad un colloquio orale» è previsto dall'art. 46 della direttiva 2013/32 solo per la fase amministrativa, ma non nella fase giurisdizionale ove il giudice, deve procedervi se tale adempimento risulti necessario per un «esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto».

24. Corte Giust. Ue, sentenza C-277/11, 2012, punto 65.

asilo. In tale prospettiva (non potendoci soffermare in questa sede sul tema della valutazione di credibilità delle dichiarazioni del ricorrente), assume particolare importanza l'acquisizione – da parte del giudice – di aggiornate informazioni sul Paese d'origine del ricorrente, non potendosi il giudicante limitare, in caso di informazioni poco aggiornate o comunque limitate ad una sola fonte, a consultare quelle indicate nel provvedimento di diniego[25].

Infine, quando il complessivo quadro allegativo e probatorio fornito non sia esauriente, ma il giudizio di veridicità alla stregua degli altri indici (di genuinità intrinseca) sia positivo (con l'evidente corollario che porta a ritenere che, in presenza di dichiarazioni intrinsecamente inattendibili, il dovere istruttorio del giudice non sorge[26]), il giudice integra il giudizio di veridicità delle dichiarazioni del richiedente con l'assunzione delle informazioni relative alla condizione generale del Paese[27]. Con riferimento a tale aspetto, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito il dovere del giudice di verificare, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione di cui al d.lgs 28 gennaio 2008, n. 25, art. 8, comma 3, se la situazione di esposizione a pericolo per l'incolumità fisica indicata dal ricorrente (astrattamente sussumibile in una situazione tipizzata di rischio), sia effettivamente sussistente nel Paese nel quale dovrebbe essere disposto il rimpatrio[28] ed ha sottolineato come tale accertamento debba essere aggiornato al momento della decisione[29]. Più di recente la Suprema corte ha chiarito come il bisogno di protezione internazionale possa sorgere anche in un momento successivo rispetto alla partenza del richiedente dal proprio paese «tanto per ragioni oggettive ("avvenimenti") quanto per ragioni soggettive ("attività svolte dal richiedente")» e come il giudice, facendo uso dei propri poteri istruttori ed officiosi, debba accertare, con riferimento all'attualità, la dedotta sussistenza di una situazione di instabilità socio-politica e di violenza indiscriminata nel Paese d'origine[30].

Il dovere di cooperazione, inoltre, si apprezza anche con riferimento alla valutazione delle prove costituite. Con particolare riferimento alle eccezioni di contestazione della conformità dei documenti prodotti dal richiedente agli originali – e di sostanziale credibilità delle sue dichiarazioni – la Suprema corte ha infatti chiarito come non operi il tradizionale principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario, poiché il giudice, «prescindendo da preclusioni o impedimenti processuali, ha il dovere di cooperare nell'accertamento dei fatti rilevanti, compiendo un'attività istruttoria ufficiosa, se del caso utilizzando canali diplomatici, rogatoriali ed amministrativi, essendo necessario temperare l'asimmetria derivante dalla posizione delle parti»[31].

I principi del diritto europeo (in particolare, il diritto ad un giusto processo, il diritto ad un rimedio effettivo, il diritto ad una buona amministrazione, nonché i generali principi di difesa, equivalenza delle armi e proporzionalità), la giurisprudenza della Corte di giustizia, quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché i risultati del dialogo verticale ed orizzontale tra Corti stanno così modificando assai sensibilmente l'interpretazione delle regole processuali nazionali[32].

---

25. In particolare, la Suprema corte ha ribadito: che il giudice deve accertare la situazione del Paese d'origine con riferimento all'area indicata come di provenienza, e, nell'ipotesi in cui sia contrastante con le indicazioni delle parti, dare conto delle fonti e della loro datazione (Cass. Sez. VI 3347/2015); che il giudizio di genericità ed inattualità dei rischi di persecuzione e dei pericoli per la propria incolumità deve correttamente fondarsi sull'esame di un'indagine "aggiornata" del Paese d'origine, fondato sulle informazioni assunte da porre a confronto con le dichiarazioni del ricorrente medesimo (Cass. sez. VI 28/05/2013 n. 13172); che nell'ipotesi in cui le fonti istituzionali previste dalla norma risultino insufficienti o di difficile ricezione, il giudice si può avvalere di fonti integrative purché qualificate ed inerenti all'oggetto della ricerca (Cass. sez. VI 10/01/2013 n. 563).

26. Cfr. Cass. n. 7333 del 10 Aprile 2015.

27. Cfr. Cass. 16202 del 2012; Cass. 10202 del 2011.

28. Cass. civ. 14998/2015, 7333/2015, 24064/2015, 13172/2013, 16202/2012, 10202/2011, 26056/2010, 27310/2008, quest'ultima resa a Sezioni Unite.

29. Cfr. le già richiamate Cass. 14998/2015, 24064/2015, 13172/2013, 10202/2011.

30. Cass. 17.4.2018 n. 9427. Nella pronuncia in esame, la Suprema corte ha cassato la sentenza della Corte d'appello che aveva negato il riconoscimento della protezione sussidiaria ed umanitaria unicamente per la ragione che il ricorrente, molti anni prima, aveva lasciato il Paese d'origine per cercare migliori condizioni di vita, senza esaminare la domanda alla luce delle informazioni precise ed aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese d'origine.

31. Cass. civ. sez. 6-1, ordinanza 25534 del 13 dicembre 2016; con specifico riguardo alla rilevazione d'ufficio, in seno al processo, delle nullità negoziali, Cass. sez. un. 26242-3 / 2014.

32. Cfr. *Judicial implementation of the Charter: Actiones Database Actiones molules on the chapter* – disponibile al seguente *link*: www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation*; Judicial Training Project co-funded by the Justice Programme of the European Commission "Roadmap To European Effective Justice (Re-Jus): Judicial Training Ensuring Effective Redress To Fundamental Ri-*

Considerazioni conclusive

La complessità della relazione tra diritto sostanziale e processo[33], le peculiarità del dovere di cooperazione – peculiarità che richiedono al giudice di esercitare in modo nuovo e rigoroso i suoi poteri e doveri di integrazione officiosa – e la futura ed imminente esigenza di confrontarsi con una nuova disciplina europea[34] impongono un'attenta riflessione sul modo in cui l'esercizio di tali poteri (nella dimensione della ricerca di forme di tutela adeguate alla protezione dei diritti fondamentali invocati) incida sull'indipendenza (nella sua dimensione esterna ed interna) e sull'imparzialità del giudice. Entrambe le dimensioni, infatti, hanno un'influenza diretta sul diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva che, dalla mancanza di imparzialità ed indipendenza, può essere fortemente inciso e irrimediabilmente compromesso.

Un giudice specializzato nella tutela del diritto fondamentale alla protezione internazionale è, ad avviso di chi scrive, prima di tutto un giudice consapevole della difficoltà di decidere, non su atti o comportamenti, ma su una storia umana fortemente condizionata da ostacoli temporali, spaziali, culturali e linguistici. Una difficoltà che può essere affrontata solo grazie ad una formazione continua, attenta alla dimensione multilivello delle fonti ed all'indispensabile confronto con la giurisprudenza sovranazionale e con quella degli altri Stati membri. Una formazione, libera dai condizionamenti che in passato hanno portato a considerare la protezione internazionale come una sorta di Cenerentola del diritto, che si mostri consapevolmente attenta ai complessi profili giuridici (e non solo) che la contraddistinguono, perseguendo e preservando una professionalità in grado di affrontare la sfida (tutt'altro che temporanea e relegata ad una fase di emergenza) che il diritto dell'immigrazione ci impone di risolvere.

Martin Luther King diceva che «*quando un uomo decide di voltare le spalle alla terra in cui è nato, vuol dire che la disperazione ha messo le radici nel suo cuore. E in nessun Paese del mondo sarà mai più lo stesso uomo*».

Ed allora sarà compito di chi si troverà a giudicare la storia di quella donna o di quell'uomo – quella singola donna e quel singolo uomo per il quale quel giudice sarà, forse, l'unico giudice che si troverà di fronte –assicurare un processo in cui (a fronte della indubitabile contrazione delle garanzie, voluta dal legislatore nazionale e preannunciata dal legislatore europeo, per far fronte all'esigenza di celerità ed all'elevatissimo numero di domande di protezione), il giudice – facendo sapiente ed accorto uso del dovere di cooperazione sullo stesso gravante – dia attuazione al principio di "parità delle armi" e garantisca al richiedente un rimedio effettivo.

---

ghts Violations" (JUST/2015/JTRA/AG/EJTR/8703), coordinato dall'Università di Trento, materiali e informazioni disponibili al seguente *link* www.rejus.eu.

33. Cfr., sul legame tra "esigenze di tutela e forme di tutela disponibile", I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale – Contributo allo studio della tutela costitutiva,* Milano, 1998, cap. I, *Tutela specifica e tutela per equivalente*.

34. Cfr. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/Ue.

Il ruolo dell'avvocato nel processo di protezione internazionale

di *Nazzarena Zorzella*

Il ruolo dell'avvocato del richiedente protezione esige una elevata capacità di analisi e una alta professionalità nello studio dei Paesi di provenienza, del tutto differenti dal contesto europeo, ma richiede, prima di tutto, la comprensione della persona umana, i suoi bisogni e la sua richiesta di giustizia. L'avvocato incontra il richiedente dopo che questi ha perso la sua complessità nel percorso amministrativo per il riconoscimento della protezione e deve ricostruire quella individualità per riuscire ad ottenere giustizia.

Quel ruolo oggi è messo a dura prova dalle recenti riforme che rendono molto elevato il rischio di una grave ed incostituzionale contrazione del diritto di difesa del richiedente protezione attraverso la cartolarizzazione del processo, la negazione dell'oralità dell'udienza, la scomparsa della persona del richiedente dalle aule di giustizia, la minaccia della revoca *ex post* del patrocinio a spese dello Stato.

«Molte professioni possono farsi col cervello e non col cuore.

Ma l'avvocato no. L'avvocato non può essere un puro logico, né un ironico scettico, l'avvocato deve essere prima di tutto un cuore: un altruista, uno che sappia comprendere gli altri uomini e farli vivere in sé, assumere su di sé i loro dolori e sentire come sue le loro ambasce.

[...]

In realtà l'avvocatura risponde, anche nello Stato autoritario, a un interesse essenzialmente pubblico altrettanto importante quanto quello a cui risponde la magistratura: giudici e avvocati sono ugualmente organi della giustizia, sono servitori ugualmente fedeli dello Stato, che affida loro due momenti inseparabili della stessa funzione»

Pietro Calamandrei, *Elogio dei giudici*, pp. XXIX (edizione 1959)

1. Di quale giudizio stiamo parlando

Si può dire che il processo sia l'incontro fra tre vertici di un ipotetico triangolo: il diritto (il fatto e la legge), l'avvocato (o meglio, gli avvocati, i contraddittori) e il giudice, interprete e decisore dei primi due. Funzione, quest'ultima, così descritta da Paolo Grossi, in occasione della lezione inaugurale dei corsi di formazione 2017 della Scuola superiore della magistratura: «*Entro il progetto moderno (e la sua conseguente visione del diritto) il giudice doveva adattare il fatto alla norma (una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, cioè – ripetiamolo – squisitamente logico-deduttivo). Oggi, in questo nostro tempo giuridico post-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una invenzione, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le*

sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico»[1].

Definizione che, astrattamente, pertiene anche al giudizio della protezione internazionale, ma in cui è ancora forte il tentativo di *adattare il fatto alla norma*, perché la storia personale del/della richiedente asilo *deve* entrare e modellarsi nella cornice giuridica che il legislatore ha disegnato per dare significato *ex post* a quella storia, che diversamente non avrebbe senso giuridico ma esclusivamente personale ed intimo. Una cornice inevitabilmente forgiata sul diritto espresso da una società diversa e spesso lontana da quella cui appartiene il/la richiedente asilo e in cui ha origine la sua storia, il riconoscimento giuridico della quale dipende dall'incontro (o dallo scontro) tra queste diversità, che scontano in partenza, inevitabilmente, una asimmetria – una chiede, l'altra decide – e la difficoltà di mettersi in relazione proprio perché generate da mondi diversi[2].

Una peculiarità dell'istituto della protezione internazionale è rappresentato dal fatto che attraverso un procedimento (amministrativo prima ed eventualmente giurisdizionale, poi) viene definita l'intera condizione di una persona, la sua identità giuridica e sociale integrale; *poiché chi è riconosciuto beneficiario della protezione assume tale condizione come principale e talvolta esclusiva e solo in un secondo momento viene rappresentata anche come lavoratore, o soggetto familiare, o attivista sociale, o altro: la sua identità rimarrà a lungo (se non per sempre) quella di rifugiato (inteso in senso lato)*. Una trasformazione della identità sociale e personale spesso irreversibile. Per contro, chi tale riconoscimento non otterrà, rimarrà escluso da quella identità sociale e diverrà persona giuridicamente invisibile, oltre che portatrice di un fallimento del progetto individuale di migrazione in ogni caso necessitata, anche se non rientrante nei parametri giuridici pre-definiti della protezione internazionale.

Il diritto di cui parliamo, si diceva, muove da una narrazione. Chi si occupa di protezione internazionale sa bene l'importanza che assumono le dichiarazioni del/della richiedente asilo, conosce l'imprescindibilità di estrarre da un racconto soggettivo i fatti, gli unici, che possono essere giuridicamente determinanti per il riconoscimento della tutela richiesta. Ma sa altrettanto bene quanto siano diversi i linguaggi del/della richiedente e quelli della norma, del giudice, dell'avvocato stesso e finanche dell'interprete linguistico e la difficoltà di comprendersi e di tradurre e cogliere rispettosamente il senso della storia personale. Come ha ben scritto Maurizio Veglio «*Il motivo è semplice: l'irriducibile individualità dell'essere umano rende la ricostruzione di qualunque narrazione personale un faticoso percorso ad ostacoli, che richiede tempo, esperienza e grande dedizione, oltre alle competenze tecniche. Se il tavolo di lavoro è il corpo di un'umanità vulnerata e reietta, il percorso si fa labirintico*»[3].

Caratteristica forse unica nel panorama giuridico, il diritto alla protezione dello straniero è costituito da una storia, da una narrazione di sé che non solo è, in parte, di impossibile verifica (si pensi al timore, stato soggettivo assolutamente personale, o ad una caratteristica del proprio sé quale un determinato orientamento sessuale, o un'adesione religiosa), ma che non può essere ordinariamente verificata con i tradizionali metodi (testimonianze, prove documentali), perché i fatti sono avvenuti in altre latitudini e in contesti quasi sempre esterni alle relazioni giuridiche formali.

Impossibilità a cui il legislatore ha posto rimedio predisponendo una griglia di criteri valutativi in caso di assenza di prove classiche, indici "rivelatori" dell'attendibilità soggettiva (art. 3, co. 5 d.lgs 251/2007), nel contempo imponendo la necessità di conferma oggettiva delle dichiarazioni, desunta dalle «*pertinenti informazioni sul Paese di origine*»4. Una storia, cioè, è credibile se compatibile con quanto si conosce del Paese da cui il/la richiedente proviene.

Un equilibrio delicato e fragile, tra credibilità soggettiva e oggettiva, in cui il ruolo del giudice è fondamentale perché a lui è affidato, da ultimo, quel

---

1. . P. Grossi, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, Scuola superiore della magistratura, lezione inaugurale dei corsi di formazione per l'anno 2017, www.scuolamagistratura.it/images/2017/Inaugurazione/Lezione%20Scandicci%20Pres_Grossi.pdf.

2. . Si vedano: B. Sorgoni, *Chiedere asilo. Racconti, traduzioni, trascrizioni*, in B. Pinelli (a cura), *Migrazioni e Asilo Politico*, Antropologia. Annuario, a. XIII n.15, pp. 131-151, www.ledijournals.com/ojs/index.php/antropologia/article/view/188/181. E. Mencacci, *Tra tecnologie del ricordo e produzione di verità: memoria e narrazione nelle politiche di asilo*, in Encyclopaideia XIX (41), 61-82, 2015. M. Veglio, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 2.2017 - www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it.

3. M. Veglio, cit., p. 2.

4. Oltre all'art. 3 d.lgs 251/2007 anche gli artt. 8 e 27 d.lgs 25/2008, vere e proprie regole di giudizio, come affermato da M. Acierno e M. Flamini, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza* n. 1.2018, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it.

compito di comprendere innanzitutto la storia per poi collocarla nella cornice giuridica; attività che deve espletare con ampia cooperazione con il/la richiedente asilo (art. 3, co. 1 d.lgs 251/2007), non potendosi fermare alla mera valutazione della credibilità soggettiva, perché troppo grande il rischio che rispetto ad essa il giudice porti nel giudizio i propri personali convincimenti. La veromiglianza di una narrazione è un ambito, infatti, troppo discrezionale se scollegato alla conoscenza della realtà del Paese di origine e dunque non possono entrare nel giudizio di riconoscimento di un diritto fondamentale i sentimenti o le opinioni del giudice, quali esse siano.

Non sempre viene operato tale collegamento, se, ad esempio, il giudice (e ancor prima la Commissione) decide che il racconto non è di per sé credibile, perché incoerente o contraddittorio o inverosimile e in tal caso ritiene che non si debba attivare quel meccanismo di cooperazione istruttoria che cerca la conferma oggettiva delle dichiarazioni nelle informazioni sul Paese di origine (Cass. ord. 7333/2015).

In questo modo, tuttavia, non si considera che la narrazione del/della richiedente asilo muove essenzialmente da un bisogno (da esplorare) e non da fatti, i quali ultimi molto spesso altro non sono che la traduzione del primo veicolata con un linguaggio che si è necessariamente adattato al sistema giuridico entro cui deve essere deciso. Il/la richiedente non parlano, quasi mai, con un linguaggio proprio, frutto cioè della propria esperienza di vita, ma con parole che sono quelle che meglio rispondono al sistema giuridico in cui si immettono.

Non è la norma che va incontro all'esperienza di vita, è l'esatto contrario.

Quel fermarsi alla credibilità soggettiva, al racconto, non tiene conto dell'adattamento che è stato imposto al/alla richiedente asilo di trasformare una propria esperienza personale in un linguaggio giuridicamente rilevante pur senza conoscere i meccanismi ed i presupposti di quel sistema nel quale la trasformazione deve avvenire. Operazione alla quale partecipano, a vario titolo, molti soggetti che di quel sistema fanno parte.

Un giudizio, dunque, singolare quello di cui stiamo parlando, segmento finale di un processo che parte dalla persona, da un corpo, e via via si trasforma, fino ad oggettivizzare la narrazione per renderla compatibile con la cornice giuridica pre-determinata.

Per evitare questo rischio, è indispensabile che il giudice veda e parli con il/la richiedente asilo, per restituirgli il corpo e la dignità della *unicità* del diritto preteso e per evitare le oggettive manipolazioni della storia avvenute attraverso i passaggi del procedimento amministrativo.

2. Di quale avvocato stiamo parlando

La legge sull'ordinamento forense, n. 247/2012, afferma che «*L'avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti*» (art. 2, co. 2) e il nuovo Codice deontologico forense, in vigore dal 2014, a conferma di quel dovere, così esordisce «*L'avvocato tutela, in ogni sede, il diritto alla libertà, l'inviolabilità e l'effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio*» (art.1).

È questa l'essenza del "fare" l'avvocato/a, partecipare all'obbligo costituzionale di garantire a tutti l'inviolabilità del diritto di difesa, necessario strumento di collegamento tra la persona che aspira, pretende, invoca giustizia e la giustizia stessa, intesa non come verità ma come decisione resa da un organo imparziale, indipendente, autonomo dal potere esecutivo, cioè libero. Caratteristiche, queste ultime, che non sono però riferibili al diritto, che non è mai neutro e/o imparziale ma espressione di un dato contesto sociale, storico, politico e dunque delle regole accettate da quella comunità e spesso dalla sua maggioranza. Ancor meno neutro, anzi neutrale, è l'avvocato, che, in qualsiasi contesto, per definizione può stare solo da una parte, quella che invoca giustizia e non sempre l'ottiene; ma perché il bisogno di giustizia non sia mortificato, a prescindere dall'esito di una causa, è necessario che siano innanzitutto rispettate le regole del gioco e che tutti i protagonisti svolgano adeguatamente il proprio ruolo, nel rispetto reciproco.

In quel delicato equilibrio, di cui s'è detto, tra storia e sua ricomprensione nella norma, partecipa anche l'avvocato, il cui ruolo è fondamentale perché interviene prima del giudizio e l'attività che è tenuto a svolgere riguarda, innanzitutto, proporre un racconto che rientri nella cornice giuridica pre-definita, evidenziando gli aspetti che possono condurre al riconoscimento (*ex post)* di un diritto che preesiste. Non si tratta di manipolare la storia, come taluni impropriamente sospettano, ma di enucleare, da un punto di vista tecnico, i fatti che siano pertinenti alla norma. Attività non facile, a partire dal fatto che quando il/la richiedente asilo arriva dall'avvocato, la storia è già stata mediata un'infinità di volte e da molti soggetti: in Questura (davanti a cui viene formalizzata la domanda nel Modello C3, a cui va allegata breve storia delle ragioni), con gli operatori sociali della struttura di accoglienza ove è ospitato (che raccolgono, se la raccolgono, la memoria), in sede di audizione davanti alla Commissione territoriale (con trascrizione dell'intervista). Un percorso di elaborazione e rielaborazione che Elisa Mencacci, richiamando Jan Blommaert, definisce la «*"traiettoria del testo" che parte da una fonte orale diretta,*

progressivamente soggetta, tramite domande, note e appunti finalizzati a continue micro-trasformazioni nella conformazione del racconto, con l'intento di renderlo un oggetto stabile, fisso e non soggetto ad ambiguità»[5].

Una narrazione, dunque, trasformata, ma non per questo inveritiera, che si adatta alle esigenze del mondo in cui viene rappresentata.

Talvolta accade, però, che nessuno abbia raccolto appropriatamente la storia e dunque l'unico documento che l'avvocato/a si trova davanti, prima della redazione del ricorso, è il verbale di audizione, spesso frettolosa e/o sintetica trascrizione di un racconto e di un'esperienza di vita inevitabilmente più ampia e complessa (dipende dalla capacità del commissario di condurre un'adeguata intervista nel rispetto delle regole impartite dalle Agenzie umanitarie istituzionali[6]), in ogni caso insufficiente da sola a prepararsi per la fase giudiziale.

Ma anche nell'ipotesi, ad oggi quasi sempre teorica, di un'audizione e di una memoria adeguate, l'avvocato/a non potrà mai accontentarsi di quei documenti ma dovrà, come in tutte le relazioni professionali forensi e ancor più in questa, *parlare* con la persona, farsi raccontare la sua storia, perché è la persona al centro del diritto, *è* essa stessa il diritto (se riconosciuto). Essere rifugiati, infatti, è una condizione nella quale il corpo (fisico e mentale) è oggetto di minaccia e dunque il corpo è l'essenza del diritto di cui si chiede il riconoscimento.

L'avvocato/a (ma, in genere, tutti coloro che, a vario titolo, incontrano il/la richiedente) deve essere consapevole che sta esercitando una sottile violenza dell'intimità della persona, costringendola ad esporre, ancora una volta pubblicamente, se stessa, la sua vicenda, le sue debolezze (la paura è quasi unanimemente ritenuta tale), i suoi progetti. Necessità dettata non da una relazione intima ma professionale, anche se rispetto ad altri soggetti istituzionali davanti ai quali il/la richiedente deve raccontarsi, l'avvocato è per definizione e per funzione dalla sua esclusiva parte e perciò un po' più facilitato nell'empatia.

L'avvocato/a più e prima degli altri attori del processo deve, infatti, avere *empatia*[7] con il/la richiedente asilo, che riguarda in primo luogo la persona stessa, il bisogno che l'ha spinta a muoversi in condizioni rischiose, talvolta fatali, dalla propria terra ad altri luoghi del mondo, alla ricerca del rispetto della propria dignità, indifferente che trovi origine in una persecuzione politica classica o in minacce davanti alle quali lo Stato non ha offerto protezione o nella fuga dalla miseria. *C*ome insegna Calamandrei, l'avvocato deve «*comprendere gli altri uomini e farli vivere in sé, assumere su di sé i loro dolori e sentire come sue le loro ambasce.*» È un investitura difficile, anche e soprattutto sul piano umano, perché difficilmente si rimane indifferenti alle sofferenze e alle ansie di cui sono portatori tutti, indistintamente, i/le richiedenti asilo, anche coloro che hanno le storie più "deboli" sotto il profilo giuridico, perché tutte esprimono una sofferenza di vita. E il primo compito dell'avvocato è di comprendere quella sofferenza.

Una volta stabilito questo rapporto, non sempre facile ed immediato ma necessario, comincia la parte altrettanto complessa, cioè la ripetizione della narrazione ma su una trama che viene definita insieme, il/la richiedente e l'avvocato e spesso l'interprete, se non sono ancora acquisite sufficienti conoscenze linguistiche[8]. Certo, la costruzione della trama non avviene su un piano di parità (il/la richiedente asilo non è mai pari davanti a nessun soggetto che partecipa al complesso procedimento di riconoscimento della protezione), l'avvocato possiede gli strumenti tecnici per comprendere come collocare la storia nella cornice giuridica adeguata, come far emergere alcuni suoi aspetti che magari in precedenza non sono stati valorizzati correttamente o che non sono emersi affatto. Di questa asimmetria dei ruoli l'avvocato/a deve essere consapevole sempre, senza che ciò sia confuso con la manipolazione della storia, che rappresenterebbe

5. E. Mencacci, cit., pag. 70.

6. .UNHCR, *Intervistare i richiedenti asilo*, www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/6intervistare-i-richiedenti-asilo.pdf. UNHCR, *Al di là della prova. La valutazione della credibilità nei sistemi d'asilo dell'Unione Europea*, www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/Al_di_l__della_prova_-_La_valutazione_della_credibilit__nei_sistemi_di_asilo_dell_Unione_Europea_-_Maggio_2013.pdf, EASO, *Guida pratica dell'EASO: il colloquio personale*, www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-Practical-Guide-Personal-Interview-IT.pdf.

7. Vocabolario Treccani: empatìa s. f. [comp. del gr. ἐν «in» e *-patia*, per calco del ted. Einfühlung (v.)]. – In psicologia, in generale, la capacità di comprendere lo stato d'animo e la situazione emotiva di un'altra persona, in modo immediato, prevalentemente senza ricorso alla comunicazione verbale. Più in partic., il termine indica quei fenomeni di partecipazione intima e di immedesimazione attraverso i quali si realizzerebbe la comprensione estetica.

8. . Personalmente, preferisco sempre la conversazione diretta e l'intervento dell'interprete solo di fronte a difficoltà di comprensione. Non sempre, però, è possibile e allora diventa fondamentale la capacità del mediatore linguistico, per comprendere l'esatto significato di un segmento del racconto. Mi è capitato, ad esempio, di capire il significato del *bois sacrè* in Senegal attraverso il racconto dell'interprete che, notando la difficoltà a spiegarsi di colui che stava assistendo, mi ha raccontato che in un certo campionato mondiale di calcio il Presidente del Senegal fece ricorso al *bois sacrè* per invocare un aiuto per la squadra di calcio nazionale (che in effetti vinse la partita).

un tradimento della fiducia con il cliente e con il dovere di correttezza. Invece il guidare il/la richiedente dalla storia al diritto non è manipolazione ma attività necessaria per far incontrare il fatto con la norma, finalità della professione forense e obiettivo del/della richiedente.

Va detto che questa attività, di ricostruzione della vicenda, sarebbe opportuno intervenisse prima dell'audizione davanti alla Commissione territoriale ma è impresa impossibile, data la sproporzione del numero dei richiedenti asilo rispetto agli avvocati che esercitano con competenza in questo settore: e dunque nella stragrande maggioranza dei casi, il/la richiedente, in tutta la fase precedente il ricorso, è solo/a di fronte ad un sistema giuridico estraneo ma nel quale è tenuto/a ad entrare. Solitudine che potrebbe essere in parte risolta con la figura dell'operatore legale, che si sta pian piano presentando sulla scena, dotato di competenze sociali giuridiche sociologiche e antropologiche, in grado pertanto di comprendere e raccogliere adeguatamente la memoria del richiedente. La frammentarietà e l'inadeguatezza dell'attuale sistema di accoglienza ne sta, però, rallentando il consolidamento e non può dirsi sia una realtà diffusa, anzi.

In questo scenario istituzionale, oggettivamente inadeguato, l'avvocato/a è l'ultima possibilità per il/la richiedente di far valere il proprio diritto e il fatto di arrivare al termine di un percorso amministrativo al quale è stato completamente estraneo, ma che incide profondamente sull'esito della stessa attività difensiva, rende la sua attività per niente semplice.

Proprio perché arriva nel segmento finale della procedura, all'avvocato/a si pone anche il problema di "scegliere" il tipo di domanda giudiziale da presentare al giudice, fra le tre forme di tutela contemplate dall'ordinamento (rifugio, protezione sussidiaria, protezione umanitaria). Scelta non facile di per sé, da compiere nel rispetto dei presupposti indicati dalla legge per quelle tre tutele, ma che porta con sé l'ennesimo esercizio di un potere che lascia in disparte la persona in nome e per conto della quale viene effettuata.

Se mai fosse possibile delineare una scala di difficoltà, questa sarebbe al vertice, perché, a ben vedere, rischia di costituire la preventiva censura di un bisogno, astrattamente affidata ad altro soggetto, cioè al giudice. Rischio tanto più forte se l'avvocato/a ritenga che non ci siano i presupposti per nessun tipo di contestazione giudiziale della decisione negativa della Commissione territoriale.

Ma la questione è: può un/una avvocato/a escludere preventivamente una forma di tutela e dunque l'azione giudiziale per ottenere una delle tre forme di protezione?

Secondo chi scrive no, non è possibile e non solo perché al bisogno di giustizia va sempre data risposta, ma soprattutto perché in una materia complessa quale quella della protezione internazionale ed umanitaria, con soggetti portatori di bisogni in essa astrattamente comprendibili perché provenienti da contesti geografici sociali e politici nei quali diffuse sono le violazioni o "semplicemente" le negazioni di diritti umani fondamentali, una effettiva tutela è, astrattamente, sempre riconoscibile. Pertanto è dovere dell'avvocato/a portare quel bisogno davanti al giudice e cercare di farlo ricomprendere nella cornice giuridica appropriata, perché quello è il suo ruolo. La stessa interpretazione giurisprudenziale della materia qui in esame conferma quanto detto, giacché, ad esempio, con riguardo alla protezione umanitaria vi è stata nel tempo una notevole evoluzione interpretativa, culminata con la recentissima sentenza della Cassazione n. 4455/2018, impensabile fino a pochi mesi prima. Evoluzione derivata da un intenso dibattito tra gli operatori del diritto che partecipano al complesso sistema, che pian piano cercano di riempire un contenitore giuridico (art. 5, co. 6 Tu 286/98) di matrice costituzionale, di per sé indeterminato ma che si definisce anche grazie all'attività forense che propone determinate linee interpretative ed applicative.

3. Di quale richiedente asilo stiamo parlando

Anche se formalmente lo *status* di protezione internazionale viene riconosciuto rispetto ad una condizione soggettiva preesistente, *rifugiati si diventa*[9], attraverso un procedimento, amministrativo e/o giurisdizionale, nel quale è paradossalmente secondario il ruolo della persona richiedente asilo.

Innanzitutto quello *status* è preceduto dalla definizione giuridica di "*richiedente* asilo", che *chiede* detto riconoscimento, passando attraverso una serie di "confronti" con vari soggetti istituzionali, dalle Questure, alle Commissioni, al giudice, in cui nel mezzo stanno gli operatori delle strutture di accoglienza e l'avvocato (se all'esito vi è un diniego di riconoscimento).

Un percorso lungo ed articolato nel quale la persona è tenuta ad esporre sempre, ma con modalità differenti, la propria storia, talvolta quella anagrafica e di migrazione (in sede di formalizzazione della domanda, con il Modello C3), altre volte raccontando le situazioni dalle quali è fuggito (raccolta della memo-

9. Sorgoni, cit. p. 4.

ria da parte degli operatori), altre ancora cercando di enucleare dalla propria storia i fatti che possono essere rilevanti per il riconoscimento (audizione davanti alla Commissione territoriale), poi ancora davanti all'avvocato/a (ricostruendo il detto e il non detto), infine davanti al giudice (se disposta la comparizione personale nel giudizio).

In tutti questi passaggi, il/la richiedente perde la propria centralità di persona e diventa *oggetto da esplorare*, talvolta per fare emergere ciò che la norma chiede, talaltra per scoprire eventuali (ritenute) menzogne incompatibili con la norma e gli attori che partecipano a questo processo di spoliazione sono tanti e sono tutti, perché a tutti è stato dato il compito di indagare la credibilità del/della richiedente asilo. In ogni caso, chiunque "gestisce" il segmento procedurale esercita un potere di selezione della storia del/della richiedente asilo e, come ha bene evidenziato B. Sorgoni, «*le ripetute azioni di raccolta, traduzione e trascrizione delle storie dei richiedenti asilo da parte di funzionari e operatori durante lo svolgersi della procedura fungono da filtro rispetto alle storie stesse, fino a depotenziarle e svuotarle di significato e a funzionare a detrimento della loro stessa coerenza e credibilità*»[10].

Chi, dal lato non istituzionale del tavolo, si occupa di protezione internazionale coglie talvolta una certa insofferenza, ma più spesso dolorosa rassegnazione, da parte di chi deve per l'ennesima volta raccontarsi, esporsi pubblicamente per essere valutato, come in un puzzle che sarà composto solo con la decisione finale, sia essa negativa o positiva. Capita che in occasione dell'ennesimo racconto di sé, il/la richiedente pianga, talvolta rievocando le sofferenze patite, altre volte perché con le lacrime esprime la sofferenza della reiterata esposizione pubblica della propria intimità.

Paradossalmente, solo chi non sarà riconosciuto beneficiario di protezione riacquisterà integralmente la propria identità soggettiva, il proprio corpo completo, e la sua narrazione tornerà ad essere esperienza di vita indefinibile, come tutte le altre. Insofferenza e sofferenza che sottendono quello che è stato definito il «*diritto all'opacità*» del/della richiedente asilo, cioè il «*diritto che oppone un rifiuto, spesso implicito, che rivendica una complessità e che resiste contro la richiesta di trasparenza, di esibizione. Un diritto che rifiuta di accomodarsi all'interno di identificazioni preordinate, oppressive: quelle che più di tutte rendono l'altro silente*»[11].

Ma se il/la richiedente asilo vuole avere protezione, deve sottostare a quel processo frammentato di de-costruzione della propria narrazione e ri-costruzione giuridica della stessa, deve diventare oggetto di esplorazione, in più luoghi e davanti a più soggetti, deve, in definitiva, perdere il suo essere protagonista. Qualcuno si sottrae a questo meccanismo, rimanendo o tornando nell'invisibilità, perché l'agognato "documento" (il permesso di soggiorno) che lo emancipa dalla condizione di "bisognoso", non è ritenuto così importante per la dignità individuale comunque riacquistata in un luogo diverso da quello ove casualmente è nato e da cui è fuggito.

Anche per questa ragione molti/e richiedenti asilo spariscono dal mondo giuridico e si disperdono sul territorio reale, certamente emarginati ma non più frammentati e negati.

4. Il nuovo giudizio della protezione internazionale: l'*habeas corpus* negato

In un sistema nel quale il corpo del/della richiedente asilo sfuma lungo il percorso amministrativo preordinato al riconoscimento o al diniego della protezione internazionale o umanitaria, in cui assumono rilievo le sole dichiarazioni e non la complessità della persona, in cui le dichiarazioni stesse sono trasformate in linguaggio giuridicamente accettabile, è necessario che il/la richiedente asilo si riappropri di sé, quantomeno nella parte finale, ovverosia davanti al giudice. Il diritto d'asilo non può, infatti, essere ridotto a semplici parole staccate dal corpo di chi le pronuncia, non può essere mera lettura di carte che di per sé, oggettivamente, non esprimono la parola di chi l'ha pronunciata ma di chi la trascritta. Un diritto che deve potersi esprimersi attraverso tutti i linguaggi della persona, perché è la persona che reca in sé il diritto.

Se anche il giudice è chiamato a comprendere, prima che a giudicare, la narrazione del/della richiedente asilo, non può prescindere dalla relazione diretta e fisica, perché solo attraverso di essa può restituire al/alla richiedente la propria individualità e specialità. Del resto, si ritiene che il giudice debba rivalutare *ex novo* la richiesta di tutela, in attuazione dell'art. 46 della Direttiva 2013/32/Ue, secondo cui «*gli Stati membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed* ex nunc *degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/Ue, quanto meno*

10. B. Sorgoni, cit. p. 8.

11. M. Massari, *Il corpo degli altri. Migrazioni, memorie, identità*, Napoli-Salerno, Orthotes Editrice, p. 14.

nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado».

Per questo, è irrazionale la riforma del giudizio della protezione internazionale del 2017 che ha formalizzato una estesa ma non condivisa prassi processuale precedente, escludendo in via generale il diritto alla comparizione del/della richiedente asilo davanti al giudice, consentendola solo in certi casi.[12]

Nemmeno la visione della videoregistrazione dell'audizione davanti alla Commissione, prevista dalla riforma del 2017 e che dovrebbe sostituire la comparizione davanti al giudice, può ritenersi assolvere alla imprescindibilità dell'ascolto diretto del/della richiedente asilo, perché la rappresentazione per immagini è di per sé una mediazione e dunque un'ennesima trasformazione del linguaggio. Senza dimenticare che la videoregistrazione in sé può rappresentare una forma sottile (nemmeno tanto) di violenza, immettendo in uno strumento cinematografico l'intimità di una persona, ma, soprattutto, non è azzardato ipotizzare che nessun giudice guarderà, prima di decidere, la videoregistrazione, se è vero che quell'ora (mediamente) di tempo della visione impedirà di accelerare il giudizio, finalità proclamata dalla riforma Minniti-Orlando del 2017.

E allora succederà che il giudice leggerà solo le carte del processo, oggettivizzando ciò che non può esserlo.

Succederà anche (e già accade) che neppure l'avvocato/a potrà interloquire con il giudice, se si ritiene non obbligatoria l'udienza, cartolarizzando totalmente il giudizio e confinando l'avvocato a semplice scrittore.

Calamandrei ricordava che «*Il processo si avvicinerà alla perfezione quando renderà possibile tra giudici e avvocati quello scambio di domande e risposte che si svolge normalmente tra persone che si rispettano, quando, sedute intorno a un tavolino, cercano nel comune interesse di chiarirsi reciprocamente le idee*»[13].

C'è invece il rischio che il giudizio della protezione internazionale vada in senso completamente opposto, negando il diritto non solo al/alla ricorrente di vedere il proprio giudice, ma anche all'avvocato/a di svolgere una parte essenziale della sua funzione.

La cartolarizzazione del processo è la negazione, anche, del diritto al legittimo contraddittorio, inteso come possibilità per entrambe le parti in giudizio di esprimere le rispettive posizioni e richieste, su un piano di parità, al fine di convincere il giudice – terzo ed imparziale – quale sia la prospettazione giuridica accoglibile. La diversità delle posizioni delle due parti contrapposte – il/la richiedente asilo e il suo avvocato, la Commissione territoriale e il Ministero dell'interno – è lampante se si ha conoscenza effettiva di quanto accade in tutto il percorso precedente il giudizio. Come già evidenziato, la storia personale del/della richiedente è raccolta, sommariamente o meno, da vari soggetti (le Questure, gli operatori dell'accoglienza) e la persona arriva in Commissione presentandosi quasi sempre sola per essere intervistata, talvolta interrogata, sulla sua storia, quasi mai preparata adeguatamente per quella audizione, cioè senza essere informata su quali elementi saranno giuridicamente rilevanti, con l'ausilio di un interprete, non professionalizzato, cioè non preparato a comprendere il significato delle parole.

È una dimensione nella quale le parti non sono oggettivamente su un piano di parità, né formale né sostanziale: l'uno esplora, l'altro è esplorato, l'uno esercita il potere di valutare (o giudicare o indagare), l'altro/a lo subisce; in cui la tempistica dell'audizione dettata dal Ministero/Commissione nazionale asilo è di per sé incompatibile per una adeguata esplorazione della vicenda e comporta che spesso non vengano chiesti chiarimenti su aspetti sui quali, dopo il diniego di riconoscimento della protezione, lavorerà l'avvocato/a per portare in giudizio la richiesta. Fino ad oggi quell'intervista viene trascritta in un verbale, domani sarà accompagnata dalla videoregistrazione ma in quel segmento procedimentale il richiedente non ha in concreto, si è detto, l'assistenza di un avvocato. In quella fase, dunque, una parte è completa ed esprime appieno tutte le proprie funzioni (la Commissione), mentre l'altra no (il richiedente) e quando entrambe si "ritrovano" nel processo, l'una rimane integra, l'altra no, perché non può completarsi nemmeno con la figura dell'avvocato, ridotto, come si è detto, a semplice scrittore e non rappresentante (anche) fisico della parte che chiede giustizia. Poiché nel giudizio della protezione internazionale la credibilità delle dichiarazioni del/della richiedente asilo riguarda sia quella cd. intrinseca (completezza delle dichiarazioni, loro coerenza e non contraddittorietà), sia quella estrinseca (coerenza con le pertinenti informazioni sul Paese di origine), è palese l'importanza che per la prima assume il verbale di audizione, che se contiene contraddizioni con quanto si scrive nel ricorso, potrà legittimare la valutazione negativa della credibilità, e dunque del diritto, ritenuto menzognero. Ma se l'intervista e la verbalizzazione sono assunte su un piano non paritario, se alla parte ricorrente è negato

12. Art. 35-*bis* d.lgs 25/2008, introdotto dal Dl 13/2017 conv. con modifiche in legge 46/2017.

13. Opera cit., pag. 78.

il diritto di giustificare eventuali contraddittorietà o carenze, è evidente che quella disparità entrerà anche nel giudizio, negando il diritto al legittimo contraddittorio, cioè alla parità delle posizioni.

Disparità e violazione alle quali si potrebbe porre rimedio solo con la comparizione personale del/della richiedente davanti al giudice, insieme al suo avvocato, potendo in quella sede ultima, costituzionalmente garantita, giustificare le asserite contraddizioni, nello spirito di cooperazione imposto a tutte le autorità che partecipano a questo procedimento (*ex* art. 3 d.lgs 251/2007). Se, però, né il/la richiedente né l'avvocato possono comparire, nessun rispetto della parità può rinvenirsi.

In questo modo si completa la totale spoliazione del corpo del richiedente asilo, iniziata dopo l'arrivo (spesso fortunoso) in Italia, quando la persona diventa numero attraverso il braccialetto che viene apposto negli *hot-spot*, che prosegue con la collocazione in una struttura di accoglienza a seconda del numero ritenuto compatibile con la distribuzione razionale sul territorio o con la volontà del territorio di accogliere, che passa attraverso una compressione del tempo di intervista davanti alla Commissione territoriale per velocizzare i tempi, che, infine, diventa numero ritenuto incompatibile con l'efficienza del sistema giudiziario perciò escludendo l'udienza e la comparizione della persona portatrice del diritto di protezione.

Ed il principio dell'*habeas corpus*, inteso qui come diritto di essere presente fisicamente davanti al giudice, se completamente negato rischia di sacrificare irreversibilmente il diritto di asilo costituzionalmente garantito.

Possibili conclusioni

Nel contesto dianzi descritto, non solo, va ribadito, la persona del richiedente rischia di sparire davanti al giudice, ma lo stesso ruolo dell'avvocato viene totalmente ridimensionato e confinato ad un ruolo formale, come ha dimostrato anche il tentativo del Tribunale di Venezia di concordare protocolli di gestione dei giudizi di protezione, assurto agli onori della cronaca.

Riuscirà la giurisprudenza a porre rimedio al rischio di tale grave contrazione del diritto di difesa?

La mortificazione del ruolo dell'avvocato della Protezione internazionale ha trovato un'ulteriore occasione, in relazione al regime dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, nella recente riforma Minniti-Orlando che ha introdotto una significativa modifica, prevedendo che, in caso di rigetto del ricorso proposto dal richiedente asilo verso il diniego della Commissione territoriale, il giudice debba motivare perché non revochi l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato cui il/la ricorrente sia stato ammesso/a in via anticipata e provvisoria dal Consiglio dell'ordine degli avvocati. Previsione che riguarda non i ricorsi contro tutte le decisioni negative prese in sede amministrativa ma solo quelle che sono dalla Commissione territoriale dichiarate «manifestamente infondate» (cioè nelle quali le ragioni indicate a motivo della richiesta di protezione non hanno attinenza con la protezione internazionale o in caso di domande reiterate senza che siano stati presentati nuovi elementi).

La non attinenza con gli istituti della protezione internazionale, tuttavia, è qualificazione discrezionale assunta da un organo amministrativo, esattamente quello contro cui viene proposto il ricorso e che è parte processuale, dunque con una posizione che dovrebbe essere di parità con il ricorrente. Invece no, la revoca del patrocinio a spese dello Stato è automatica ed ordinaria, salvo motivare eccezionalmente la non revoca, se il giudice ritenga che quella parte pubblica (che sempre parte è) abbia avuto ragione a negare il riconoscimento. Si tratta di un incentivo a limitare la proposizione dei ricorsi, assegnando alle Commissioni un ruolo para-giurisdizionale, totalmente estraneo all'ordinamento giuridico italiano, perché non vi è pubblica amministrazione che abbia pre-giudizialmente un simile vantaggio.

Misura processuale che modifica per i soli giudizi della protezione internazionale l'istituto del diritto al patrocinio a spese dello Stato (dPR 115/2002), di natura costituzionale, poiché in tutti i procedimenti la revoca ha per presupposto la mala fede, la colpa grave o l'insussistenza dei requisiti originari per l'ammissione. Non è questa la sede per disquisire più a lungo su questa questione, basti però richiamare la pronuncia della Corte costituzionale, n. 220/2009, che riconosce il potere di revoca del beneficio solo a fronte di colpa grave o mala fede nella proposizione del giudizio, cioè a fronte di un abuso del diritto[14], che non può mai coincidere con il mero rigetto dell'azione giudiziaria[15].

Pare, a chi scrive, che nella "materia" della protezione internazionale non si possa mai parlare di abuso del diritto e, casomai, potranno essere penalizzati quegli avvocati, che pur esistono, che sfruttano il fenomeno dei richiedenti asilo per mere finalità

14. Cass. civ. 21570/2012; 24546/2014; 17461/2014; 1719/2017; 20270/2017; 7726/2016.

15. In molti Fori, invece, tale automatismo – rigetto/revoca – avviene di *default*, come davanti alla Corte d'appello di Bologna.

economiche, proponendo ricorsi ai limiti della correttezza professionale, senza alcuna preparazione e serietà.

Poiché il sistema prevede già rimedi a tali approcci, non si comprende la ragione della generalizzata previsione della legge 46/2017, se non in un'ottica di far terra bruciata intorno ai richiedenti asilo, tenuto conto che saranno sempre meno gli avvocati che, pur svolgendo seriamente la professione, si esporranno al rischio di lavorare gratis.

In definitiva, è il sistema giuridico democratico che viene intaccato e le prime vittime sono le/i richiedenti asilo, le persone che più di ogni altro sono oggettivamente deboli perché prive della protezione del loro Stato, anche se non è detto che l'erosione si fermi a loro e non si estenda, invece, ad altre categorie socialmente fragili. È questa la scommessa che si sta giocando, senza la dovuta consapevolezza, nella protezione internazionale. A meno che la Corte Costituzionale non ponga rimedio a questa grave ferita.

L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza

di *Luciana Breggia*

Nel 2016, il numero di chi richiede asilo e protezione internazionale ha raggiunto la cifra più alta mai registrata in un ventennio, 123.600 (il 47% in più rispetto all'anno precedente). Nel 2017 le domande sono ulteriormente aumentate a 130.119. La richiesta di asilo è oggi la principale modalità di ingresso in Italia. Di fronte a questo scenario, cambia il modo di considerare la narrazione di chi richiede la protezione internazionale: i numeri sovvertono la fiducia e la tramutano in sospetto; l'audizione, da strumento fondamentale di cooperazione di chi deve decidere, rischia di concentrarsi sull' investigazione sulla temuta menzogna. O addirittura di essere eliminata, a favore di un sistema cartolare e seriale in cui il giudice non incontra più il ricorrente e nemmeno il suo difensore. Una giustizia di valore minore per diritti fondamentali di persone vulnerabili. Gli antidoti a questa inaccettabile e incostituzionale conclusione sono tuttavia nelle possibilità di tutti gli operatori coinvolti, compresi giudici e difensori.

Premessa

Mi pare utile iniziare queste riflessioni esponendo la visione di base su cui si fondano, frutto anche della mia esperienza nel movimento degli Osservatori sulla giustizia civile.

Ritengo, infatti, che il settore della protezione internazionale non sia diverso da quello della giustizia ordinaria quanto al ruolo del giudice, ai rapporti con i difensori e con le persone. Certamente presenta delle differenze specifiche per la complessità dell'incontro, la formazione specializzata, ma non per metodi e valori di fondo. Anzi, come si dirà meglio in seguito, tanti temi elaborati dagli Osservatori, e da chi è impegnato nell'elaborazione di buone prassi per il processo civile, trovano nella protezione internazionale una preziosa cartina di tornasole. Mi pare utile, quindi, collocare l'audizione di chi richiede asilo nella più vasta ricerca che da tempo si è avviata sulla lingua del diritto, parlata e scritta. L'argomento è da lungo tempo arato dagli Osservatori sulla giustizia civile, che sin dal 2004 iniziarono ad approfondire i temi del linguaggio del diritto e del raccordo tra atti difensivi e provvedimenti[1]. È utile partire di qui per focalizzare alcune questioni centrali per lo specifico argomento da trattare.

1. La lingua del diritto e la sfida transculturale

L'attuale, intensa attenzione al linguaggio dei provvedimenti giudiziari[2] non risponde ad una semplice e indifferibile esigenza di ecologia linguistica,

1. Le ultime elaborazioni sono costituite dalle *Linee guida* elaborate all'Assemblea Nazionale svoltasi a Roma dal 19 al 21 maggio 2017, pubblicate, oltre che nei siti degli Osservatori anche su varie riviste (si vedano su *Judicium* con commento di David Cerri oppure in *DirittoeGiustizia*).

2. Manifestata da innumerevoli iniziative di convegni e seminari, in gran parte ricordati da Barbagallo, *Per la chiarezza delle sentenze e delle loro motivazioni*, in *Foro it*., 2016, V, c. 362, nota 2. Con decreti ministeriali 9 febbraio, 28 luglio e 19 ottobre 2016, è stata inoltre istituita una Commissione ministeriale sulla sinteticità degli atti processuali, che ha depositato la sua relazione in data 1.12.2016.

indispensabile anche per la funzione di regolazione del caso concreto, ma è strettamente collegata alla funzione *normativa* che la giurisprudenza svolge sempre in modo più intenso. L'effettività delle tutele, richiesta da fonti sovranazionali (art. 47 Carta di Nizza, artt. 6 e 13 Cedu), e qualificata dalla Corte di cassazione regola cardine dell'ordinamento costituzionale, volto ad assicurare il diritto «*ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato*» (Cass. n. 21255/2013; Cass. n. 11564/2015), conduce al tema del diritto giurisprudenziale e della prevedibilità delle decisioni[3]. Come conciliare, nel mutato assetto delle fonti del diritto, la funzione inevitabilmente inventiva[4] dei giuristi con la possibilità di conoscere in anticipo la regola delle nostre condotte? Una nuova figura di certezza, intesa come ragionevole prevedibilità, s'incentra sulla riscoperta dell'argomentazione giuridica che rende trasparente e quindi controllabile la giustificazione delle decisioni[5] e consente una cultura del precedente. Sono le nuove figure di certezza dell'esperienza giuridica odierna[6].

Ecco che allora l'analisi del linguaggio dei giudici acquista nuova dignità nel momento in cui si valorizza l'argomentazione giuridica, perché questa non può avere le caratteristiche del linguaggio rigoroso proprie di un sistema chiuso e coerente di enunciati. L'argomentazione è allora parte del comando giuridico perché il bilanciamento dei principi (costituzionali o sovranazionali) consta proprio di argomenti: *chiarezza e sinteticità* sono espressione dell'appartenenza delle sentenze al *genus* normativo: allo stesso modo della fattispecie legale, anche la sentenza non deve contenere nulla di più e nulla di meno di quanto necessario per adempiere la sua funzione normativa[7].

Questo non riguarda solo i giudici: la parola del diritto è frutto della collaborazione di giudici e avvocati, se si opta per un modello di processo condotto con il metodo orale e concentrato, dove si filtri il materiale processuale sin dall'inizio. E tanto più la certezza diviene un processo e non è più un dato oggettivo[8], tanto più la formazione della regola del caso concreto, che è compito interno del processo, deve essere frutto della cooperazione di giudici e avvocati. Cooperazione che si manifesta nel dialogo processuale, sia attraverso il colloquio orale in udienza, sia nel raccordo tra atti difensivi e provvedimenti scritti, concepiti come moduli intelligenti, volti ad esaltare la funzione dialogica degli scritti – tenendo conto delle modalità telematiche di comunicazione – e non a deprimere le facoltà espressive in nome di una brevità meccanica.

Questo approdo degli Osservatori, e di chi condivide tali riflessioni anche oltre il loro circuito, vale ancor più per la giurisdizione specializzata di cui ci occupiamo, dove i profili a cui abbiamo accennato risultano esaltati. Uno dei settori dove più si nota la divaricazione tra giurisprudenza che elabora regole rispetto a quella che produce soluzione di conflitti è costituito proprio dai problemi connessi ai flussi migratori: nell'applicazione delle norme che riguardano i migranti le Corti sono investite di compiti di creazione del diritto e orientamento sociale più che di soluzione del conflitto. La legge stabilisce spesso direttive e princìpi, ma la norma effettiva si crea a livello giudiziario, amministrativo, sociale (tanto che si rileva da più parti un pericolo di *amministrativizzazione* della libertà personale).

In un commento alla pronuncia della Corte di assise di Parigi in uno dei primi processi sull'escissione delle donne africane si è giustamente sottolineato

3. Sul principio di effettività, riconosciuto espressamente anche dall'art. 1 del cpa secondo cui la giurisdizione amministrativa assicura «*una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*", da ultimo si veda: Vettori, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come,* in *Persona e mercato, n. 4/2017 p. 187;* Id., *Effettività delle tutele (diritto civile)(voce*), in *Enc. dir*., Ann. X, Milano, 2017; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*, 2015, pp. 791 ss.; Id., *Il contratto europeo tra regole e princìpi*, Torino, 2015; D. Dalfino, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2014, pp. 907 ss.; Di Majo, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv*., 2013, p. 797; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv*., 2005, 2, p. 341 ss.; Id., da ultimo, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv*., 2015, pp. 703 ss.; Pagliantini, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettivita`* , in *Pers. merc*., 2015, p. 112; D. Imbruglia, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2017, p. 961; mi permetto anche di rinviare al mio contributo *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2016, p. 715.

4. Nel senso latino di *invenire*, trovare il diritto: Grossi, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. Civ*., 2014, p.18.

5. Perché obbliga chi esprime le ragioni ad averne: Caria, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Diritto e Storia*, 2016, che cita al riguardo Perelman, *Logica giuridica. nuova retorica*, Milano, 1979, p. 231.

6. Benedetti, *Fattispecie ed altre figure di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 67.

7. In questo senso le riflessioni di Scoditti, *Chiarezza e semplicità delle sentenze: simplex sigillum veri,* in *Foro it*. 2016, V, pp. 368 e 370.

8. Secondo la felice espressione di Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2016, p. 1140.

come sotto accusa, più che l'imputata, era l'escissione in sé. Il processo era all'escissione[9].

Basti pensare poi al concetto di «positivi segnali di integrazione» utilizzato dalle Commissioni per i rifugiati e dai Tribunali. Un concetto non definito dalla normativa che secondo alcuni può dar vita a valutazioni arbitrarie[10].

Di recente, a questo riguardo, va ricordata l'importante sentenza della Corte di cassazione n. 4455 del 2018, che ripercorre il quadro normativo in tema di protezione per *«seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»* e afferma che il riconoscimento di tale tipo di protezione *«al cittadino straniero che abbia realizzato un grado adeguato d'integrazione sociale nel nostro Paese, non può escludere l'esame specifico ed attuale della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al Paese di origine, dovendosi fondare su una valutazione comparativa effettiva tra i due piani al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, in comparazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel Paese di accoglienza»*.

Senza entrare nel merito della decisione, è utile sottolineare sin d'ora che il complesso compito di bilanciamento della vulnerabilità dei ricorrente nel nostro paese e nel paese di origine rende ancora più rilevante e necessaria l'audizione del richiedente asilo, anche in considerazione del fatto che, da un lato, gli elementi ritenuti rilevanti possono mutare sino al momento della decisione e, dall'altro, il ricorrente ha il diritto di confrontarsi con l'eventuale valutazione negativa del giudice sino alla fine del procedimento anche per far valere nuovi elementi.

Tutte le riflessioni in tema di linguaggio giuridico mantengono, dunque, la loro validità anche per il settore di cui ci occupiamo oggi: rispetto dei criteri di sintesi e chiarezza, proporzione tra questioni da trattare e contenuto degli atti difensivi e dei provvedimenti sono quanto mai importanti anche nel settore della protezione internazionale: ad esempio, è stato notato come spesso i provvedimenti dei giudici sono ricchissimi di richiami estesi alla giurisprudenza e alla normativa, ma hanno passaggi veloci sul motivo del rigetto, incentrato su apodittiche asserzioni in ordine alla non credibilità del richiedente nel caso concreto. Ancora va sottolineato come dalla qualità dei ricorsi dipenda anche la qualità dell'audizione. L'elaborazione di moduli per i ricorsi e per i provvedimenti del giudice secondo i criteri delle *Linee guida* ricordate (v. nota 1), è dunque un passaggio indifferibile. Ma occorre andare oltre.

2. La fattualità del diritto

L' attenzione al linguaggio è collegata anche alla riscoperta della fattualità del diritto, avvenuta sotto la spinta del diritto europeo che, cito Paolo Grossi, «cola fattualità da tutti i pori»[11]: il diritto non è solo comando formale, diritto disincarnato – come rileva Paolo Grossi – separato dalla dimensione sociale. Occorre un uso appropriato delle parole che veicolano i contenuti fattuali delle fattispecie giuridiche, e occorre un uso appropriato del linguaggio per scavare nei fatti che stanno fuori e al di là della fattispecie e che consentono di individuare rimedi effettivi per la lesione di interessi non specificamente espressi nella norma, per l'interpretazione di clausole generali e princìpi. La lingua, è stato detto, è la casa dei fatti[12]. Ma cosa succede quando questi fatti riguardano culture diverse e lontane da quelle di chi deve decidere? La lingua rappresenta un modo di pensare e un mondo intero. Ecco dunque la difficoltà tipica del settore sulla protezione internazionale (ma in realtà concernente anche altri campi: basti pensare ad un contratto tra italiani e cinesi) che chiama in ballo l'opera degli interpreti. Non mi soffermo ora sulle carenze del sistema dell'interpretariato, gravissima lacuna nel settore, ma mi limito a sottolineare la grande cautela con cui si devono esaminare storie raccontate in una lingua diversa da quella del luogo in cui sono nate, con tutti i rischi di alterazione e corruzione dei significati (v. oltre).

9. Facchi, *L'escissione: un caso giudiziario,* in *Materiali di discussione e di ricerca*, Quaderno 3, Torino 1992, p. 37.

10. Si veda l'inchiesta de *L'Espresso*, *Il quiz della vergogna*, n. 17 del 23 aprile 2017, p. 46.

11. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 124. È questo che permette il riavvicinamento tra diritto e giustizia: «*Il castello murato edificato con tanta cura dai nostri padri, con le mura impastate e cementate di legalismo e formalismo, allontanò diritto e fatti, ma anche inevitabilmente, diritto e giustizia, essendo – questa – misura di uomini carnali e di fatti carnali; e la giustizia è restata un traguardo irraggiunto. Se i giuristi, all'insegna di un'etica della responsabilità, sapranno ordinare il nuovo pluralismo, forse stiamo procedendo sul cammino più conveniente per una maggiore armonizzazione fra diritto e giustizia*»: Id., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *Lectio Magistralis* letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007, p. 73.

12. Così Ferrari, *Fatti e parole nella giurisprudenza*, in *Foro it*. 2016, parte V, c. 367. A sua volta Ferrari ricalca la metafora di Heidegger secondo cui il linguaggio è la casa dell'essere.

3. Il diritto di comprendere e di essere compresi

La fattualità del diritto, la ri-centratura della giustizia intorno alle persone, l'aumento crescente dei flussi migratori, hanno conseguenze ulteriori sul linguaggio. Se le persone diventano destinatarie delle parole delle professioni forensi, viene alla ribalta anche il linguaggio parlato, che assume una particolare valenza in alcuni momenti: lo abbiamo già detto in altre sedi per la giurisdizione ordinaria a proposito del colloquio tra difensore e assistito, del tentativo di conciliazione del giudice, del dialogo che precede l'invio in mediazione. Qui il linguaggio deve necessariamente essere sfrondato non solo di inutili tecnicismi, ma anche, per quanto possibile, di espressioni tecniche che vanno tradotte in volgare.

La formazione sul linguaggio, in sostanza, non riguarda solo gli scritti, non persegue solo il lodevole tentativo di razionalizzare il colloquio processuale, ma introduce un tema cruciale per i sistemi giudiziali e non giudiziali di soluzione dei conflitti che è quello della comunicazione: diritto di comprendere e di essere compresi: è il titolo della rubrica dell'art. 3 della Direttiva 2012/29/Ue sulla tutela delle vittime di reato, che detta le misure da adottare per informazioni e sostegno alle vittime.

Questo è il perno di un processo di democratizzazione del sapere giuridico che si sta svolgendo e deve essere alimentato perché ormai siamo consapevoli che la giustizia non abita solo le aule giudiziarie (anzi ...), ma ricerca sedi diverse e a volte più adeguate (basti pensare alle cd. adr –*alternative dispute resolution* - o al settore dei servizi) ed esige la responsabilizzazione - e quindi la informazione e la formazione - di coloro che la invocano. Occorrono percorsi multipli di alfabetizzazione linguistico-giudiziaria, in vista di un innalzamento e di una redistribuzione delle competenze necessarie ad avvicinare l'istituzione della giustizia e l'utente, a favore del quale essa stessa è rivolta.

Quando l'utente è un richiedente asilo, questa esigenza, che, ripeto, attraversa tutto il settore della giustizia civile, è particolarmente scottante.

4. L'audizione del richiedente asilo

Nuove frontiere su questi temi si aprono, infatti, proprio con riferimento al colloquio con le persone che richiedono asilo: qui, oltre ad elementi giuridici e linguistici, si aggiungono profili etnici, psicologici e antropologici che rendono il colloquio estremamente complesso e difficile da svolgere senza adeguata preparazione[13].

Dobbiamo premettere che il colloquio si colloca nell'ambito del dovere di cooperazione del giudice e del principio di attenuazione dell'onere della prova che domina questo settore per l'esame e l'accertamento giudiziale delle domande (art. 3 d.lgs n.251/2007 e art. 8 d.lgs n. 25/2008; Cass. 8282 del 2013: questi temi saranno trattati ampiamente in altro contributo)[14].

Il quadro normativo prevede un esame riservato, individuale, obiettivo ed imparziale (artt. 8, co. 2, d.lgs 28.1.2008, n. 25, e 6, co. 3, dPR 12.1.2015, n. 21), incentrato sulle circostanze personali del richiedente (art. 3, co. 3, lett. a) e c) d.lgs 19.11.2007, 251) e sull'eventuale documentazione presentata, nonché su tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese d'origine al momento dell'adozione della decisione.

L' art. 3 comma 5 del d.lgs n. 251 del 2007, vera "regola di giudizio" nel procedimento di protezione, prevede che «*Qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che:*

a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo (il legislatore dell'Unione europea utilizza l'espressione «sinceri sforzi» (art. 4, par. 5, lett. a), dir. 2011/95/Ue del 13.12.2011), il cui significato è sensibilmente diverso) per circostanziare la domanda;

b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi;

c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone;

d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno

13. Sul tema, si veda il bel saggio di Veglio, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2 del 2017, pp. 2 ss.

14. Art. 3, co. 1, del d.lgs n. 251 del 2007 «1. Il richiedente è tenuto a presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la medesima domanda. L'esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda. 2. Gli elementi di cui al co. 1 che il richiedente è tenuto a produrre comprendono le dichiarazioni e tutta la documentazione in possesso del richiedente in merito alla sua età, condizione sociale, anche dei congiunti, se rilevante ai fini del riconoscimento, identità, cittadinanza, paesi e luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di identità e di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione».

che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla[15]*;*

e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile. Nel valutare l'attendibilità del minore, si tiene conto anche del suo grado di maturità e di sviluppo personale»[16].

Il giudizio di credibilità si articola dunque in una fase intrinseca, destinata a verificare la logicità e l'assenza di contraddizioni nel racconto, e una fase estrinseca, costituita dalla verifica della coerenza delle dichiarazioni con le informazioni «precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo»[17], le cd. *Country of Origin Information* (Coi)[18].

Se alla luce degli indicatori di genuinità soggettiva di cui all'art. 3, le dichiarazioni appaiono attendibili, il giudice deve svolgere un ruolo istruttorio integrativo, ad esempio acquisendo «*anche d'ufficio le informazioni relative alla situazione del Paese di origine e alla specifica condizione del richiedente*» per integrare il quadro probatorio prospettato dal medesimo (art. 27, co 1 *bis* d.lgs 28.9.2008, n. 25)[19].

Si delinea, dunque, un sistema imperniato sulla collaborazione tra richiedente ed esaminatore, riflesso del dovere di cooperazione dello Stato membro interessato che, nota la Corte di giustizia, riveste una «*posizione più adeguata del richiedente per l'accesso a determinati tipi di documenti*» (Corte giust. 2211/2012 nella causa C-277/2011, paragrafo 66). Anche la giurisprudenza interna ha ribadito che l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti fanno carico congiuntamente all'esaminatore e al richiedente (attraverso «un chiaro rivolgimento delle regole ordinarie sull'onere probatorio»: Cass. sez. un. 17.11.2008, n. 27310). Qualora poi le informazioni sul Paese di origine reperite dal giudice contrastino con le dichiarazioni del richiedente, si dovrà «dare conto delle fonti e della loro datazione»[20].

In sostanza, la regola di giudizio applicabile ai procedimenti di protezione internazionale, desumibile dalle fonti citate, è *in dubio pro actore*[21].

Giustamente si è rilevato come il dovere di cooperazione del giudice si collega alla necessità di fornire quella tutela effettiva di cui parlavamo all'inizio[22]. Con riferimento alla materia della protezione internazionale, il principio è affermato anche dall'articolo 46 par. 1 della Direttiva 2013/32/Ue che prevede che gli Stati membri sono tenuti a disporre che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice nei casi elencati in tale disposizione e, in particolare alla lett. a), punto i), ossia avverso la decisione di ritenere la domanda infondata in relazione allo *status* di rifugiato e/o allo *status* di protezione sussidiaria. In base al paragrafo 3, inoltre, gli Stati membri devono assicurare che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto, compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/Ue, quanto meno nei procedimenti di impugnazione del diniego dinanzi al giudice di primo grado.

Il diritto a un ricorso effettivo incide sul dovere di cooperazione del giudice e sulla necessità di disporre l'audizione del ricorrente, che è il momento centrale in cui tale dovere può adempiersi.

Spesso infatti le audizioni nella fase amministrativa, svolta tra l'altro senza difesa tecnica, sono in-

15. Va ricordato che «Le domande di protezione internazionale non possono essere respinte, né escluse dall'esame per il solo fatto di non essere state presentate tempestivamente» (art. 8, co. 3, d.lgs 28.1.2008, n. 25).

16. Art. 3, co. 5, d.lgs 19.11.2007, n. 251, di attuazione della dir. 2004/83/Ce recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

17. Art. 8, co. 3, d.lgs 28.1.2008, n. 25, di attuazione della dir. 2005/85/Ce recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato. Similmente l'art. 6, co. 6, dPR 12.1.2015, n. 21, prevede che «La decisione sulla domanda di protezione internazionale della Commissione è corredata da motivazione di fatto e di diritto, dà conto delle fonti di informazione sulla situazione dei Paesi di provenienza».

18. Per l'accesso ai canali delle Coi si rinvia a *Refworld.org*, database dell'Unhcr, ad Ecoi.net, sito gestito dal dipartimento Accord della Croce rossa austriaca, e all'Easo Coi portal. Per le tecniche di analisi delle Coi si segnalano Unhcr, La ricerca di informazioni sui Paesi di origine dei rifugiati, 18.4.2016 (www.unhcr.it/wp-content/uploads/2015/12/Scheda-COI.pdf, EASO,Tools and Tips for Online COI Research, giugno 2014, (www.refworld.org/docid/53f478884.html) e ACCORD, Researching Country of Origin Information-Training Manual, 2013 (www.coi-training.net/handbook/Researching-Country-of-Origin-Information-2013-edition-ACCORD-COI-Training-manual.pdf).

19. Sul potere–dovere di indagine dell'esaminatore vedi Cass. 24.9.2012, n. 16221; vedi anche Cass. n. 16202/2012 che richiama la precedente Cass. n. 10202/ 2011.

20. Cass., 19.2.2015, n. 3347.

21. Vittorio Gaeta, *A che serve studiare la protezione internazionale?* in Foro it. 2016, parte V, p.395.

22. Così Acierno-Flamini, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova* , in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1 del 2017, pp. 11 e ss e p. 17; C. Favilli, *Le previsioni del dl 13/2017 e i vincoli derivanti dall'Ue, dalla Cedu e dalla Costituzione italiana*, in *Guida al diritto*, 2017, pp. 53 ss.

complete, a volte seriali, nel dispiegarsi di domande che prescindono dalle risposte, frutto delle difficoltà in cui le Commissioni si trovano a lavorare, a cominciare dai ritmi di lavoro insostenibili. Inoltre, spesso i dinieghi della Commissione sono basati su elementi sui quali il ricorrente non è stato messo in grado di prendere posizione. Ancora, si consideri che la valutazione del giudice e la stessa audizione hanno luogo dopo molto tempo rispetto all' intervista in Commissione a causa dell'arretrato delle Commissioni stesse. Pertanto è necessario un aggiornamento della cognizione, che, anche in considerazione della complessa valutazione imposta da Cass. n. 4455 del 2018 (vedi, in particolare, il punto 6 della decisione), già citata, molto spesso richiede l'audizione diretta da parte del giudice (pena la cassazione della decisione *ex* art. 360 cpc: Cass. n. 7333/2015).

Non sono infrequenti i casi, in cui, in sede di audizione davanti al giudice, sono emerse situazioni gravissime (ad esempio: stato di schiavitù, tratta a fini di sfruttamento) che non erano state evidenziate nella fase amministrativa e nemmeno nel ricorso del difensore. Da ultimo, non mi pare privo di rilevanza il fatto che la Commissione sia *parte* del giudizio e il ricorso sia concepito come una sorta di impugnazione del diniego, a partire dal termine per la presentazione del ricorso, ridottissimo rispetto alla complessità della fattispecie e delle fonti di prova[23]: anche questo induce, nella maggior parte dei casi, ad ascoltare le ragioni di chi si presenta come impugnante, anche attraverso un colloquio diretto con il richiedente asilo. Non può infatti negarsi che la richiesta di audizione personale sia uno dei mezzi istruttori, di fatto il principale, previsto dalla legge. Il richiedente non è in possesso di fonti documentali o testimoniali e non può che fondare la domanda sulle proprie dichiarazioni. Come fonte di prova, va collocata tra le prove costituende: la natura di queste è tale da esigerne la formazione solo davanti al giudice. Naturalmente, come tutte le fonti di prova, può essere inammissibile o irrilevante. E, una volta superato il primo vaglio (quello d'inammissibilità) occorrerà valutare se l'audizione possa esser ritenuta irrilevante, al di fuori dei casi tipici di domanda inammissibile (ad esempio per tardività del ricorso) o domanda altrimenti già provata.

La specificità del giudizio di rilevanza dell'audizione merita approfondimento: perché l'audizione ha lo scopo di verificare la coerenza del racconto, la sua plausibilità, la sua completezza ed esaustività, al fine di consentire l'accertamento dei fatti dichiarati, in quanto non provati diversamente È dunque difficile che il giudice si possa sottrarre dal compito di verificare la coerenza e plausibilità del racconto senza un confronto diretto con la fonte delle dichiarazioni.

L'esperienza dei giudici dimostra che molte delle presunte incoerenze vengono spiegate, chiarite, smentite grazie all'audizione del richiedente.

Inoltre, come per la tutela di altri diritti di tale rilievo, appare ineliminabile il contributo della difesa tecnica anche in questa fase. Sottrarre la fonte di prova principale all'assistenza del difensore (come avviene, quando l'intervista da parte della Commissione non è seguita dall'audizione del giudice) può rappresentare dunque una lesione rilevante del diritto di difesa.

Questo è l'approdo cui dovrebbe pervenirsi nel quadro normativo originario, ancora applicabile a migliaia di ricorsi introdotti prima del 18 agosto 2018 e pendenti davanti a Tribunali, Corti d'appello e Corte di cassazione.

Ed a maggior ragione dovrebbe essere l'esito della interpretazione del nuovo regime processuale che ha persino sottratto a chi richiede asilo la possibilità di un secondo giudizio di merito.

5. Il nuovo quadro normativo: il decreto legge n. 13 del 2017

Una forma fondamentale di cooperazione si situa, come si è detto, nel colloquio con chi richiede la protezione internazionale. Tuttavia il recente decreto legge n. 13 del 2017[24] sembra considerare solo eventuale l'udienza in primo grado e l'audizione personale.

Quest'ultima in particolare sembra un'eccezione rispetto al mezzo di prova principale costituito dalla videoregistrazione con mezzi audiovisivi del colloquio, che poi è trascritto in lingua italiana con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale (art. 14 novellato del d.lgs n. 25/2008).

L' art. 35 *bis* co. 10 e 11 del d.lgs n. 25/2008, prevede quanto segue: «*10.* È *fissata udienza per la comparizione delle parti esclusivamente quando il giudice: a) visionata la videoregistrazione di cui al comma 8, ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato; b) ritiene indispensabile richiedere chiarimenti*

23. Si noti, tuttavia, che secondo la giurisprudenza costante della Suprema corte, il giudizio non ha per oggetto il provvedimento stesso, bensì il diritto soggettivo del ricorrente alla protezione invocata; dunque non può concludersi con il mero annullamento del diniego amministrativo della protezione, ma deve pervenire comunque alla decisione sulla spettanza o meno del diritto alla protezione (cfr., *ex multis*, Cass. ord. n. 11754/2016).

24. Il decreto, che è stato convertito in legge con la legge n. 47 del 2017, ripristina il modello camerale regolato dagli artt. 739 e ss. cpc (v. art. 6 co. 1 lett. g) che introduce l'art. 35 *bis* nel *corpus* del d.lgs n. 25 del 2008 dettando le regole processuali del giudizio di primo grado).

alle parti; c) dispone consulenza tecnica ovvero, anche d'ufficio, l'assunzione di mezzi di prova.

11. L'udienza è altresì *disposta quando ricorra almeno una delle seguenti ipotesi: a) la videoregistrazione non è disponibile; b) l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; c) l'impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado*».

Le ipotesi dell'art. 35 *bis*, comma 11, lettere a e c sono obbligatorie, mentre tutte le altre sono facoltative.

Attualmente va ricordato che non sono disponibili gli strumenti per le video conferenze, pertanto l'udienza sembra obbligatoria *ex lege* (art. 35 *bis*, comma 11, lett. a). Questo approdo interpretativo, apparentemente pacifico, è messo in discussione da alcune pronunce che meritano un esame più approfondito (vedi oltre al paragrafo 6).

Tuttavia, prima di procedere nelle riflessioni, non ci si può esimere dal rilevare la sproporzione di risorse che vengono destinate alla protezione internazionale con l'auspicata eliminazione dell'audizione, il rito camerale (il giudice può non incontrare mai nemmeno il difensore) e l'eliminazione dell'appello: si tratta di diritti fondamentali che vedono una quota minima di giurisdizione loro dedicata rispetto a quella prevista, ad esempio, ad un semplice litigio tra vicini in riferimento a fioriere poste in violazione della distanza legale (con il triplice grado sul diritto reale e la tutela anticipata del possesso con fasi cautelari, reclami e triplice grado di giurisdizione). Il modello di processo scritto, ipotizzato dal legislatore del 2017, è inoltre in contrasto con l'essenza dei procedimenti di protezione internazionale, nei quali assume decisiva rilevanza la descrizione dei fatti e delle circostanze raccontate dal ricorrente, la valutazione di credibilità, l'attenuazione dell'onere della prova e l'obbligo di cooperazione istruttoria del giudice con il richiedente. Senza contare la necessità di fissare comunque udienza per sottoporre alla regola del contraddittorio le Coi che sono state ignorate dalle parti o dalla Ct e sono state acquisite d'ufficio dal giudice.

Secondo alcuni[25], un sospetto di incostituzionalità dell'art. 35 *bis*, commi 10 e 11, cit., per contrasto con l'art. 117 Cost., sotto il profilo della violazione della norma interposta di cui all'art. 6 Cedu (ossia del diritto all'udienza, di regola pubblica), non sarebbe prospettabile, poiché le nuove disposizioni non vietano – anzi espressamente ammettono – la convocazione dell'udienza tutte le volte, in sostanza, che sia necessario (conformemente alla giurisprudenza Cedu[26]) e ammette la stessa rinnovazione, ove necessario, dell'audizione del richiedente anche da parte del tribunale. Secondo tale orientamento, il problema di compatibilità della nuova procedura con la norma convenzionale, si sposterebbe dal piano della norma astratta a quello della sua applicazione in concreto da parte del giudice. La giurisprudenza Cedu al riguardo, infatti, «*riferisce la compatibilità con l'art. 6 della Convenzione non alle norme, bensì alle fattispecie concrete, ossia ai singoli processi, che in tanto sono considerati rispettosi del diritto all'udienza pur in mancanza della celebrazione di questa, in quanto effettivamente quella concreta causa consenta una decisione sulla base dei documenti e delle osservazioni scritte delle parti; altrimenti l'art. 6 è violato*».

Anche la Corte di giustizia, pronunciatasi in sede di rinvio pregiudiziale in una controversia soggetta al cd. vecchio rito – con la sentenza del 27.7.2017, nella causa C-348/16, Moussa Sacko contro Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano –, ha in sostanza rimesso alla discrezionalità del giudice di valutare la necessità di procedere all'audizione del richiedente, necessità che deve essere valutata alla luce del suo obbligo di procedere all'esame completo ed *ex nunc* contemplato all'articolo 46, paragrafo 3, della Direttiva 2013/32/Ue, ai fini della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti e degli interessi del richiedente.

Gli articoli 12, 14, 31 e 46 della Direttiva 2013/32/Ue vanno letti, afferma la Corte, alla luce dell'articolo 47 della Carta.

A questo punto, se alla luce della nuova normativa e della giurisprudenza ricordata della Cedu e della Corte di giustizia europea, il giudice ha una discrezionalità così ampia nel disporre l'udienza e l'audizione personale del ricorrente, non è inutile cercare di estrapolare dei criteri che orientino tale discrezionalità, affinché non divenga arbitrio e sia invece rispettosa del criterio di effettività.

In tale prospettiva si è sottolineato[27] come «*l'art. 4, §3, Direttiva qualifiche, prescrive che l'esame della domanda di protezione – effettuato su base indivi-*

25. C. De Chiara, Scuola superiore della magistratura, in collaborazione con la Scuola superiore dell'Amministrazione dell'interno, Roma, 19, 20 e 21 aprile 2017, *Riflessione "a tre voci" sul testo del decreto legge n. 13 del 17 febbraio 2017. Il punto di vista della difesa, dell'amministrazione e del giudice*.

26. Ad es. Döry c. Svezia 12 novembre 2002; Fredin c. Svezia 23 febbraio 1994; Fischer c. Austria 26 aprile 1995.

27. Savio, nelle *Prime riflessioni* sulla nuova disciplina, aggiornato al giugno 2017, in *www.asgi.it*.

duale – si basa sulle dichiarazioni del richiedente (in particolare, sulla sua situazione individuale e sulle circostanze personali addotte), e pure il successivo § 5 , in punto valutazione di credibilità del dichiarante, è tutto incentrato su una valutazione in termini assolutamente soggettivi, quando le sue dichiarazioni non siano suffragate da prove documentali o di altro genere. Parrebbe pertanto evidente che l'art. 46 Direttiva procedure, al fine di ottemperare agli obblighi dell'art. 4 Direttiva qualifiche, debba essere interpretato nel senso di garantire sempre l'ascolto del richiedente da parte del giudice di primo grado».

È fondamentale dunque che le prassi si orientino nel fissare l'udienza e disporre di regola l'audizione – salvo eccezioni – per assicurare la compatibilità del nuovo sistema con il principio di tutela effettiva di cui all'art. 47 della Carta di Nizza, art. 46 Direttiva 2013/32/Ue e art. 6 e 13 Cedu nell'ambito di un'interpretazione eurounitariamente orientata[28].

Le pronunce dei giudici di merito, del resto, sono la prova lampante di quanto l'audizione diretta da parte del giudice possa rovesciare il risultato cui pervengono le Commissioni territoriali in ordine alla scarsa credibilità del ricorrente. In moltissime decisioni dei giudici[29] si ribalta il giudizio di non credibilità formulato dalla Commissione territoriale e si evidenzia come l'audizione abbia chiarito molti aspetti del racconto del ricorrente, attraverso risposte specifiche e dettagliate. L'ulteriore audizione ad opera del giudice può risultare assolutamente indispensabile al fine di valutare il racconto e la credibilità del ricorrente, fornendo al giudice l'opportunità per integrare, conoscere, verificare, e sentire personalmente quanto riferito dal ricorrente davanti alla Commissione territoriale.

Peraltro, la Corte di cassazione è stata investita di numerose eccezioni di incostituzionalità con il ricorso che è stato proposto contro il decreto del Tribunale di Napoli del 10 ottobre/8 novembre 2017 (su cui vedi oltre). Si è in attesa, dunque, della decisione da parte della Corte, che dovrebbe pronunciarsi a breve.

6. Alcune recenti ordinanze in tema di audizione

Di recente, alcuni Tribunali hanno affrontato il problema dell'applicabilità dell'articolo 35 *bis* comma 11 del d.lgs n. 25/2008 , il quale prevede «*11. L'udienza* è *altresì disposta quando ricorra almeno una delle seguenti ipotesi: a) la videoregistrazione non* è*' disponibile; b) l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; c) l'impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado*».

Attualmente, le videoregistrazioni non sono disponibili e le commissioni continuano a verbalizzare le audizioni. Si ritiene, pertanto, che, in applicazione, della norma citata debba essere sempre disposta l'audizione, orientamento seguito dal Tribunale di Bologna, di Brescia, di Cagliari, di Firenze, di Genova, di Roma, di Salerno, di Trieste, con l'unica eccezione che vi siano già i presupposti per concedere l'asilo politico o la protezione sussidiaria, o di inammissibilità per tardività del ricorso.

In altri tribunali, sono state, invece, emesse pronunce secondo cui l'audizione non sarebbe comunque necessaria.

Gli orientamenti emersi in tal senso si basano su un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicabilità dell'articolo 35 *bis* comma 11, per affermare l'assenza di un obbligo di fissazione di udienza, pur in mancanza di videoregistrazione.

Il Tribunale di Napoli (decreto del 20.10.2017) respinge la richiesta di fissazione dell'udienza, ritenendo inesistente un obbligo in tal senso ai sensi dell'art. 35 bis, commi 10 e 11 citati. Il Tribunale, riguardo al comma 11 di tale articolo, interpreta estensivamente la nozione di "videoregistrazione", equiparando tale termine a quello di "verbale" e suffragando tale interpretazione sulla base dell'articolo 14 comma 7 del medesimo decreto, secondo cui «*quando il colloquio non può essere registrato, per motivi tecnici, dell'audizione è redatto verbale sottoscritto dal richiedente e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del presente articolo*». Essendo i termini "verbale" e "videoregistrazione" totalmente equiparabili, non esisterebbe *vulnus* per la difesa del ricorrente potendosi esaminare la sua posizione attraverso un esame documentale adeguato e completo.

Sempre il Tribunale di Napoli, in data 30.10.2017 (deposito 8 novembre 2017), rigetta analoga richiesta di fissazione di udienza e di audizione del soggetto ricorrente, rilevando che il ricorso non presenta elementi di fatto diversi da quelli già dedotti innanzi alla commissione territoriale. Non affronta espressamente la questione dell'art. 35 *bis,* comma 11, lett. a).

Dello stesso avviso è il Tribunale di Torino, il quale, con decreto del 28.11.2017 dichiara non necessaria l'audizione del ricorrente in quanto l'art. 35 *bis,* com-

28. In questo senso anche Favilli, *op.cit*, *Le previsioni del dl 13 del 2017*, p. 54.

29. Facilmente reperibili in *internet* nei numerosi siti specializzati; mi limito a ricordare, per fare un esempio significativo, Tribunale di Lecce, ordinanza 24.9.2017; Tribunale di Genova, ordinanza 1.9.2017, entrambe in www.meltingpot.org.

ma 11, lett. a) deve essere letto nel senso che il giudice deve fissare udienza qualora non siano disponibili «*o la videoregistrazione o il verbale dell'audizione, mentre qualora siano agli atti o l'una o l'altro non troverà applicazione la disposizione*» in esame, e il Collegio dovrà valutare la sussistenza delle altre ipotesi previste dall'art. 35 *bis*, commi 10 e 11.

Di conseguenza, il colloquio andrebbe disposto in assenza di verbale o videoregistrazione o in casi nei quali il materiale cartaceo non contenga elementi sufficienti per la decisione.

In questa stessa prospettiva si pone anche il Tribunale di Milano con due recenti decreti del 17.1.2018 e del 20.2.2018. Il Tribunale di Milano, in sostanza, rigetta la richiesta di fissazione dell'udienza avanzata dal difensore del ricorrente e la conseguente possibilità di audizione in quanto dai commi 10 e 11 dell'art. 35 *bis*, non potrebbe ricavarsi l'automatismo tra mancanza di videoregistrazione e necessità indefettibile di fissazione dell'udienza e tantomeno di rinnovo di audizione. Infatti, tali casi indicherebbero soltanto le ipotesi in cui il giudice non può esercitare il potere di cooperazione se non attraverso un contraddittorio non puramente cartolare e cioè quando abbia bisogno di chiarimenti dalle parti. Richiamando l'articolo 46, comma 3, Direttiva 2013/32/Ue del giugno 2013 secondo cui «*... Gli stati membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed* ex nunc *degli elementi di fatto e diritto ...*», rilevando il vantaggio in termini di effettività temporale della tutela, essendo assunta una decisione nel più breve tempo possibile, pur svolgendo un esame accurato, ma cartolare. Inoltre, si rileva nei decreti milanesi, come le circostanze dichiarate in sede amministrativa siano totalmente sovrapponibili a quelle citate dal difensore nel ricorso (si fa anche riferimento alla sentenza della Cgue 560/2014, secondo la quale il colloquio deve essere organizzato solo al fine di accertare circostanze specifiche non meglio vagliate prima).

Le pronunce non sono condivisibili, in quanto frutto di una decisa, quanto inammissibile *interpretatio abrogans* del comma 11, *lett*. a) citato.

L'argomentazione secondo cui la videoregistrazione sarebbe totalmente equiparata al verbale e pertanto verrebbe meno l'obbligo di disporre l'audizione ai sensi del comma 11 è capziosa: la norma dispone che se non c'è videoregistrazione si deve redigere il verbale (come è ovvio che sia), ma non che si tratti di due forme equivalenti. Anzi, che si tratti di due forme diverse, è reso palese proprio dall'art. 35 *bis* comma 11 che, nel caso di mancanza di videoregistrazione, impone l'audizione. Dunque si considera il verbale non totalmente sostituibile alla videoregistrazione, ma qualcosa di meno. Infatti, la trascrizione del verbale di audizione (per quanto si ricava dal testo normativo) ha ad oggetto la versione in italiano delle dichiarazioni, mentre, evidentemente, la videoregistrazione contiene l'intervista integrale. Solo quest'ultimo documento consente di verificare la completezza e pertinenza alle domande delle risposte del richiedente asilo nella sua lingua ed eventualmente di effettuare un controllo sulla qualità della traduzione. Inoltre, la percezione visiva delle dichiarazioni rese dal richiedente è qualità della sola videoregistrazione e non anche del verbale.

L'argomento è stato sviscerato, tra l'altro, anche per criticare la disposizione secondo cui alla fine della fase amministrativa è consegnato al richiedente il verbale e non il *file* contenente l'intervista videoregistrata, che il ricorrente può ottenere solo dopo avere instaurato il giudizio di reclamo al Tribunale (*ex* art. 14 comma 5 «*In sede di ricorso giurisdizionale avverso la decisione della Commissione territoriale, la videoregistrazione e il verbale di trascrizione sono resi disponibili all'autorità giudiziaria in conformità alle specifiche tecniche di cui al comma 8 ed* è *consentito al richiedente l'accesso alla videoregistrazione*»). Il difensore, senza la videoregistrazione, non è effettivamente in grado di verificare il contenuto dell'intervista e quindi di predisporre consapevolmente il reclamo ed eventualmente richiedere una nuova audizione del ricorrente; non è inoltre in grado di indicare al giudice le eventuali incomprensioni che possano avere influito sul giudizio di credibilità da parte della commissione territoriale.

In definitiva, l'argomento che si basa sull'equivalenza tra verbale e videoregistrazione non ha base normativa ed è anzi contraddetto dalla disciplina vigente.

L'altro argomento utilizzato dal Tribunale di Milano e dal Tribunale di Napoli si incentra sulla superfluità dell'audizione quando il ricorso non presenti elementi di fatto diversi da quelli già dedotti innanzi alla commissione territoriale. Anche in questo caso, si tratta di un'argomentazione che presuppone un'*interpretatio abrogans* dell'articolo 35 *bis,* comma 11, lett. a), che impone l'audizione quando manchi la videoregistrazione, senza ulteriori presupposti. L'ipotesi valutata dal tribunale di Milano e di Napoli è già prevista dal comma 11, lett. c) (*quando l'impugnazione si fondi su elementi non dedotti nella procedura amministrativa*); il comma prevede *due* ipotesi di obbligatorietà dell'udienza: una è quella in cui manchi la videoregistrazione (lett. a)) e la seconda quella della presenza di elementi di fatto diversi da quelli dedotti nella prima fase (lett. c)). Non si comprende come la prima ipotesi possa essere eliminata per lasciare in vigore solo la seconda.

Non si tiene conto, tra l'altro, della circostanza che gli elementi di fatto possono mutare dalla deposizione del ricorso al momento della decisione e deve essere possibile, per il ricorrente, esporli al giudice

e, per il giudice, integrare officiosamente la prova al riguardo.

Ad esempio, la valutazione comparativa tra la condizione attuale del paese di origine e la condizione d'integrazione socio economica nel nostro paese (Cass. n. 4455/2018, più volte citata), non può che essere svolta con riferimento al momento della decisione, tenuto conto della natura dei profili che sono rilevanti per la valutazione della vulnerabilità e sono destinati ad evolversi (valutazione individuale della vita privata e familiare del richiedente in Italia comparata alla situazione che ha vissuto prima della partenze e alla situazione cui si troverebbe esposto in caso di rimpatrio).

L'assunto delle pronunce in commento trascura poi il dato esperienziale: se l'audizione è svolta correttamente, può far emergere, come si è detto, situazioni non dichiarate nell'audizione dinanzi alla Commissione e nemmeno riferite nel ricorso. Si potrebbe ipotizzare che nella Commissione non si sia creato il clima di fiducia necessario per l'apertura totale del richiedente; potrebbe esserci un difetto nella difesa tecnica, magari non formata o costretta a redigere il ricorso in situazioni di grave compressione di tempo; o potremmo immaginare che tale apertura sia, forse comprensibilmente, dovuta a un progressivo scioglimento delle paure e del trauma che certe situazioni comportano. A mio parere, appare riduttivo ritenere superflua l'audizione quando il ricorso non riporti elementi nuovi.

Ancora, secondo il Tribunale di Milano, in particolare, l'onere di cooperazione si può svolgere anche nel contraddittorio cartolare. Nuovamente, si deve sottolineare che, anche rispetto a tale argomento si tratta di un'argomentazione che, comunque, comporta l'abrogazione parziale dell'articolo 35 *bis,* comma 11. Inoltre, la cooperazione sulla base del contraddittorio cartolare è molto compressa e nel colloquio orale ha ben altra efficacia, se si tiene conto della differenza fra il dialogo scritto e il dialogo orale. Basti pensare che la comunicazione orale comprende anche il linguaggio non verbale: secondo gli studiosi della materia, solo per le espressioni facciali si contano circa 7000 movimenti[30].

Quanto al richiamo del criterio di effettività (art. 46 direttiva 2013/32/Ue) è preso in considerazione, sempre dal Tribunale di Milano, solo per valorizzare le esigenze di celerità della decisione. Queste esigenze sono fondamentali, ma devono essere soddisfatte da un'adeguata organizzazione, che implica dotazioni appropriate di giudici e personale di cancelleria. Anzi, proprio il criterio di effettività, come si è cercato di argomentare sopra al paragrafo 6, porta a ritenere l'udienza e l'audizione del richiedente la regola e non l'eccezione. Inoltre, non si può depotenziare una norma interna correttamente garantista, invocando il diritto europeo che rappresenta un *minimum* di tutela da rispettare, ma non un criterio per disapplicare una norma, interna, che non solo rispetta quel minimo, ma fornisce una tutela maggiore.

7. La valutazione di credibilità

Il colloquio con il migrante resta dunque il fulcro della prova e strumento basilare per valutare la credibilità.

Ma *come* valutare l'attendibilità, la coerenza, la plausibilità, la credibilità?

Quando si dice che il richiedente è ritenuto credibile se «è in generale, attendibile» è evidente che si lascia all'esaminatore una discrezionalità amplissima. E' chiara la differenza tra l'esame di un italiano scippato, rispetto a quello di un migrante che racconta eventi molto lontani dalla nostra realtà e cultura; i criteri normativi però sono poco utili. I pericoli sono evidenti: esigere riscontri di esperienze de-umanizzanti che possono restare invisibili come ferita interiore (es violenze, torture, stupri, deportazioni); esigere forme sostitutive della credibilità come, ad esempio, imporre a persone omossessuali di frequentare associazioni specializzate; dare valore alle apparenze, credere a chi *appare* credibile secondo i nostri schemi: sicurezza, capacità di dettaglio, coerenza, tutte caratteristiche che difficilmente si riscontrano nel richiedente asilo, tanto più se analfabeta e vissuto nel suo villaggio di pochi abitanti o nel suo quartiere ghetto di una megalopoli africana[31]. Molto spesso, le imprecisioni o l'incapacità di riferire in modo circostanziato e logico su determinati accadimenti possono derivare proprio dal basso grado di conoscenze e di apprendimento dei ricorrenti, e non dal difetto di veridicità o verosimiglianza di quanto sostengono. La scarsa scolarizzazione e i traumi subiti ben giustificano un *deficit* di memoria, in quanto, come risulta dagli studi in materia, chi non è capace di leggere e di scrivere accusa una sensibile diminuzione delle facoltà di comprendere la realtà circostante, nonché un *deficit* nella memorizzazione e nell'abilità di ordinare le informazioni apprese esponendole in modo logico e coerente. E' noto, inoltre, che spesso i profughi affrontano difficoltà nell'esporre alle autorità il proprio

30. Luigi Anolli (a cura di), *Fondamenti di psicologia della comunicazione*, Il mulino 2006, p. 27.

31. Su questi pericoli, vedi Veglio, op. cit. p. 9.

vissuto e le proprie esperienze, a causa degli effetti derivanti dal cd. stress post-traumatico collegato ai drammatici eventi da essi vissuti[32].

Sulla valutazione di credibilità del ricorrente si veda da ultimo Cass. n. 26921/2017, che stigmatizza il metodo di «*accendere i riflettori su talune imprecisioni riguardanti aspetti secondari del racconto del richiedente la protezione, senza tuttavia valutare le difficili condizioni personali in cui egli si trovava al momento della narrazione*».

In particolare, il canone di *plausibilità* è quello più difficile da applicare, perché ciò che non è plausibile nel nostro Paese, può esserlo nel villaggio di Gari-kukuwa in Nigeria. Questo è il punto più delicato, dove si annida la maggiore espansione della visione eurocentrica del giudice, anche a livello inconscio. Di qui l'importanza che il giudice dell'asilo non sia solo, né in forma monocratica, né in quella collegiale.

La solitudine del giudice dell'asilo non può che essere mitigata dall'apporto di altri saperi, in particolare di antropologi, etno-psichiatri, linguisti, sociologi e altri.

Sarebbe interessante, *de iure condendo*, immaginare un giudice dell'asilo quale giudice *davvero* specializzato e integrato da figure di giudici onorari esperti in altre discipline, sulla falsa riga del Tribunale per i minorenni o, per fare un altro esempio, delle Sezioni specializzate agrarie.

Come i campi, anche i migranti, per essere compresi, non hanno bisogno solo di diritto.

Più utili delle regole giuridiche per l'audizione, si rivelano le regole elaborate per l'ascolto da enti e organismi rispetto al colloquio con il richiedente asilo. Ad esempio, l'Easo (*European asylum support office*) ha articolato un modello in varie fasi comprensive della preparazione del colloquio, studio del caso, modalità di inizio e svolgimento del colloquio; necessità di informare il richiedente sulle successive fasi del procedimento e i tempi della decisione, la cura dell'apertura, l'approfondimento del merito della domanda e la conclusione[33]. Anche l' Unhcr ha sviluppato un protocollo per l'intervista dei richiedenti asilo[34], con indicazioni sulle modalità di porre le domande, quali domande porre e così via. Si analizzano le barriere alla comunicazione, gli effetti del trauma, l'atteggiamento dell'intervistatore, l'importanza della preparazione all'intervista.

Tra le regole elaborate sottolineo l'importanza dell'apertura, della preparazione e della costruzione del clima di fiducia: abbiamo spesso detto, nell'ambito della giustizia ordinaria, che l'udienza doveva essere il luogo di costruzione della fiducia per le parti, sia nel tentativo di conciliazione giudiziale, sia per l'invio in mediazione, sia per lo stesso *iter* processuale in vista di una decisione comunque partecipata e di una sua costruzione progressiva: il processo non è fatto solo di codici, ma di relazioni che si intrecciano con diversi ruoli, e tutte le regole che abbiamo immaginato con riferimento a quelle relazioni trovano oggi uno spazio d'elezione a proposito della protezione internazionale (non a caso le regole dell'Easo sono riferite al *colloquio personale* e trovano rispondenza in quelle elaborate anche per la giustizia c.d. ordinaria[35]).

Naturalmente, il clima di fiducia è essenziale ancor più per l'esame del richiedente asilo. Occorre evitare frasi giudicanti, (*mi sembra confuso, così non va... è poco chiaro...non ci siamo*), e adottare invece un atteggiamento collaborativo anche di fronte a narrazioni caotiche o bizzarre, invece di pretendere che si incanalino in binari consueti e conformi al modo di pensare e vivere che ci è proprio.

Il giudice può e deve fornire informazioni in merito agli elementi rilevanti per motivare la domanda[36], ponendo domande adeguate, soprattutto per permet-

---

32. In questo senso l'ordinanza del Tribunale di Genova, citata alla nota 30, che si sofferma, in particolare, sull'importanza dell'audizione del ricorrente, che deve essere considerato credibile anche quando il racconto reso in Commissione Territoriale è considerato "*generico*".

33. Easo, *La guida pratica dell'Easo: il colloquio personale*, dicembre 2014, www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-Practical-Guide-Personal-Interview-IT.pdf. Sul punto vedi Veglio, op. cit., pp. 9 ss.: «Le raccomandazioni suggeriscono lo studio anticipato del caso, la costruzione di un ambiente accomodante e collaborativo, un atteggiamento neutrale e professionale, l'adeguata informazione dello straniero. La regola per la raccolta delle informazioni richiede l'alternanza tra spazi di racconto libero e la successiva fase di verifica, attraverso il ricorso a domande semplici, tendenzialmente aperte e non suggestive, con una spiccata enfasi sul confronto e il chiarimento. Prima della chiusura è prevista l'opportunità per il richiedente di porre domande e verificare insieme all'interprete correttezza e completezza della verbalizzazione. Perfeziona il panorama una disciplina di dettaglio relativa alla disposizione dei partecipanti nell'aula (esaminatore e richiedente seduti *vis-a-vis*, su sedie della stessa altezza, con l'interprete seduto al lato del tavolo, equidistante dagli interlocutori), alle modalità del dialogo (ascolto attivo, tono e gestualità adeguate, riformulazione dei concetti attraverso il medesimo linguaggio del richiedente, astensione dagli interventi nel corso del racconto libero), al ruolo dell'interprete (sintonia e sincronia con il richiedente, utilizzo di appunti) e dell'esaminatore (capacità di ascolto, astensione da commenti, divieto di interruzione dell'interprete, consapevolezza di pregiudizi e aspettative)».

34. Unhcr, *Intervistare i richiedenti asilo*, www.meltingpot.org/IMG/pdf/intervistare-i-richiedenti-asilo-1-2.pdf.

35. Si vedano i protocolli per le udienze civili facilmente reperibili in *internet* e in *www.milanosservatorio.it*.

36. Corte Giust. Ue sentenza C-277/11, 2012, par. 65 afferma che, secondo l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2004/83, benché il richiedente sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, spetta tuttavia allo Stato membro interessato coope-

tere al richiedente di chiarire eventuali elementi che porterebbero ad una valutazione di non credibilità. L' art 16 Direttiva 2013/32/Ue prevede testualmente che il richiedente «*deve avere l'opportunità di spiegare l'eventuale assenza di elementi e/o le eventuali incoerenze o contraddizioni delle sue dichiarazioni*»[37]. Un vero confronto, come è stato osservato, è l'antidoto al rischio che l'esaminatore selezioni le informazioni che "a lui" sembrano rilevanti secondo canoni soggettivi assunti come universali[38]. Innanzitutto, si può ricorrere ad atteggiamenti comprensivi di fronte al rischio, più che reale, che il richiedente possa aver frainteso la domanda, dando spazio a domande chiarificatrici di eventuali incoerenze (*mi sono espresso male forse ... non mi sono spiegato ...*). In ogni caso occorre un confronto su qualunque risposta appaia stravagante o contraddittoria. Questo rientra esattamente nell'onere di cooperazione del giudice (e prima ancora dell'esaminatore in commissione.) Se le Coi sono negative, ad esempio, occorre esporre questo pensiero. Non va dimenticata l'asimmetria che ricorre nel colloquio: il giudice pone le domande e può interrompere le risposte. In certa misura l'asimmetria è ineliminabile: esserne consapevoli contribuisce ad attenuarne gli aspetti pregiudizievoli.

8 . Il giudice dell'asilo è diverso dal giudice civile?

Il confronto, si è detto da più parti, stride con i criteri usuali adottati dal giudice italiano.

Come ho anticipato all'inizio, gli Osservatori sulla giustizia civile, e chi condivide comunque la necessità di rivitalizzare la giustizia civile non attraverso la girandola di nuovi riti, ma il recupero dell'oralità, sono di fronte ad una cartina di tornasole. Sono decenni che consideriamo il dialogo processuale il fulcro della semplificazione del materiale processuale e della ricerca della soluzione il più possibile giusta. Il colloquio processuale franco, con l'esposizione da parte del giudice del suo pensiero (ragionata valutazione del materiale processuale, *allo stato degli atti*), è anche il fulcro della semplificazione del linguaggio giuridico negli atti e nei provvedimenti: in un processo dove molto si scrive e poco si parla, gli atti e i provvedimenti sono condannati alla logorroica esposizione non solo delle argomentazioni pertinenti, ma anche di quelle che *forse non lo sono, ma non è detto*.

Ora è proprio la trama delle prassi costruite per rendere il processo un luogo dove le udienze sono utili e sono luoghi di parola parlata e ascoltata e non solo di scrittura, che dovrebbe consentire, per il settore che ci interessa, il confronto e così l'eliminazione di quelle che sono state definite le *archiviazioni silenziose*: le apparenti contraddizioni che non vengono rilevate nel colloquio, ma riesumate per il giudizio sulla non credibilità delle dichiarazioni. Ricordano le sentenze della *terza via* nel tempo in cui – prima dell'intervento della Suprema Corte – il giudice trattava la causa senza prospettare apertamente la questione dirimente che aveva silenziosamente rilevato e veniva riesumata, appunto, solo al momento della sentenza. In palese violazione del contraddittorio.

La cooperazione del giudice, insomma, implica un pieno dispiegamento del suo ruolo attivo e partecipe, ruolo che i protocolli di udienza e le buone prassi hanno provato a delineare anche per la giustizia civile ordinaria, superando il modello tradizionale del giudice quale arbitro passivo di uno scontro agonistico.

Inutile sottolineare l'importanza del ruolo del difensore nello specifico settore in esame ai fini della valorizzazione del dialogo con il richiedente asilo: la difesa non è solo tecnico-giuridica, ma riguarda anche la vigilanza sulle eventuali proiezioni euro-centriche che possono caratterizzare il colloquio da parte dell'esaminatore. Per elevare la qualità del procedimento decisionale, occorre un innalzamento degli *standard* qualitativi dell'esame delle domande e questo richiede una formazione specifica, non solo giuridica, di giudici e avvocati.

9. Giurisdizione diseguale o costruttiva di uguaglianza?

L'effettività della tutela rischia di essere gravemente minata anche dalla mancanza di padronanza della lingua. Già la verbalizzazione del colloquio, in generale, è operazione difficile: passare dalla confusione della lingua parlata all'ordine della lingua scritta è inevitabilmente foriero della perdita dell'espressione originale. Senza contare la difficoltà di rendere il contesto non verbale, spesso più significativo del linguaggio verbale. Nel settore di cui parliamo, si

---

rare con tale richiedente nel momento della determinazione degli elementi significativi della stessa.

37. La norma non è stata recepita integralmente nell'ordinamento italiano che si limita a garantire «*la possibilità di esporre in maniera esauriente gli elementi addotti a fondamento della domanda*» e la «*facoltà di formulare osservazioni che sono riportate in calce al verbale, anche per rilevare eventuali errori di traduzione o di trascrizione*»: artt. 13 e 14, d.lgs n. 25/2008.

38. Veglio, op. cit., p 13.

aggiunge il problema legato all'esigenza di ricorrere ad un interprete con la conseguenza che, nei vari passaggi (domanda, traduzione, risposta, traduzione e verbalizzazione) si verifichi pericolo di ulteriore inquinamento e alterazione. L'interprete è autore di una mediazione culturale che presuppone un'elevata qualificazione, non solo linguistica. Fondamentale è la sincronia tra richiedente, traduttore ed esaminatore in modo che il colloquio si svolga secondo un ritmo suo proprio, senza interruzioni eccessive, ma anche senza la perdita di informazioni se il tempo è troppo lungo affinché l'interprete possa memorizzare le frasi. Inoltre, è indispensabile la preparazione dell'interprete (spiegargli quale è il suo ruolo, il dovere di riservatezza e così via: v. Guida Easo e Unhcr), assicurare un *setting* di audizione riservato e attento alla dimensione relazionale e alla vulnerabilità, tenendo presente anche il livello culturale del ricorrente[39].

Il sistema attuale rende le regole di cui si è detto pura utopia. Interpreti qualificati sono raramente disponibili, anche per l'irrisorio compenso[40] e le persone che, di fatto, svolgono la traduzione (spesso operatori dei Cas - Centri di accoglienza straordinaria) sono sovente prive di quella alta qualificazione professionale che richiederebbe il compito arduo di tradurre da mondi lontanissimi dal nostro.

Eppure, la lingua è spesso l'unica casa che i richiedenti abitano, dopo aver perso radici nel Paese di origine e senza poterne avviare nel Paese di dimora.

Occorre cogliere il carattere epocale di quanto sta accadendo: le storie umane di chi attraversa il deserto, le torture, il rischio di morte, l'assistenza alle morti altrui, chi le raccoglierà?

Ecco il ruolo di una giurisdizione che fa della tutela della dignità e dei diritti umani il suo fulcro: dare voce a chi non ne ha, a chi è vulnerabile: e il migrante lo è per definizione. La rifondazione della giurisdizione civile, su cui abbiamo spesso riflettuto negli ultimi anni, ci ha portato a ridefinire la missione del giudice civile, ancora destinatario delle più disparate conflittualità, proprio quale baluardo dei diritti fondamentali, delineando il perimetro di intervento riguardo a quelle posizioni più delicate o complesse dove si registrano rapporti di forza asimmetrici o sia in gioco la dignità delle persone.

In questo modo il diritto torna alle sue origini, per «*esplorare* – sono parole di Pino Borrè - alla luce del Costituzione *gli spazi praticabili per la tutela (...) dei soggetti più deboli, dei sottoprotetti, degli svantaggiati*, dando nuovo impulso al ruolo della giurisdizione come "*attitudine costruttiva dell'uguaglianza"*[41]».

Non si deve cedere, dunque, alla tentazione di ridurre i numeri dietro la massificazione delle decisioni, la standardizzazione dei modelli decisori senza attenzione ad ogni singolo caso concreto. L'audizione, in certi settori, è una dura selezione come, ad esempio, nel settore artistico; dobbiamo fare ogni sforzo perché l'audizione del richiedente asilo non sia così, e si svolga in una prospettiva di cooperazione con chi decide, perché non sia luogo di selezione malsana, ma luogo di restituzione «*di una verità storica ad una biografia individuale per farne giustizia*»[42].

39. Su questi temi si veda Veglio, U*omini tradotti,* op. cit., pp. 20 ss.

40. Gli onorari degli interpreti sono determinati nella misura di € 14,68 per la prima udienza (fino a 2 ore di attività), ridotti a € 8,15 per quelle successive (art. 1, dm 30.5.2002) che peraltro, in sistema di patrocinio a spese dello stato, non sono anticipati ma solo prenotati a debito, di fatto con poche speranze di pagamento.

41. Non va in questa direzione il *Protocollo sezione immigrazione,* sottoscritto il 6.3.2018 tra il presidente del Tribunale di Venezia e il presidente del locale Consiglio dell'Ordine che contiene regole discriminatorie; in particolare segnalo i punti 6 e 7, dove si prevede l'audizione dello straniero da parte del giudice senza la presenza del difensore e l'obbligo del difensore di comunicare al giudice, prima dell'udienza, l'eventuale sussistenza di malattie infettive del ricorrente e nel caso l'obbligo di produrre certificazione medica attestante l'assenza di pericolo di contagio.

42. Veglio, U*omini tradotti,* op. cit., pag. 1.

L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie

di *Angelo Danilo De Santis*

Il pericolo insito nella eliminazione dell'udienza nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale è esaminato attraverso l'analisi degli orientamenti della giurisprudenza di merito, nonché di quella di legittimità e delle Corti sovranazionali, sviluppatasi in una materia contraddistinta dalla necessità di tutelare diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente tutelati. Si rappresenta il rischio dell'erosione delle garanzie processuali dovuta al governo della economia sul diritto e sul processo.

1. Il contesto. Il governo dell'economia sul diritto (e sul processo)

Negli ultimi anni l'assoggettamento del diritto, e in special modo del processo, al governo dell'economia, ha guidato le scelte delle tecniche adottate dal legislatore che è stato indotto ad affiancare al valore, tradizionalmente preminente, della tutela dei diritti, principii quali l'adeguatezza[1], la proporzionalità[2] e la meritevolezza[3]; i risultati sono consistiti nella divaricazione del trattamento per categorie di diritti, rispetto ad alcune delle quali sono stati apprestati strumenti più raffinati e risorse maggiori (e migliori).

In tempi recenti si è accresciuta la consapevolezza, negli operatori e negli studiosi, che esistono «diritti più diritti di altri»[4], il che impone di fare i conti con la loro (fisiologica) diseguaglianza; questa, a sua volta, è frutto di una selezione compiuta a monte dal legislatore e che, notoriamente, si riflette nelle scelte di differenziazione delle forme della tutela giurisdizionale[5].

Dal 2014, quando il legislatore ha apertamente proclamato l'intento di "degiurisdizionalizzare" la giustizia civile, pur senza far espresso riferimento al

1. Su cui v. D. Dalfino, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 907.

2. Su cui v., da ultimo, A. Panzarola, *Jeremy Bentham e la «*Proportionate justice», in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1459; Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 389 ss.

3. Intesa come requisito dell'interesse ad agire, su cui v. M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, Giuffré, 2004; E ad., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, dal quale si cita, nonché in AA.VV., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Urbino 23-24 settembre 2011, Bologna, Bononia University Press, 2012, pp. 87 ss.

4. Cfr. M.G. Garofalo, *Intervento*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, Jovene, 1989, p. 1176.

5. È noto, infatti, che le *rationes* della tutela differenziata costituiscono un *post* rispetto alle scelte legislative, cioè alla selezione degli interessi meritevoli di tutela operata dalla legge sul piano sostanziale. Da questa prospettiva, come notato da G. Costantino, *Le espropriazioni forzate speciali. Lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 10, «i princìpi di uguaglianza, infatti, nel processo, possono operare sia per quanto riguarda la posizione delle parti tra loro, sia per quanto riguarda la posizione di una delle parti rispetto a quella di chi vanti analoghe situazioni sostanziali».

mercato, all'economia o allo sviluppo, come invece ha fatto a partire dalla l. 80/05 e sino alla l. 98/13, la tendenza appare guidata dalla introduzione di misure volte a scoraggiare il ricorso alla giurisdizione, al quale fanno da contrappeso lo strisciante disinteresse per l'esatta attuazione della legge sostanziale e la visione della giustizia civile come costo sociale: prova ne sono, in via esemplificativa, gli incentivi alla composizione delle controversie in funzione di autonomia privata e l'inasprimento dei costi per l'accesso alla giustizia statale; le sanzioni per i casi in cui la scelta di rivolgersi al giudice senza prima aver tentato la via della conciliazione non sia adeguatamente giustificata; la riduzione massima degli spazi di tutela in forma specifica del posto di lavoro e gli incentivi alla conciliazione; la compressione del diritto di impugnare e l'incremento dei costi per i gradi di giudizio successivi al primo; la compressione delle garanzie della pubblicità dell'udienza nel procedimento dinanzi alla Corte di cassazione e nei procedimenti in materia di immigrazione; l'attribuzione di valore *lato sensu* vincolante per il giudice civile delle decisioni dell'autorità *antitrust* in materia di illeciti concorrenziali e la conseguente accentuazione dello spostamento dell'ago della bilancia della giustizia dalla giurisdizione all'amministrazione[6].

Che la regia delle riforme che hanno interessato le regole che disciplinano la tutela dei diritti sia stata costituita da valori economici non è più un mistero: la l. 80/05 varò la riforma processuale entro un piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale del Paese; la l. 69/09 la inserì fra le disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività; l'art. 49 l. 99/09 incluse la nuova azione di classe per la tutela del consumatore nel quadro di disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia; la l. 148/11, di conversione del dl. 138/11, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo, delegò il Governo ad adottare la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari, attuata con d.lgs 155/12; la l. 27/12 modificò l'azione di classe nel contesto di un intervento per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività; la l. 92/12 collocò il rito specifico accelerato per le controversie in tema di licenziamento del lavoratore in una prospettiva «di crescita»; nella stessa prospettiva la l. 134/12 introdusse il filtro in appello; secondo la l. 98/13 le modifiche processuali sarebbero dovute servire al rilancio dell'economia; nel dl. 132/14 e nella l. 162/14 le finalità di politica economica non sono state più apertamente indicate «poiché ormai si sono impadronite del sistema[7]» e la loro filosofia, battezzata dal neologismo «degiurisdizionalizzazione», denota l'inequivoco intento di diminuire il peso della giustizia civile, puntando sull'autonomia privata in funzione compositiva delle controversie; il dl. 83/2015 ha introdotto misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, incidendo sulla disciplina delle procedure di esecuzione concorsuale e individuale e introducendo, *inter alia*, l'art. 2929 *bis* cc; il dl. 168/16, ha recato misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, in un'ottica di efficienza degli uffici giudiziari; interventi evidentemente ispirati alla tutela del mercato e della concorrenza sono costituiti dalle regole processuali contenute nel d.lgs 3/17, che ha dato attuazione della direttiva 2014/104/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea; il dl. 13/17, convertito con modificazioni dalla l. 46/17, ha istituito nuove sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Ue (art. 1, comma 1°, dl.), presso i tribunali ordinari del luogo in cui hanno sede le corti d'appello, affiancandole alle altre già contemplate dal nostro ordinamento giudiziario, che sono il tribunale per i minorenni (art. 49, Rd n. 12/1941) le sezioni specializzate agrarie (art. 1, l. n. 320/1963) e quelle in materia di impresa (art. 1 d.lgs n. 168/2003) e ha ridisegnato il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, ora consistente in un rito camerale *sui generis* con udienza eventuale e senza appello[8]; la l. 24/17, recante disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, ha, tra l'altro, introdotto

6. Per questi riferimenti e per approfondimenti, sia consentito rinviare a A.D. De Santis, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 89 ss.

7. Cfr. R. Caponi, Doing Business *come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 15.

8. Sui dubbi di legittimità costituzionale di questa scelta, v. A.D. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1218; F. del Rosso, *L'istituzione di sezioni specializzate in materia di immigrazione e il nuovo rito per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, pp. 939 ss.; v. anche la ricostruzione sistematica svolta da M. Acierno, *La nuova disciplina sull'immigrazione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Treccani, 2018, pp. 523 ss.; per un commento critico, v. C. Asprella, *Un nuovo rito applicabile in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto*

una nuova forma di condizione di procedibilità per le azioni risarcitorie da *malpractice* medica, ispirata al modello dell'art. 445 *bis* cpc, e ha ulteriormente esteso l'ambito di applicazione del rito sommario di cognizione.

2. Il *deficit* di garanzie del procedimento relativo al riconoscimento della protezione internazionale

L'esempio della tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti appare paradigmatico della tendenza a misurare le garanzie processuali in ossequio al *diktat* del risparmio di risorse.

Sotto questo aspetto, pare utile, preliminarmente, sgombrare il campo da un equivoco che, in apparenza innocuo, è sembrato giustificare la scelta di pretermettere alcune delle tradizionali garanzie connesse al *quomodo* della protezione dei diritti, specie se collegati a principii e valori fondamentali[9].

Quello per il riconoscimento della protezione internazionale[10] non è un procedimento bifasico eventuale.

A ben vedere, questa definizione appare fuorviante e, sotto certi aspetti, pericolosa.

Il fatto che il diritto del migrante ad ottenere la protezione internazionale vada proposto davanti ad un organo amministrativo e che poi la sua decisione possa essere sottoposta alla impugnazione davanti alla autorità giudiziaria non vale affatto a disegnare un unico procedimento bifasico, con fase giurisdizionale eventuale.

A parte l'ovvia (ma evidentemente meritevole di essere ribadita) considerazione secondo cui le regole, i principii e le garanzie del procedimento amministrativo e dei rapporti tra l'amministrazione e il richiedente sono ontologicamente diversi da quelli che devono – secondo la Costituzione repubblicana e le fonti sovranazionali – governare un processo civile (*id est* un modello di processo civile contenzioso avente ad oggetto diritti fondamentali), giova tener presente che, per un verso, ogni procedimento giurisdizionale è «eventuale», in quanto presuppone vuoi una «crisi di cooperazione tra consociati», che può esservi oppure no, vuoi una scelta (che in quanto tale non può essere coartata né essere esercitata d'ufficio) di esercitare il diritto di azione oppure no[11]; per altro verso, che accorpare la fase amministrativa a quella giurisdizionale significa operare una superfetazione, volta ad agevolare la commistione tra le due e a rendere accettabile il sacrificio di garanzie processuali – quale quella consistente nel "diritto all'audizione" – perché l'ascolto del richiedente, tutto sommato, si è comunque svolto davanti alla autorità amministrativa[12].

Il sacrificio delle garanzie sull'altare del risparmio di risorse si coglie nitidamente dalla tendenziale soppressione dell'udienza, dall'eliminazione del grado di appello[13] e dal peculiare regime della decisione di rigetto della domanda, con riguardo alla revoca dell'ammissione al patrocinio a spese delle Stato[14].

Con specifico riferimento alla esclusione dell'udienza, l'art. 35 *bis*, comma 10°, d.lgs 25/2008 dispone che sia fissata esclusivamente quando il giudice: a) visionata la videoregistrazione del colloquio, ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato; b) ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle parti; c) dispone consulenza tecnica ovvero, anche d'ufficio, l'assunzione di mezzi di prova. Ai sensi dell'11° comma, l'udienza è altresì disposta

---

dell'immigrazione illegale, in *Corriere giur.*, 2017, p. 855.

9. Sulla natura di diritto soggettivo della pretesa al riconoscimento della protezione internazionale, v. Cons. Stato 18 dicembre 2015, n. 5738, in *Foro amm.* 2015, p. 3079.

10. L'art. 6, comma 1°, lett. g), dl. introduce dunque un nuovo rito, collocato nell'art. 35 *bis* d.lgs 25/2008 e che sostituisce quello sommario di cognizione di cui all'abrogato art. 19 d.lgs 150/2011.
L'art. 35 *bis*, comma 1°, d.lgs 25/2008 stabilisce che «le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'art. 35, sono regolate dalle disposizioni di cui agli articoli 737 e ss. cpc, ove non diversamente disposto dal presente articolo».

11. Cfr. A. Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, pp. 165 ss.

12. Ragionando in questo modo, ogni giudizio, civile, amministrativo e tributario, di natura impugnatoria di provvedimenti amministrativi resi all'esito di procedimenti amministrativi in cui sia consentito alla parte privata di interloquire con la amministrazione, potrebbe andare incontro alla eliminazione tendenziale dell'udienza.

13. Per una critica a queste scelte, v. V. Gaeta, *La riforma della protezione internazionale: una prima lettura*, in *www.questionegiustizia.it*; F. del Rosso, *L'istituzione di sezioni specializzate in materia di immigrazione e il nuovo rito per il riconoscimento della protezione internazionale*, cit., pp. 944 ss.

14. Su cui v. A. Piccininni e N. Zorzella, *Come limitare l'accesso alla giustizia dei richiedenti asilo e contestualmente mortificare l'attività professionale di chi potrebbe tutelarli*, in *www.questionegiustizia.it.*; già in senso critico, v. A.D. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, cit., pp. 1234 ss.

quando ricorra almeno una delle seguenti ipotesi: a) la videoregistrazione non è disponibile[15]; b) l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; c) l'impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado[16].

2.1 Le prassi

Le prime prassi delle sezioni specializzate, a meno di un anno dalla introduzione del nuovo rito camerale (entrato in vigore a far data dal 18 agosto 2017), sembrerebbero porre alcuni spunti di riflessione.

Fermo restando il rigetto delle eccezioni di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 77 Cost. (risulta che spesso le parti istanti hanno contestato il difetto dei presupposti di necessità ed urgenza in capo alla scelta del legislatore di introdurre una riforma processuale con le forme del decreto legge)[17] e la particolare complessità di alcuni tipi di controversie che coinvolgono anche situazioni giuridiche soggettive di carattere pretensivo connesse alla semplice richiesta di riconoscimento della protezione internazionale[18], parrebbe frequente la scelta di escludere la fissazione dell'udienza attraverso una forzatura ed un allargamento delle ipotesi in cui questo è consentito e sulla base di argomentazioni secondo cui comunque il diritto al contraddittorio sussisterebbe e sarebbe garantito, seppur in forma scritta e seppur nelle anguste ma sufficienti forme del rito camerale[19].

Ma se la cd. «cameralizzazione» dei diritti non è un fenomeno recente, seppur da più parti criticato[20], il punto sembra consistere nel rischio dello smarrimento dell'oralità, quale pilastro del processo civile, a sua volta strumentale alla più alta forma di garanzia del contraddittorio.

Il quadro emergente dalla analisi di alcuni provvedimenti di merito è, sotto questo profilo, indicativo: presso il Tribunale di Torino[21] non mancano esempi di decreti in cui è stato ritenuto che l'art. 35 *bis*, comma 11, lettera a), d.lgs 25/2008 debba essere letto nel senso che il giudice debba disporre l'udienza qualora non siano disponibili o la videoregistrazione o il verbale della audizione, mentre qualora siano agli atti o l'una o l'altro la disposizione non si applicherebbe; con decreto del 10 dicembre 2017, inedito, è stato stabilito che «l'art. 14 del d.lgs n. 25 del 2008 – come modificato dalla l. n. 46 del 2017 – denominato "*Verbale del colloquio personale*", dopo aver disciplinato la videoregistrazione nonché il verbale di trascrizione della stessa, al comma 7 afferma «*Quando il colloquio non può essere videoregistrato per motivi tecnici o nei casi di cui al comma 6*-bis» (ipotesi in cui sia il richiedente a formulare istanza motivata di non volersi avvalere della videoregistrazione) «*...è redatto verbale sottoscritto dal richiedente e si applicano, in quanto compatibili le disposizioni del presente articolo*». Siffatta locuzione non può che essere intesa nel senso che – laddove la videoregistrazione non possa

15. Sul punto (approfondito già da G. Buffone, Un doppio regime per l'audizione dell'interessato, in Guida dir., 2017, 20, 76), va rilevato che il dl. prevedeva l'obbligatorietà della videoregistrazione del colloquio, mentre con la l. di conversione è stato introdotto il comma 6 bis all'art. 14 d.lgs 25/2008, che opportunamente consente al richiedente di formulare istanza motivata di non avvalersi del supporto della videoregistrazione. Tuttavia, su tale istanza decide la stessa commissione territoriale con provvedimento espressamente indicato come non impugnabile, il che suscita qualche dubbio di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost.

16. Il testo originario del dl. prevedeva la possibile fissazione dell'udienza qualora con il ricorso introduttivo fossero stati introdotti nuovi elementi non dedotti nella fase amministrativa. In sede di conversione l'ipotesi è stata limitata alla sola introduzione di nuovi elementi di fatto, il che ben potrebbe offrire l'occasione ai difensori più smaliziati di ottenere comunque la fissazione dell'udienza, riportando strumentalmente nel ricorso nuovi elementi di fatto, anche se non sostenuti da alcuna richiesta istruttoria o produzione documentale.

17. Cfr. Trib. Venezia 7 dicembre 2017, accessibile al seguente link: https://bit.ly/2rlAVnx.

18. Cfr. infatti Trib. Firenze 14 dicembre 2017, accessibile al seguente link https://bit.ly/2rmZCQB e richiamata da D. Genovese, *La tutela delle vittime di tratta di fronte alla Sezione specializzata in materia di protezione internazionale di Firenze*, in questa *Rivista on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-delle-vittime-di-tratta-di-fronte-alla-s_04-05-2018.php.

19. Cfr., infatti, Trib. Milano 20 febbraio 2018, inedito, che richiama i principi espressi da Corte cost. 17 aprile 1985, n. 103, in *Foro it.*, 1986, I, p. 888.

20. Cfr. L. Lanfranchi, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, p. 33; V. Denti, *I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di effettività e di costituzionalità della tutela*, in AA.VV., *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti, Atti del XVII Convegno nazionale dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Palermo 6-7 ottobre 1989*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 31 ss.; E. Grasso, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, *ibid.*, pp. 49 ss.
Che il fenomeno sia in crescita si coglie dal vero e proprio rompicapo costituito dall'art. 61, 7° comma, d.lgs 169/2011, recante il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, secondo il quale l'opposizione al piano di pagamento si propone alla Corte d'appello civile e dispone che «si procede in camera di consiglio e si applicano gli artt. 702 *bis* e seguenti del codice di procedura civile».

21. Cfr. Trib. Torino 12 dicembre 2017, inedito.

essere effettuata, per malfunzionamento ma, evidentemente, anche per la mancanza dell'apparato tecnico – sarà il verbale a tener il luogo della videoregistrazione, debitamente sottoscritto dal Presidente o dal componente della Commissione che ha condotto il colloquio, dall'interprete e dal richiedente (comma 2, art. 14 cit.), e sarà questo ad essere consegnato in copia, trascritto in lingua italiana, al richiedente (comma 4, art. 14 cit.). Di conseguenza, l'art. 35 *bis,* comma 11, lettera a), del d.lgs n. 25 del 2008 deve essere letto nel senso che il giudice (*id est* il Collegio) debba disporre l'udienza qualora non siano disponibili o la videoregistrazione o il verbale della audizione, mentre qualora siano agli atti o l'una o l'altro non troverà applicazione la disposizione in oggetto.

Anche il Tribunale di Napoli, con decreto del 23 ottobre 2017, inedito, ha escluso che la mancata ammissione dell'audizione dell'interessato «costituisca di per sé un *vulnus* per la difesa dello stesso, in quanto il Tribunale è in possesso di documentazione cartacea contenente il verbale sottoscritto del colloquio dell'interessato effettuato in sede amministrativa», anche alla luce della giurisprudenza eurounitaria che «[...] ha già avuto modo di spiegare che l'obbligo assoluto di tenere un'udienza pubblica in tutte le procedure giurisdizionali non è previsto né dall' art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue né dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4/11/1950 (Corte di Giustizia, seconda sezione 26/7/2017 sentenza Moussa Sacko c/Commissione Territoriale di Milano)», sicché «l'omissione dell'udienza *de qua* risponde all'esigenza, sentita sia dagli Stati Membri della Ue che dai richiedenti asilo, che sia presa una decisione in tempi rapidi, se ad essa si può pervenire attraverso un esame documentale adeguato e completo»; con decreto del 30 ottobre 2017, inedito, è stato ritenuto che debba essere «rigettata l'istanza, articolata nel ricorso introduttivo, di comparizione del ricorrente, il che implica anche il rigetto della richiesta di fissazione della presupposta udienza, sia perché genericamente proposta sia perché non ritenuta dal Collegio essenziale ai fini della decisione l'audizione del ricorrente in ciò considerato che nel ricorso introduttivo non sono stati prospettati elementi di fatto diversi da quelli già dedotti innanzi alla Commissione territoriale. Inoltre, l'esecuzione della videoregistrazione del colloquio informativo del richiedente asilo dinanzi alle Commissioni non è, allo stato, disponibile per motivi tecnici, posto che a norma del comma 8, dell'art. 14, e del comma 16 dell'art 35 *bis* della legge le "specifiche tecniche" necessarie per predisporre il sistema di video registrazione saranno stabilite con decreto direttoriale da adottarsi nei tempi e nei modi previsti».

3. Il "diritto all'udienza" e le sue limitazioni

Sennonché, alcune considerazioni di ordine teorico-sistematico si impongono per tentare di capire se di un sacrificio ragionevole si tratti, ogni qual volta ad una parte di un procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale sia preclusa la possibilità di comparire dinanzi al giudice[22].

Sebbene sia tecnicamente corretto tener distinte le nozioni di (a) diritto di essere ascoltato (nel senso di diritto di esporre le proprie ragioni); (b) diritto di essere ascoltato *personalmente*; c) diritto a una udienza[23], non c'è dubbio che quest'ultimo comprenda in sé il primo e, con le dovute limitazioni, il secondo.

Occorre dunque chiedersi se l'obliterazione del diritto all'udienza sia congrua rispetto al fine (acceleratorio, come emerge dalla relazione illustrativa al decreto legge 13/2017), giacché la lentezza (*rectius*, la durata irragionevole) dei processi civili non sembra dipendere dallo svolgimento dell'udienza ma, semmai, dal numero elevato delle controversie e dalla cronica inadeguatezza delle risorse impiegate.

---

22. I numeri e l'ampiezza del fenomeno migratorio che coinvolge il nostro paese sono spesso stati accostati a quelli di una vera e propria emergenza; sul punto, v. A. Scalera - A. Pahlasindgh, *La "questione migranti" nei Paesi Ue: alcuni dati*, in questa *Rivista on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/la-questione-migranti-nei-paesi-ue_alcuni-dati_13-10-2017.php.

23. Cfr. C. De Chiara, *Fase amministrativa e fase giurisdizionale: partecipazione del richiedente all'udienza ed ascolto in sede giudiziale: il dovere di cooperazione dell'Autorità e il principio dispositivo*, Relazione tenuta in occasione dell'incontro «Il diritto di asilo e *alla protezione internazionale»*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura In collaborazione con la Scuola superiore dell'Amministrazione dell'interno, Roma, 7, 8, 9 febbraio 2018, il cui dattiloscritto è stato consultato per gentile concessione dell'Autore, il quale evidenzia che «L'art. 14 della direttiva 2013/32/Ue riconosce al richiedente la facoltà (e dunque attribuisce un corrispondente obbligo allo Stato membro competente a decidere sulla sua richiesta) di sostenere un «colloquio personale» nella prima fase del procedimento, quella che in Italia, come detto, ha natura amministrativa e si svolge davanti alla competente Commissione territoriale per la protezione internazionale. Se si esamina la giurisprudenza delle corti appartenenti ai due ordinamenti sovranazionali europei, si nota che quella della Cedu è incentrata sul diritto all'udienza, perché dell'udienza parla l'art. 6 della Convenzione. Essa è giunta alla conclusione che dell'udienza è consentito fare a meno allorché essa «non sia necessaria, a causa di circostanze eccezionali del caso, per esempio quando non si pongono questioni di fatto o di diritto che non possano essere adeguatamente risolte sulla base dei documenti allegati e delle osservazioni scritte delle parti» (*Döry c. Svezia* 12 novembre 2002; *Fredin c. Svezia* 23 febbraio 1994; *Fischer c. Austria* 26 aprile 1995; e molte altre). Del diritto di essere ascoltato *personalmente*, a rigore, non si fa parola».

Sembra opportuno considerare e valutare se il sacrificio del principio della pubblicità del giudizio, sancito dall'art. 6 Cedu[24] e ricavabile dall'art. 101, comma 1°, Cost.[25] sia ragionevole, giacché la circostanza che, in questa materia, il giudice possa disporre della videoregistrazione (quando ciò avverrà) potrebbe non essere sufficiente a giustificare la scelta del legislatore; se si considerano i dati empirici raccolti anche grazie all'esperienza della Clinica legale del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza, istituita presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università Roma Tre[26], si prende coscienza del fatto che le audizioni dinanzi alle Commissioni territoriali hanno una durata compresa tra le due e le quattro ore, con estenuanti pause dovute alla traduzione delle domande e delle risposte e alla successiva verbalizzazione. La scelta del legislatore comporta il rischio che il giudice impieghi all'incirca un paio d'ore di lavoro per la visione della videoregistrazione, anziché adoperarsi in udienza per rivolgere chiare e mirate domande al ricorrente, dopo avere studiato il verbale e il ricorso.

Sul piano sistematico, non si può non considerare l'eliminazione del grado di appello, il che determina il concreto rischio che l'intero processo per il riconoscimento della protezione internazionale, snodatosi tra primo grado e giudizio di Cassazione, si svolga senza la possibilità per le parti – *rectius*, i loro avvocati – di interloquire oralmente comparendo davanti al giudice; sul punto, può essere utile ricordare quanto affermato nel 2015 dalla Corte costituzionale[27], secondo la quale il principio di pubblicità del giudizio, connaturato ad un ordinamento democratico[28] e che tutela dal rischio di una «giustizia segreta»[29], può essere derogato nelle fasi di impugnazione, se per un verso, la pubblicità è assicurata nelle fasi di merito e, per altro verso, vengono in rilievo questioni di diritto eminentemente tecniche. In effetti, è arduo rintracciare nel procedimento *ex* art. 35 *bis* d.lgs 25/2008 alcuno degli elementi indicati dalla Suprema Corte per giustificare la deroga al principio di pubblicità, in quanto, per un verso, nel primo grado non è garantita la possibilità di comparire in udienza – la prassi degli uffici lo dimostra – e, per l'altro, la natura delle controversie è tale da determinare prevalentemente l'insorgenza di questioni controverse sotto il profilo dell'accertamento dei fatti più che delle soluzioni tecnico-giuridiche.

Se nella giurisprudenza della Corte Edu sono frequenti le pronunce che ammettono la derogabilità del diritto all'udienza, in presenza di interessi talvolta prevalenti[30], con specifico riferimento alla direttiva 2013/32/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio,

---

24. A norma dell'art. 6 Cedu ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata pubblicamente da un tribunale indipendente e imparziale. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia.

25. Cfr. Corte cost. 21 maggio 2014, n. 135, in *Giur. costit.* 2014, p. 2256, con nota di R. Adorno; Corte cost. 12 marzo 2010, n. 93, in *Foro it.* 2010, I, p. 2008; Corte cost. 23 aprile 1998, n. 141, in *Foro it.* 1999, I, p. 767, con nota di M. Annecchino; Corte cost. 16 febbraio 1989, n. 50, in *Foro it.* 1990, I, p. 822; Corte cost. 2 febbraio 1971, n. 12, in *Giur. costit.*, 1971, p. 103; nel senso che la pubblicità dell'udienza sia un «cardine dell'ordinamento», v. Cass. 16 marzo 2012, n. 4268 e Cass. 18 luglio 2008, n. 19947.

26. I dati e i materiali sono accessibili al seguente *link* http://clinicalegale.giur.uniroma3.it/.

27. Cfr. Corte cost. 5 giugno 2015, n. 97, in *Giur. costit.*, 2015, p. 813.

28. Cfr. Cass. 2 marzo 2017, n. 5371.

29. Cfr. Corte dir. uomo 10 aprile 2012, *Lorenzetti c. Italia*; Corte dir. uomo 8 luglio 2008, *Perre e altri c. Italia*; Corte dir. uomo 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*.

30. Cfr. Corte dir. uomo 12 maggio 2009, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, p. 140, secondo cui l'art. 6 par. 1, Cedu non esige necessariamente lo svolgimento di un'udienza pubblica in tutti i processi; le autorità nazionali potrebbero ritenere, ad esempio, che l'organizzazione sistematica di dibattimenti costituisca un ostacolo al rispetto della durata ragionevole del processo; Corte dir. uomo 21 luglio 2009, *Seliwiak c. Polonia*; Grande Camera, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*; 8 febbraio 2005, *Miller c. Svezia*; 25 luglio 2000, *Tierce e altri c. San Marino*; 27 marzo 1998, K.D.B. c. Paesi *Bassi*; 29 ottobre 1991, *Helmers c. Svezia*; 26 maggio 1988, *Ekbatani c. Svezia*, secondo cui «i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, par. 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza» giacché «la valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza ..., si apprezza ... in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente, allorché al giudice competa soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative»; v., però, Corte dir. uomo, 31 maggio 2016, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Diritti politici e civili*, n. 240, secondo cui «L'art. 6 par. 3 d) Cedu sancisce il principio secondo il quale, prima che un imputato possa essere dichiarato colpevole, tutti gli elementi a carico devono in linea di principio essere prodotti dinanzi a lui in pubblica udienza, ai fini di un dibattimento in contraddittorio; questo principio non è privo di eccezioni, che tuttavia possono essere accettate soltanto fatti salvi i diritti della difesa; come regola generale, questi impongono di dare all'imputato una possibilità adeguata e sufficiente di contestare le testimonianze a carico e di interrogarne gli autori, al momento della loro deposizione o in una fase successiva»; nonché Corte dir. uomo 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia, cit., in cui è stato affermato il contrasto del

del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, la Corte di giustizia Ue[31] ha stabilito che, in particolare, i suoi articoli 12, 14, 31 e 46, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati «nel senso che non osta a che il giudice nazionale, investito di un ricorso avverso la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale manifestamente infondata, respinga detto ricorso senza procedere all'audizione del richiedente qualora le circostanze di fatto non lascino alcun dubbio sulla fondatezza di tale decisione, a condizione che, da una parte, in occasione della procedura di primo grado sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, conformemente all'articolo 14 di detta direttiva, e che il verbale o la trascrizione di tale colloquio, qualora quest'ultimo sia avvenuto, sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo, in conformità dell'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva medesima, e, dall'altra parte, che il giudice adito con il ricorso possa disporre tale audizione ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto contemplato all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva».

Non sembra chiaro il concetto di manifesta infondatezza cui la Corte ha fatto riferimento, giacché potrebbe concernere l'ipotesi di cui all'art. 32, par. 2, della direttiva, che consente al diritto nazionale di qualificare manifestamente infondata una domanda qualora rientri in una delle fattispecie delineate dall'art. 31, par. 8, ovvero accolga una nozione più ampia di certezza ed evidenza della infondatezza della domanda.

Sembra ragionevole ritenere che la Corte abbia inteso riferirsi ai casi di manifesta infondatezza tipizzati dall'ordinamento dell'Unione, come parrebbe rivelare il richiamo contenuto nella sola motivazione all'art. 32, par. 2, della direttiva, che a sua volta richiama l'art. 31, par. 8[32].

Parrebbe quindi da escludersi che la Corte abbia voluto riferirsi ai soli casi di manifesta infondatezza – tra quelli di cui all'art. 31, par. 8, della direttiva – introdotti nell'ordinamento nazionale grazie alla facoltà riconosciuta dal richiamato art. 32, par. 2; nonostante nell'ordinamento italiano sia prevista una sola delle ipotesi di manifesta infondatezza elencate all'art. 31, par. 8, della direttiva – e cioè l'ipotesi che «il richiedente ha sollevato esclusivamente questioni che non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale»[33] – anche le altre ipotesi di cui all'art. 31, par. 8, cit., dovrebbero essere comprese tra quelle che consentono di evitare l'audizione davanti al giudice; se così fosse, il giudice potrebbe fare a meno dell'udienza soltanto nel caso in cui il richiedente abbia sollevato esclusivamente questioni prive di attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale.

4. Il costo delle garanzie processuali e il valore dell'oralità

Allargando l'orizzonte dell'indagine, si colgono delle vistose disomogeneità interpretative: infatti, colpisce l'attenzione dell'interprete la tendenza della giurisprudenza interna a valorizzare l'audizione della parte e la sua effettiva partecipazione all'udienza nei procedimenti di convalida e proroga del trattenimento: Cass. 13 novembre 2017, n. 26803 ha stabilito che «in tema di procedimento di convalida del trattenimento dello straniero nel centro di identificazione ed espulsione, ai sensi degli artt. 14 del d.lgs 286/98, le garanzie del contraddittorio, consistenti nella partecipazione necessaria del difensore e nell'audizione dell'interessato, per il procedimento di convalida del trattenimento, trovano applicazione senza che sia necessaria la richiesta dell'interessato di essere sentito. Pertanto, costituisce eccezione rilevante e fondata quella sollevata dal difensore del trattenuto il quale alleghi la violazione del diritto di difesa dello stranie-

procedimento per ingiusta detenzione con l'art. 6 Cedu, nella parte in cui non consente che, almeno su richiesta della parte, si possa procedere con la presenza del pubblico.

31. Corte giust. Ue 26 luglio 2017 Moussa Sacko c. Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano C-348/16.

32. In tal senso, v. C. De Chiara, *Fase amministrativa e fase giurisdizionale: partecipazione del richiedente all'udienza ed ascolto in sede giudiziale: il dovere di cooperazione dell'Autorità e il principio dispositivo*, cit.

33. Cfr. art. 28 *bis*, comma 2, lett. *a)*, d.lgs n. 25/2008; peraltro, le fattispecie di manifesta infondatezza della domanda contemplate dall'art. 31, par. 8, della direttiva sono significative: si pensi a quella di cui alla lett. *c)* (presentazione di informazioni o documenti falsi od omissione di informazioni pertinenti o documenti relativi all'identità o cittadinanza), alla lett. *d)* (probabile distruzione in mala fede di tali documenti), alla lett. *e)* (rilascio di dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie, false o evidentemente improbabili che contraddicono informazioni sufficientemente verificate sul paese di origine), alla lett. *g)* (scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di allontanamento, alla lett. *h)* (ingresso illegale nello Stato o prolungamento illegale del soggiorno senza presentare domanda di protezione internazionale).

ro che, pur chiedendolo, non venga accompagnato davanti al giudice della convalida in ragione di trattamenti di semplice profilassi, che non costituiscano pericoli per la salute pubblica»[34].

Il quadro che emerge è obiettivamente complesso giacché frutto di una tensione e della ricerca di un equilibrio tra esigenze di effettività della tutela e adeguata ed efficiente allocazione delle risorse della giustizia[35].

A ben vedere, basterebbe considerare quanto sforzo di produzione giurisprudenziale (e di difesa da parte degli avvocati) sia derivato dalla scelta del legislatore di eliminare l'udienza (seppur nei termini indicati) per ritenere inefficiente, secondo una logica economica, tale scelta.

Il cuore del problema sembra risiedere, sul piano generale, nella prospettiva dalla quale ci si pone e, sul piano particolare, nell'indagine intorno al principio di oralità.

Se si qualificano le garanzie processuali alla stregua di un costo, il destino che attende gli operatori del diritto sarà, con ogni probabilità, quello di un continuo confronto e scontro su quali e in che misura sacrificare; se, al contrario, le si concepisce un valore imprescindibile, sulla base della considerazione che non tutti i diritti sono «monetizzabili» (e men che meno quelli correlati alla effettività del diritto di azione e di difesa, quale sembra ragionevole considerare "il diritto all'udienza"), sarà possibile porre un argine alla dittatura dell'economia sulla giustizia e tentare così di curare una della cause della crisi della giurisdizione civile[36].

Quanto all'oralità, forse è tempo di ricominciare ad indagarne la portata.

Ferma restando la distinzione tra trattazione orale e pubblica udienza, poiché una cosa è il diritto al contraddittorio (art. 24 Cost.), altra cosa il diritto all'udienza pubblica (art. 101 Cost.), il punto non sta tanto nella violazione del diritto alla difesa, quanto nella (tendenziale) soppressione della udienza, intesa come (unico) punto di contatto tra le parti e il giudice.

L'eliminazione di questo contatto non sembra marginale[37], perché trattasi di un valore risalente all'illuminismo e fatto proprio dalle moderne costituzioni successive alla rivoluzione francese[38].

Addirittura, il valore della udienza (pubblica) era già contemplato dallo Statuto albertino, il quale, all'art. 72, prevedeva che «Le udienze dei tribunali in materia civile e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi».

La Costituzione repubblicana lo ha, implicitamente, recepito, considerando che, pur contenuto nell'art. 101 del progetto presentato all'assemblea costituente il 31 gennaio 1947, non fu riportato nel testo definitivo solo perché ritenuto superfluo in un sistema democratico in cui il potere giurisdizionale è esercitato in nome del popolo (art. 101 Cost.)[39].

In questa sede non è certamente possibile addentrarsi oltre nell'indagine sull'oralità – di cui l'udienza è l'architrave – ma occorre prendere consapevolezza del suo progressivo smarrimento[40] e interrogarsi sul suo valore, per capire se trattasi di un retaggio del passato del quale poter progressivamente fare a meno, o se sia consustanziale alla garanzia di un processo – e di una decisione – giusti.

Vale, dunque, la pena di ricordare il pensiero di Chiovenda che, nel paragrafo dei *Principii*[41] intitolato *Concetto, vantaggi e importanza processuale dell'oralità*, così scriveva: «[...] il principio dell'oralità non esige punto l'esclusione della scrittura dal processo, come il nome potrebbe far credere agli inesperti: poiché la scrittura, da mezzo perfezionato, qual essa è, di esprimere il pensiero e di conservarne durabilmente l'espressione, non può non avere nel processo quel posto, che ha in ogni rapporto della vita. Ma appunto esso vuole che non le sia fatto, se non quel posto che le compete secondo le condizioni della vita moderna e secondo l'utile effettivo che può dare ai giudizii. Ora,

34. Il principio vale anche per l'udienza di proroga del trattenimento, come chiarito da Cass. 14 novembre 2017, n. 26919; deve peraltro essere segnalato che la Corte, con ordinanza interlocutoria del 19 dicembre 2017, n. 30454, ha disposto la trasmissione degli atti alla pubblica udienza in considerazione dell'esigenza di riesaminare gli argomenti svolti da Cass. 10 maggio 2017, n. 11468 e 3 maggio 2017, n. 10743.

35. Cfr. S. Chiarloni, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, spec. p. 534.

36. Cfr., esemplificativamente, B. Ackerman, *We the People. 3. The Civil Right Revolution*, Cambridge (MA)-London, 2014, pp. 14 ss., 154 ss.; sul versante italiano, v., specificamente, G. Costantino, Governance *e giustizia - Le regole del processo civile italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, suppl. al n. 4; B. Capponi, *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corriere giur.*, 2014, pp. 1277 ss.; N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2007.

37. Come ricordato da G. Scarselli, *In difesa della pubblica udienza in Cassazione*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 30 ss.

38. Cfr. G. Chiovenda, *La riforma del processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffré rist. 1993, III, p. 294.

39. Cfr. F. Cipriani, *Il procedimento camerale in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 829.

40. Come dimostra il testo degli art. 375 e 380 *bis* cpc per il procedimento davanti alla Corte di cassazione.

41. Cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, rist. 1965, 680, spec. p. 681.

in tutti quei casi in cui occorre valutare l'attendibilità delle dichiarazioni di qualcuno, sia parte, sia teste, sia perito, è certo che il contatto diretto e personale di costui col giudice pone questo in grado di meglio apprezzare la deposizione. Che se la verità dei fatti debba risultare da contraddittorio, sia di parti, sia di testi, sia si periti, il confronto perde ogni efficacia nello scritto che lo riproduce».

Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno

di *Fulvio Vassallo Paleologo*

L'obbligo di salvare la vita in mare costituisce un preciso obbligo degli Stati e prevale su tutte le norme e gli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare. La ricostruzione dei fatti e la qualificazione delle responsabilità dei diversi attori coinvolti nelle attività di ricerca e salvataggio (Sar) nelle acque internazionali del Mediterraneo Centrale deve tenere conto dei rilevanti profili di diritto dell'Unione europea e di diritto internazionale che, in base all'art. 117 della Costituzione italiana, assumono rilievo nell'ordinamento giuridico interno. Le scelte politiche insite nell'imposizione di Codici di condotta, o i mutevoli indirizzi impartiti a livello ministeriale o dalle autorità di coordinamento dei soccorsi, non possono ridurre la portata degli obblighi degli Stati che devono garantire nel modo più sollecito il soccorso e lo sbarco in un luogo sicuro (*place of safety*). Eventuali intese operative tra le autorità di Stati diversi, o la paventata "chiusura" dei porti italiani, non possono consentire deroghe al principio di non respingimento in Paesi non sicuri affermato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra.

1. Diritto sovranazionale ed ordinamento interno

Le Convenzioni internazionali, al pari dei Regolamenti europei, costituiscono un limite alla potestà legislativa dello Stato e, in base agli art.10, 11 e 117 della Costituzione, il diritto internazionale e le Convenzioni internazionali sottoscritte dal nostro Paese non possono essere derogati da scelte discrezionali dell'autorità politica1. Un recente documento redatto da 29 giuristi di diversi Paesi ha criticato il sequestro preventivo della nave *Open Arms* disposto dalla Procura di Catania il 18 marzo 2018, per il mancato riconoscimento di regole vincolanti in base al diritto internazionale[2].

La speditezza e le modalità probatorie dei procedimenti di sequestro conservativo non sempre consentono una piena cognizione del complesso quadro normativo, dei fatti e delle relative responsabilità individuali. Si devono ricordare al riguardo la sentenza della Corte di cassazione che nel 20053 confermava la misura cautelare del sequestro preventivo adottata dal Tribunale di Agrigento, e la successiva sentenza di assoluzione emessa nel 2009 dallo stesso Tribunale, sul caso della azione di soccorso in mare operato nell'estate del 2004, dalla nave umanitaria tedesca *Cap Anamur*. Come rilevato dallo stesso Collegio giudicante nella sentenza di assoluzione, tra le norme del diritto generalmente riconosciute rientrano anche quelle poste dagli accordi internazionali in vigore per l'Italia che assumono, in base al principio "*pacta sunt servanda*", un rango gerarchico superiore rispetto alla disciplina interna, anche ai sensi dell'art. 117 Cost., a norma del quale la po-

1. N. Parisi, I limiti posti dal diritto internazionale alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare, in R. Sicurella (a cura di), Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici, Torino, 2012, pp. 55 ss.

2. Si veda il testo del documento in www.asgi.it/primo-piano/libia-respingimenti-mediterraneo-2.

3. Cassazione Sez. III Pen. 27 Aprile 2005, N. 15689, in www.diritto.it/archivio/1/20280.pdf con nota di L. Salamone e V. Caiola.

testà legislativa è esercitata nel rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali[4]. A conclusioni non diverse è giunto il gip del Tribunale di Ragusa che ha ordinato il dissequestro della nave *Open Arms*[5] .

Il Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni unite, firmata a Palermo nel 2000, contro la Criminalità organizzata transnazionale, per combattere il traffico illecito di migranti per via terrestre, aerea e marittima, frequentemente invocato per fornire una base legale agli accordi intercorsi con la Libia, prevede la superiorità gerarchica delle norme di diritto internazionale relative ai diritti dell'Uomo e della Convenzione di Ginevra. In base all'articolo 19 § 1 del Protocollo, «Nessuna disposizione del presente Protocollo pregiudica gli altri diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e degli individui derivanti dal diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale relativo ai diritti dell›uomo e, in particolare, laddove applicabili, la Convenzione del 1951 e il Protocollo del 1967 relativi allo status *dei rifugiati e il principio di non respingimento ivi enunciato*».

Secondo l'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, titolato «Trattati in contrasto con una norma imperativa del diritto internazionale generale (jus cogens)», è nullo qualsiasi Trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale. Ai fini della stessa Convenzione, per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere. È bene ricordare che per Trattato internazionale si intende qualunque «accordo internazionale concluso per iscritto tra Stati e regolato dal diritto internazionale, che sia costituito da un solo strumento o da due o più strumenti connessi, qualunque ne sia la particolare denominazione».

2. Le nuove prassi operative seguite al *Memorandum* d'intesa tra Italia e Governo di Tripoli (Gna) del 2 febbraio 2017

Dopo gli attacchi concentrici rivolti nei confronti delle Ong sul piano politico e mediatico, e dopo l'avvio di una cooperazione tra la Marina militare italiana, la centrale operativa della Guardia costiera italiana (Imrcc) e i comandi ai quali rispondono le motovedette (in parte donate e assistite dall'Italia) che sono di stanza nei porti della Libia occidentale, in particolare ad Abu Sittah (Tripoli), sotto il controllo del governo Serraj o di milizie che lo sostengono, si è fortemente ridotta la presenza delle navi umanitarie delle Ong. Navi che, fino al mese di luglio 2017 garantivano una buona parte delle attività Sar, coordinate da Imrcc di Roma, nelle acque internazionali confinanti con le acque territoriali libiche (come confermato dal Rapporto 2017 della Guardia costiera italiana[6]).

Molte Ong hanno ritirato le loro navi anche per l'incerto quadro giuridico nel quale si svolgevano le attività di ricerca e salvataggio, a seguito dell'adozione di un Codice di condotta, elaborato dalla Direzione generale frontiere del Ministero dell'interno, che le diverse Ong hanno dovuto accettare nel tempo. Da undici assetti navali riferibili alle Ong nel 2016 si è scesi alle attuali quattro imbarcazioni ancora impegnate in attività Sar nelle acque del Mediterraneo centrale. La nave *Juventa* della Ong Jugend Rettet è sotto sequestro a Trapani dal mese di agosto dello scorso anno[7], e la *Open Arms* ha ritirato il suo mezzo più grande di soccorso, dopo il sequestro preventivo avvenuto il 17 marzo a Pozzallo. Da allora la Centrale operativa della Guardia costiera italiana (Mrcc) ha variato continuamente le modalità di coordinamento delle attività Sar in acque internazionali, cercando di favorire in tutti i modi l'intervento delle motovedette libiche.

Le chiamate di soccorso non provengono più dai gommoni o da parenti dei migranti già presenti in Europa, come avveniva in passato, a partire dai tempi dell'Operazione *Mare Nostrum*. Oggi gli interventi di salvataggio avvengono dopo avvistamenti effettuati da mezzi aerei della Marina militare o dell'Operazio-

4. Vassallo Paleologo, Il *caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario*, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2010, p. 87 ss.; Trevisanut, *Le Cap Anamur: Profils de droit international et de droit de la mer*, in Annuaire du droit de la mer, 2004, p. 49.

5. M. Patarnello, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato,* in www.questionegiustizia.it/articolo/dissequestrata-la-nave-open-arms-soccorrere-i-migranti-non-e-reato_19-04-2018.php. Nello stesso senso S. Perelli, *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?,* in www.questionegiustizia.it/articolo/il-sequestro-della-nave-open-arms-e-reato-soccorrere-migranti-in-pericolo-di-vita-_31-03-2018.php.

6. Si veda il rapporto in www.guardiacostiera.gov.it/attivita/ricerca.

7. Si rinvia al recente rapporto di L. Pezzani e C. Heller, *The Juventa Case*, in https://blamingtherescuers.org/iuventa.

ne Sophia di Eunavfor Med, quindi viene allertata la Centrale operativa della Guardia costiera italiana (Imrcc), che immediatamente individua i mezzi che sono nelle condizioni di fornire i soccorsi più immediati, spesso le poche navi residue delle Ong. Nelle prime ore delle attività di soccorso le navi delle Ong vengono utilizzate per mettere in sicurezza le imbarcazioni cariche di migranti, magari con la consegna dei salvagente, di cui sono sprovviste le unità libiche. Si tenta quindi di trasferire la responsabilità delle attività Sar alla cd. Guardia costiera libica, contattata sia dalla Centrale Imrcc che da una nave militare della missione italiana Nauras (nell'ambito dell'Operazione Mare Sicuro) presente nel porto di Tripoli. Ma si può legittimamente dubitare che in questo modo le autorità italiane possano liberarsi dagli obblighi di salvataggio imposti dal diritto internazionale.

Il decreto del gip di Catania, che ha convalidato il sequestro preventivo disposto dalla Procura di Catania, evidenzia che l'ordine di "*stand by*" alla nave *Open Arms*, il 15 marzo 2017, è stato impartito dalle autorità italiane. Secondo il magistrato «il coordinamento (delle motovedette di Tripoli, n.d.a.) è sostanzialmente affidato alle forze della Marina militare italiana, con i propri mezzi navali e con quelli forniti ai libici». In questo modo si stabilisce una duplice catena di comando a gerarchia variabile, affidando sostanzialmente ai libici la scelta di come e quando intervenire. Si arriva così ad interrompere una attività Sar, che dovrebbe essere proseguita con la massima sollecitudine possibile, con l'ingiunzione dello "*stand by*" imposto alle navi umanitarie dalla Centrale operativa Mrcc di Roma, in attesa che giunga sulla scena dell'evento Sar una motovedetta libica, magari anche dopo molte ore dal primo allarme. In occasione dell'evento Sar verificatosi domenica 6 maggio di quest'anno[8], malgrado il trasferimento della responsabilità Sar ad autorità libiche, nessun mezzo partito da Tripoli o dagli altri porti controllati dalle milizie fedeli al Governo di riconciliazione nazionale (Gna), prendeva il largo e raggiungeva con la dovuta tempestività il gommone stracarico di migranti, ormai in procinto di affondare, che poi veniva soccorso da un mezzo di una Ong. Una ennesima conferma della mancanza di una qualsiasi autonoma capacità di coordinamento da parte delle autorità di Tripoli, chiamate sempre più spesso ad intervenire nella ipotetica "zona Sar libica", che si tende a dare per scontata anche se non se ne trova traccia nei manuali Imo ad uso dei naviganti. In questi casi il ritardo nei soccorsi viene giustificato da una valutazione a vista, compiuta da personale militare a bordo di assetti aerei, che nei rapporti di servizio accerta che i mezzi sovraccarichi di migranti sarebbero «in buono stato di navigabilità», e per questa ragione non necessiterebbero di un immediato intervento di soccorso da parte delle Ong, o di altre unità navali private o militari che si trovano più vicine. Un criterio di valutazione che contrasta con i criteri internazionali di accertamento delle situazioni di "*distress*" stabiliti a livello convenzionale e consuetudinario.

Dal mese di marzo di quest'anno è stata adottata la prassi di richiedere allo stato di bandiera la indicazione del Pos (*Place of safety*) dove sbarcare i migranti dopo il soccorso in mare, con una ulteriore dilatazione dei tempi di sbarco di persone già duramente provate prima della partenza e poi dalla navigazione su gommoni o imbarcazioni fatiscenti privi di qualunque protezione e dotazione igienica o di sicurezza. Una situazione che qualifica come "*distress*" immediato la condizione di qualunque barcone carico di migranti che si trovi in acque internazionali. La risposta delle autorità inglesi, in una recente occasione che ha visto il coinvolgimento della nave *Aquarius* della Ong Sos Mediterraneè, seguita da un duro comunicato della Commissione europea, ha chiarito che in queste operazioni di soccorso non ci possono essere tempi morti per ricercare la responsabilità di concludere le operazioni di sbarco nei paesi di bandiera o in altri da loro indicati.

Dopo questa ennesima battuta di arresto, derivante dalla smentita a livello internazionale del Codice di condotta imposto alle Ong, la Centrale operativa della Guardia costiera italiana (Imrcc), in coordinamento con il Ministero dell'interno, ha ordinato alle navi delle Ong, non appena completate le prime attività di soccorso, anche con un numero esiguo di naufraghi a bordo, di fare rotta verso un porto italiano, senza restare in zona per altri salvataggi, ottenendo così il risultato di lasciare campo libero alle motovedette partite dalle coste libiche. Nella sola giornata di domenica 13 maggio scorso oltre 260 migranti ripresi dalle motovedette libiche in acque internazionali, venivano sbarcati nei porti della Tripolitania[9] ed internati nei centri di detenzione. Si sono intanto intensificati gli attacchi calunniosi contro le Ong e le pastoie burocratiche preparate al momento dello sbarco nei porti italiani. Intanto i libici spadroneggiano in acque internazionali, come se si trattasse delle loro acque territoriali, anche in funzione preventiva, su segnalazione di autorità europee o italiane, tracciando a loro volta le navi delle Ong per allontanarle dalle acque internazionali nelle quali si possono trovare gommoni

8. Vedi www.nev.it/nev/2018/05/06/astral-105-persone-recuperate-un-gommone-sgonfio-alla-deriva.

9. Sulle più recenti attività di intercettazione in mare da parte delle unità della cd. Guardia costiera "libica", si rinvia a www.xinhuanet.com/english/2018-05/14/c_137176388.htm.

da soccorrere, con una indebita attività di dissuasione che viola il principio della libera navigazione in acque internazionali. Anche le autorità italiane hanno più volte imposto alle Ong di allontanarsi dai gommoni in difficoltà e di non tenersi "a vista" delle imbarcazioni da soccorrere nelle more dell'arrivo delle motovedette libiche.

Nella giornata del 7 maggio 2018 la Centrale operativa della Guardia costiera italiana (Imrcc) ha emesso un comunicato rivolto apparentemente soltanto alle Ong, avvertendole di tenersi ad almeno 8 miglia di distanza dall'evento Sar in caso di intervento dei libici. Un intervento che, secondo quanto emerso anche nell'ordinanza del gip di Catania dopo il sequestro della *Open Arms*[10], è "sostanzialmente" coordinato dalla Marina militare e dalla Guardia costiera italiana. Ma non mancano neppure casi, riferiti ancora di recente da diverse Ong, nei quali le autorità libiche, indicate come autorità responsabili per gli interventi Sar, non hanno eppure risposto alle chiamate da parte delle unità di soccorso delle organizzazioni umanitarie.

3. Diritto internazionale dei rifugiati: il principio di non respingimento

In base all'art. 33 della Convenzione di Ginevra, «Nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Tale obbligo è stato ribadito nel rapporto *«Rescue at Sea: A Guide to Principles and Practice as Applied to Migrants and Refugees»*, elaborato nel 2006 dall'Imo e dall'Unhcr e sottoposto ad aggiornamento nel 2015. In tale documento viene evidenziato l'obbligo che incombe al comandante della nave che compie l'intervento di soccorso di tutelare adeguatamente i richiedenti asilo, verificando la loro presenza a bordo, comunicandola all'Unchr ed effettuando lo sbarco unicamente laddove sia possibile garantire loro adeguata protezione[11].

Va ricordato anche l'articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione), secondo cui «*Le espulsioni collettive sono vietate*» e «*Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti*». In base all'articolo 4 del Quarto Protocollo allegato alla Convenzione europea a salvaguardia dei diritti dell'Uomo, le espulsioni collettive, e secondo la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, anche i respingimenti collettivi in acque internazionali (caso Hirsi), sono vietati[12].

Come ha affermato la Corte europea dei diritti dell'Uomo nella sentenza Hirsi[13], «*secondo il diritto internazionale in materia di tutela dei rifugiati, il criterio decisivo di cui tenere conto per stabilire la responsabilità di uno Stato non sarebbe se la persona interessata dal respingimento si trovi nel territorio dello Stato, o a bordo di una nave battente bandiera dello stesso, bensì se essa sia sottoposta al controllo effettivo e all'autorità di esso*». Per la Corte, «dotato di questo contenuto e di questa estensione, il divieto di respingimento costituisce un principio di diritto internazionale consuetudinario che vincola tutti gli Stati, compresi quelli che non sono parti alla Convenzione delle Nazioni Unite relativa allo status dei rifugiati o a qualsiasi altro trattato di protezione dei rifugiati. È inoltre una norma di *jus cogens*: non subisce alcuna deroga ed è imperativa, in quanto non può essere oggetto di alcuna riserva» (articolo 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, articolo 42 § 1 della Convenzione sullo *status* dei rifugiati e articolo VII§1 del Protocollo del 1967).

Lo stretto coordinamento che emerge tra la Guardia costiera italiana, nel suo Comando centrale (Imrcc), la Marina militare con una nave presente nel porto di Tripoli, e la cd. Guardia costiera "libica" potrebbe quindi configurare un vero e proprio respingimento collettivo, attuato anche direttamente dall'Italia, vietato dall'art.4 del Quarto Protocollo allegato alla Cedu e dall'art. 19 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea. Se infatti, per la

10. Si rinvia a S. Perelli, I*l sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?,* in questa *Rivista on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/il-sequestro-della-nave-open-arms-e-reato-soccorrere-migranti-in-pericolo-di-vita-_31-03-2018.php.

11. S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2012; P. De Sena, *La "minaccia" italiana di "bloccare" gli sbarchi di migranti ed il diritto internazionale* www.sidiblog.org/2017/07/01/la-minaccia-italiana-di-bloccare-gli-sbarchi-di-migranti-e-il-diritto-internazionale.

12. Marchesi, *"No Area Outside the Law": Non Refoulement e divieto di espulsioni collettive nella sentenza Hirsi Jamaa c. Italia*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2012, pp. 282 ss.

13. Si veda la sentenza in http://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/Hirsi-Jamaa-e-altri-c-Italia-illegali-i-respingimenti-verso-la-Libia-del-2009/249.

configurazione di un respingimento collettivo, in base a quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, occorre che i migranti siano soggetti alla potestà esclusiva del Paese che respinge, in questo caso l'Italia, la circostanza che le persone siano a bordo di imbarcazioni coinvolte in attività Sar inizialmente coordinate da autorità italiane, le sottopone alla piena giurisdizione dell'Italia, che in questa qualità deve anche garantire un luogo di sbarco nel *place of safety* più vicino, e non nel porto più vicino. Sono queste le ragioni che potrebbero portare ad una ulteriore condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo, sempre che vengano superate le questioni procedurali sulle quali si riducono sempre più gli interventi dei giudici di Strasburgo[14].

Quando le autorità italiane cedono alle autorità libiche la responsabilità Sar, inizialmente assunta dopo il primo avvistamento dei natanti da soccorrere, anche con riferimento alle persone che, trovandosi a bordo di gommoni in acque internazionali, ricadono già sotto la sua giurisdizione esclusiva, indipendentemente dallo stato di bandiera dei mezzi civili o militari che vengono soccorsi, si realizzano tutti gli estremi di un trasferimento di giurisdizione che equivale ad una consegna (*rendition*) di quelle stesse persone alle autorità di un Paese che non garantisce un luogo di sbarco sicuro, che non aderisce alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati, nel quale sono note le collusioni tra autorità statali e trafficanti, e che da ultimo si trova in una fase di conflitto armato e di gravi violazione dei diritti umani anche ai danni della popolazione libica, al punto che a tale riguardo sono in corso indagini da parte della Corte Penale internazionale[15].

4. Obblighi di ricerca e soccorso (Sar) riferibili alle autorità di Governo ed ai Centri di coordinamento (Mrcc)

In base all'art. 98 della Convenzione Unclos del 1982, titolato «Obbligo di prestare soccorso», ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri:1.presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; 2.proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa. In base alla stessa Convenzione, 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. Tale obbligo di collaborazione ai fini del soccorso in mare è ulteriormente specificato in altri Trattati internazionali di diritto marittimo, i più importanti dei quali sono la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (Solas)[16] e la Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il soccorso in mare (Sar).

La Convenzione Sar di Amburgo del 1979 si fonda sul principio della cooperazione internazionale. Le zone di ricerca e salvataggio sono ripartite d'intesa con gli altri Stati interessati. Tali zone non corrispondono necessariamente alle frontiere marittime esistenti. Esiste l'obbligo di approntare piani operativi che prevedono le varie tipologie d'emergenza e le competenze dei centri preposti[17].

In base al punto 3.1.9 della Convenzione di Amburgo del 1979, oggetto di un emendamento introdotto nel 2004, «*la Parte responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene prestata assistenza si assume in primo luogo la responsabilità di vigilare affinché siano assicurati il coordinamento e la cooperazione suddetti, affinché i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro, tenuto conto della situazione particolare e delle direttive elaborate dall'Organizzazione marittima internazionale (Imo). In questi casi, le Parti interessate devono adottare le disposizioni necessarie affinché lo sbarco in questione abbia luogo nel più breve tempo ragionevolmente possibile*»[18]. Tale obbligo ricorre anche nel caso in cui le attività di ricerca e soccor-

14. Si veda il documento in www.ejiltalk.org/high-risk-high-reward-taking-the-question-of-italys-involvement-in-libyan-pullback-policies-to-the-european-court-of-human-rights.

15. Si rinvia al rapporto Oxfam- Borderline Sicilia, *Libia,l'inferno senza fine,* in www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2018/01/MediaBrief_FINAL_OK.pdf.

16. In merito alla Convenzione Solas da interpretare in collegamento con le altre Convenzioni di diritto del mare,si rinvia a A. Rizzo, *Sicurezza della vita umana in mare*, consultabile in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell' Ambiente*, 2011, consultabile in www.giureta.unipa.it/phpfusion/images/articles/13alessandrarizzo_Dir_Nav_Sicurezzainmare_25102011.pdf.

17. U. Leanza, F. Caffio, *L'applicazione della convenzione di Amburgo del 1979 sul SAR,* in *Rivista del diritto della navigazione*, 2015, p. 420 ss.

18. In base al punto 3.1.9 della Convenzione Sar (*Search and rescue*) di Amburgo del 1979 dispone: «Le Parti devono assicurare il coor-

so debbano essere svolte al di fuori della zona Sar di competenza, laddove l'autorità dello stato che sarebbe, invece, competente in base alla delimitazione convenzionale delle zone Sar non intervenga, o non risponda entro un tempo ragionevole. Sarà l'autorità nazionale che ha avuto il primo contatto con la persona in pericolo in mare a coordinare le operazioni di salvataggio.[19]

Nessuno stato, avvertito di un evento di soccorso di persone in situazione di pericolo in alto mare, può rifiutare il coordinamento delle prime fasi delle attività Sar,o attendere l'esito di trattative con altri stati, ad esempio con lo stato di bandiera della nave soccorritrice, Appare infatti fuorviante ritenere che lo stato di "primo contatto" possa essere lo "stato di bandiera" della nave soccorritrice sulla quale sono saliti i naufraghi, e non invece la prima autorità statale informata dell'evento di soccorso e chiamata a predisporre gli interventi necessari nel tempo più rapido possibile,attivando tutte le forme di coordinamento e di intervento previste dalla Convenzione di Amburgo.

5. La controversa esistenza di una zona Sar "libica"

Nel corso della Conferenza Imo di Valencia del 1997 è stato adottato un *"General Agreement on a Provisional Sar Plan"* in cui sono stati stabiliti i limiti delle zone Sar, quale punto di partenza per favorire la conclusione di specifici accordi bilaterali e regionali. Gli accordi conclusi e le eventuali modifiche devono essere comunicate al Segretario generale dell'Imo, depositario della Convenzione (Art. 7, par. 1 Convenzione Sar).

Nonostante la Libia sia parte alla Convenzione Sar dal 2005 e nel 2008 abbia ha sottoscritto un *Memorandum of understanding* con Malta in materia di cooperazione, coordinamento e supporto nella zona Sar, non risulta ad oggi che abbia provveduto a istituire formalmente una zona Sar: nemmeno le *"Circulars on Global Sar Plan Containing Information on the Current Availability of Sar Services*" adottate in seno all'Imo e reperibili nel sito di questa organizzazione riportano, infatti, a differenza degli altri paesi, alcuna informazione al riguardo. Il Governo di riconciliazione nazionale (Gna) riconosciuto a livello internazionale non ha peraltro la piena giurisdizione sulle coste libiche e sul mare prospiciente, al punto che le diverse milizie locali sono in diretto rapporto con le unità della cd. Guardia costiera "libica".

Come osservano Leanza e Caffio[20], «*L'istituzione di una zona Sar è intrinsecamente subordinata alla circostanza che lo Stato parte della Convenzione sia in grado di garantire l'operatività continua ed efficace dei servizi Sar nell'area di propria competenza. In particolare, lo Stato si impegna a istituire un Centro e dei Sotto-centri di coordinamento, a designare delle unità costiere di soccorso, a disporre di strutture, mezzi navali e aerei, centri di telecomunicazione di soccorso e personale adeguato (da un punto di vista quantitativo e qualitativo). La Convenzione di Amburgo chiarisce che un servizio Sar, per essere efficace, deve essere gestito e sostenuto adeguatamente oltre a essere integrato in uno specifico contesto normativo. Il nostro Paese ha adempiuto a quest'obbligo in sede di attuazione della Convenzione di Amburgo con il già citato dPR n. 662/1994*». Le considerazioni che sono svolte con riferimento al nostro Paese, basate sul diritto internazionale, non possono essere diversamente applicate nel caso di Paesi come la Libia, che non hanno una unica autorità di Governo e sono evidentemente prive di una unica Centrale di coordinamento (Mrcc) dei soccorsi in acque internazionali ricadenti in una pretesa zona Sar "libica".

L'11 agosto 2017, le autorità di Tripoli hanno dichiarato pubblicamente di aver comunicato all'Organizzazione marittima internazionale la volontà di istituire una zona di ricerca e soccorso (zona Sar) estesa a 70 miglia dalla costa, allo scopo di impedire l'accesso delle navi appartenenti a organizzazioni non governative nelle acque internazionali al largo delle proprie coste. La Guardia costiera "libica" ha eseguito successivamente una serie di interventi tesi ad allontanare le navi dalle Ong anche dal luogo di soccorsi già in corso e coordinati dalla Centrale ope-

---

dinamento e la cooperazione necessari affinché i capitani delle navi che prestano assistenza imbarcando persone in pericolo in mare siano dispensati dai loro obblighi e si discostino il meno possibile dalla rotta prevista, senza che il fatto di dispensarli da tali obblighi comprometta ulteriormente la salvaguardia della vita umana in mare. La Parte responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene prestata assistenza si assume in primo luogo la responsabilità di vigilare affinché siano assicurati il coordinamento e la cooperazione suddetti, affinché i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro, tenuto conto della situazione particolare e delle direttive elaborate dall'Organizzazione marittima internazionale (Imo). In questi casi, le Parti interessate devono adottare le disposizioni necessarie affinché lo sbarco in questione abbia luogo nel più breve tempo ragionevolmente possibile.»

19. Lo svolgimento del servizio di ricerca e soccorso è disciplinato in Italia dal dPR n. 662/1994 con cui è stata recepita la Convenzione di Amburgo e rientra nella competenza primaria del Ministero delle infrastrutture e trasporti che si avvale del Corpo delle Capitanerie di Porto/Guardia costiera che comunque risulta anche alle dipendenze della Marina militare.

20. U. Leanza, F.Caffio, *Il SAR Mediterraneo*, in *Rivista Marittima*, giugno 2015, consultabile in http://www.fondazionemichelagnoli.it/files/Leanza-Caffio_RM.pdf.

rativa della Guardia costiera italiana, come nel caso eclatante del 6 novembre 2017 (incidente con nave della Ong *Sea Watch*). Le autorità libiche, e taluni mezzi di informazione italiani, hanno scambiato la pretesa zona Sar come una zona nella quale sarebbe stato possibile il passaggio, come se si trattasse di acque territoriali. Ma le acque ricadenti in una zona Sar non consentono ad alcun Paese di esercitare i medesimi poteri che si possono esercitare nelle acque territoriali. Le attività di salvataggio possono peraltro dispiegarsi, nei casi di urgenza e necessità anche all'interno delle acque territoriali, quando il Paese costiero non è in grado di provvedervi con la tempestività necessaria per garantire la salvaguardia della vita umana in mare.

Nel mese di dicembre dello scorso anno, tuttavia, appariva evidente la rinuncia delle autorità libiche alla richiesta di una zona Sar avanzata all'Imo[21], perché queste stesse autorità riconoscevano di non essere in grado di soddisfare i requisiti richiesti dall'Imo per il riconoscimento internazionale di una zona Sar. Riconoscimento che implica una precisa responsabilità nell'assunzione di obblighi di soccorso, di salvataggio e di sbarco in un luogo sicuro che evidentemente il governo di Tripoli non era (e non è ancora oggi) in grado di rispettare.

Secondo quanto dichiarato dalla parlamentare europea Barbara Spinelli, che il 31 marzo scorso ha emesso un comunicato dopo un recente incontro, in seguito alla convalida del sequestro della nave *Open Arms*, anche il direttore di Frontex Fabrice Legeri dubita dell'esistenza di una vera e propria zona Sar libica. Secondo Barbara Spinelli, «La zona libica di ricerca e soccorsi in mare (zona Sar) è un'invenzione di comodo: dal dicembre scorso non esiste più. Lo ha confermato l'Organizzazione Marittima Internazionale, e lo ha ammesso tra le righe il direttore esecutivo di *Frontex,* Fabrice Leggeri, rispondendo il 26 marzo a una mia domanda nella Commissione libertà pubbliche del Parlamento europeo»: «Non considero come acquisita la zona Sar della Libia. Ci fu una dichiarazione unilaterale nell'estate 2017 che creò una certa situazione che non riesco per la verità a qualificare»[22].

La attuale inesistenza di una zona Sar libica viene confermata anche da un recente rapporto di attività della Guardia costiera italiana[23], che non può essere smentito da intese o comunicazioni riservate non portate alla conoscenza degli operatori e dunque prive della capacità di imporre regole di comportamento, comunque inidonee a modificare gli obblighi di soccorso e non respingimento previsti dalle Convenzioni internazionali.

6. Il Codice di condotta adottato dal Governo italiano nel 2017

Il Codice di condotta sottoscritto anche da diverse Ong nel mese di agosto dello scorso anno, prevede che *«conformemente al diritto internazionale pertinente, l'impegno a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, e di non ostacolare l'attività di Search and Rescue (Sar) da parte della Guardia costiera libica: al fine di non ostacolare la possibilità di intervento da parte delle Autorità nazionali competenti nelle proprie acque territoriali, nel rispetto degli obblighi internazionali»*[24].

Il Codice di condotta non impone quindi alcun obbligo di adempiere agli ordini di autorità libiche in acque internazionali, a maggior ragione se gli eventi Sar sono stati dichiarati e coordinati inizialmente da comandi italiani come Imrcc di Roma, e riconosce la superiore valenza normativa degli obblighi di ricerca e soccorso, e degli altri doveri, come il principio di non respingimento, o il divieto di respingimenti collettivi, derivanti da Convenzioni internazionali. Purtroppo, dopo l'adozione di questo Codice di condotta si sono diffuse le interpretazioni più distorcenti sulle attività di ricerca e soccorso delle Ong nelle acque del Mediterraneo centrale, con un irreversibile danno di immagine per queste organizzazioni e per i loro operatori, a vantaggio di gruppi politici interessati a carpire il consenso popolare cavalcando l'onda del populismo. Le prassi di collaborazione tra le Ong, incluse le attività di trasbordo e la collaborazione già instaurata con la Guardia costiera italiana sono state oggetto di una violenta criminalizzazione, come se le norme penali potessero essere integrate o interpretate in base ad atti di indirizzo dell'esecutivo, se non per le pulsioni dell'opinione pubblica prevalente.

Si osserva al contrario che,«il Codice di condotta Ong si posiziona a metà strada tra un documento che intende codificare le norme applicabili alle Ong e un documento interno che regola le loro operazioni. In esso non si trovano accenni (salvo una nota) a nor-

21. Si veda http://www.vita.it/it/article/2017/12/14/la-libia-fa-marcia-indietro-e-abbandona-i-soccorsi-nel-mediterraneo/145448/.

22. Si veda http://barbara-spinelli.it/2018/03/31/sui-migranti-decide-litalia-la-libia-non-esiste/.

23. Si veda il rapporto in www.guardiacostiera.gov.it/attivita/ricerca.

24. Consultabile in www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice_condotta_ong.pdf.

me di diritto del mare e di diritto marittimo che pure regolano la navigazione e il soccorso in mare. Non essendo esso il prodotto dei processi di creazione delle norme di diritto internazionale, il suo contenuto non è vincolante di per sé, ma solo nella misura in cui esso riprende norme giuridicamente vincolanti del diritto internazionale»[25].

Si rileva ancora come il Codice preveda un impegno delle Ong «a cooperare con l'Mrcc [*Maritime rescue coordination centre*], eseguendo le sue istruzioni ed informandolo preventivamente di eventuali iniziative intraprese autonomamente perché ritenute necessarie ed urgenti». Il Codice «non precisa di quale Mrcc si tratti, ma questo potrebbe essere sia quello italiano con sede a Roma, sia quello libico. Per quanto riguarda la cooperazione con il Mrcc italiano, la disposizione appare ridondante, in quanto questa è di fatto la prassi seguita dalle Ong, che spesso agivano proprio dietro invito del Mrcc di Roma. La collaborazione con il Mrcc libico, invece, potrebbe porre problemi di rispetto delle norme internazionali in materia di diritti umani e diritto dei rifugiati poiché è verosimile che il Mrcc libico richieda alle Ong di sbarcare le persone soccorse nei porti libici»[26].

Nessun Codice di condotta può permettere di violare impunemente il divieto assoluto di trattamenti inumani o degradanti affermato dall'art. 3 della Convenzione europea a salvaguardia dei diritti dell'Uomo, o il divieto di respingimenti collettivo, affermato oltre che dalla Cedu, anche dall'art. 18 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea. Una votazione di una istituzione politica, adottata non in sede legislativa, sul Codice di condotta Minniti, come quella richiamata dal gip di Catania, in ordine al documento conclusivo dell'indagine conoscitiva elaborata dalla Commissione Difesa del Senato nel maggio del 2017, presieduta dal senatore La Torre, non può dotare di valenza normativa un codice di condotta che rimane vincolante come Codice di comportamento soltanto le parti che lo hanno sottoscritto, e che neppure prevede le violazioni contestate oggi alle Ong, non configurando alcuna zona Sar libica e non conferendo particolari poteri alle autorità di Tripoli in acque internazionali. Di certo non si può ricavare dal Codice di condotta alcun obbligo di coordinamento o di indicazione del porto sicuro di sbarco a carico dello stato di bandiera della nave soccorritrice, come pure si è tentato di sostenere. La comunicazione, giunta dalla Centrale operativa (Mrcc) della Guardia costiera inglese nella giornata del 6 maggio scorso, spazza il campo da questa tesi, riaffermando, in senso conforme al diritto internazionale del mare, gli obblighi di coordinamento a carico delle Autorità italiane[27]. Nello stesso senso le dichiarazioni più recenti delle autorità maltesi che hanno smentito in diverse occasioni di essere vincolate ad offrire un luogo di sbarco (Pos) per effetto dello stesso Codice di condotta adottato dalle autorità italiane[28].

7. La individuazione del luogo di sbarco (Pos) come *"Place of safety"*

Al fine di fornire una guida alle autorità di Governo ed ai comandanti delle navi private e pubbliche coinvolte in attività Sar, sono state elaborate dal'Unhcr[29] delle Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare. Esse contengono le seguenti disposizioni: il Governo responsabile per la regione Sar in cui sono stati recuperati i sopravvissuti è responsabile di fornire un luogo sicuro di sbarco (*place of safety*) o di assicurare che tale luogo venga fornito.

La Convenzione Sar del 1979 impone un preciso obbligo di soccorso e assistenza delle persone in mare ed il dovere di sbarcare i naufraghi in un porto sicuro *(place of safety*): a tal fine gli Stati membri dell'Imo (*International maritime organization*), nel 2004, hanno adottato emendamenti alle Convenzioni Solas e Sar, in base ai quali gli Stati parte devono coordinarsi e cooperare per far sì che i comandanti delle navi siano sollevati dagli obblighi di assistenza delle persone tratte in salvo, con una minima ulteriore deviazione, rispetto alla rotta previ-

25. Vedi I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in Diritto, immigrazione e cittadinanza, 2017, p. 19; adesso vedi anche D.Mancini, *L'intervento umanitario di ONG nel Mediterraneo. Il caso ProAvtiva Open Arms,* consultabile in www.altalex.com/documents/news/2018/05/03/l-intervento-umanitario-di-ong-nel-mediterraneo-il-caso-proactiva-open-arms.

26. Vedi I. Papanicolopulu, cit.; si rinvia anche a F.Mussi, *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative*, in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2017, disponibile in: www.osservatoriosullefonti.it.

27. Si veda la comunicazione giunta dal MRCC inglese in https://apnews.com/d2cf4d6b2195422e8faf0e10fd9e286f.

28. Si veda M. Petrillo e L. Bagnoli, *The Open Arms case continued: new documents and Malta* in https://openmigration.org/en/analyses/the-open-arms-case-continued-new-documents-and-malta/.

29. Si veda il documento in www.unhcr.it/wp-content/uploads/2015/12/Soccorso_in_Mare.pdf.

sta. Malta non ha accettato questi emendamenti. Le Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare (Ris. MSC.167-78 del 2004) dispongono che il Governo responsabile per la regione Sar in cui sia avvenuto il recupero, sia tenuto a fornire un luogo sicuro o ad assicurare che esso sia fornito. Secondo le Linee guida «*un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e dove: la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale*» (par. 6.12).

La circostanza che unità libiche partecipino ai soccorsi «*il cui coordinamento è sostanzialmente affidato alle forze della Marina militare italiana, con i propri mezzi navali e con quelli forniti ai libici*», circostanza accertata dal Giudice delle indagini preliminari di Catania, non esime le autorità italiane dalla individuazione di un luogo sicuro di sbarco (*place of safety*), che secondo quanto riconosciuto anche in documenti ufficiali della Guardia costiera italiana, come la Relazione annuale per il 2017 della Guardia costiera italiana, richiamata in precedenza, non può essere un porto libico.

Sono note, e documentate in diversi rapporti internazionali, le condizioni disumane nelle quali si trovano i migranti riportati nei centri di detenzione in Libia[30]. Occorre ricordare che nessun porto libico può essere qualificato quale luogo di sbarco sicuro, non essendo il Governo di Tripoli parte alla Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati, ed essendo la situazione dello Stato "libico" caratterizzata da sistematiche violazioni dei diritti umani. Le gravi violazioni dei diritti umani subite dai migranti in Libia non sono soltanto anteriori alla stipula del *Memorandum* d'intesa del 2 febbraio 2017 e del successivo Codice di condotta imposto dal Ministero dell'intero alle Ong operanti attività Sar in acque internazionali nel Mediterraneo centrale, ma sono proseguite anche fino ai mesi scorsi, come dimostrato dai rapporti delle Nazioni unite del febbraio 2018 e dalle Comunicazioni dell'Oim e dell'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati del mese di maggio di quest'anno[31]

Il 21 febbraio di quest'anno veniva pubblicato un Rapporto delle Nazioni unite che documentava le gravi violazioni dei diritti umani subite in Libia dai migranti e anche da alcune popolazioni libiche, malgrado i tentativi della comunità internazionale e del Governo di Tripoli di giungere ad una riunificazione del Paese e ad un controllo effettivo delle numerose milizie armate che se ne contendono il controllo[32]. Il Rapporto metteva bene in evidenza come gli abusi ai danni dei migranti fossero perpetrati non solo nei cd. centri "informali" gestiti direttamente dalle milizie, ma anche nei cd. centri governativi [33], in alcuni dei quali peraltro si effettuano visite periodiche da parte dell'Ungcr e dell'Oim. In tre di questi centri, in questi mesi dovrebbero essere anche presenti alcune Organizzazioni non governative convenzionate con il Ministero degli esteri italiano.

Quest'ultimo rapporto delle Nazioni unite, che si aggiunge a numerose testimonianze e ad altri rapporti che hanno portato alla condanna dell'Italia e dell'Unione europea per crimini contro l'umanità da parte del Tribunale Permanente dei Popoli, nella sessione di Palermo del 20 dicembre 2017[34], conferma la forte torsione tra il rispetto dei diritti umani e le politiche, e le prassi di esternalizzazione dei controlli di frontiera, affidati alle forze di polizia di paesi terzi, vere e proprie milizie al di fuori dell'effettivo controllo, anche giurisdizionale, di autorità statali centrali, come nel caso della Libia.

---

30. Si veda il rapporto in www.amnesty.it/libia-governi-europei-complici-torture-violenze/ si veda anche www.unhcr.it/news/comunicati-stampa/un-studio-sottolinea-insicurezza-crisi-economica-abusi-sfruttamenti-libia-spingano-rifugiati-migranti-europa.html.

31. Si rinvia alle dichiarazioni di Filippo Grandi, Alto Commissario dell'Unhcr, rese il 12 maggio 2018, in www.rainews.it/dl/rainews/media/Filippo-Grandi-UNHCR-migranti-Libia-terribili-condizioni-migranti-libia-f8517866-bd9e-4d41-b69e-0530b4fdce39.html.

32. Nel Rapporto si sottolineava come «Unsmil/Ohchr found that migrants in Libya facegross human rights violationsand abuses, both in and outside detention.Perpetrators include State officials, armed groups,smugglers, traffickers and other criminal gangs. State institutions remain weak and, in some instances, the authorities were unable or unwilling to ensure effective protection for migrants».

33. Secondo quanto riferito dal Rapporto, «In 2017, Unsmil/Ohchr visited nine detention centres managed by the Department for Combating Illegal Migration, in Tripoli, Gharyan, Misrata and Surman, and observed inhuman conditions. Detainees were often crammed into hangars with appalling sanitary conditions, little space to lie down, and no or extremely limited access to light, ventilation or appropriate hygiene facilities. Most were denied outdoor time and were not provided with any means to communicate with their families. Unsmil/Ohchr also received numerous and consistent reports of torture, including beatings, electric shocks and sexual violence, and of forced labour of detainees. At 31 October, nearly 20,000 migrants weredetained in facilities run by the Department f or Combating Illegal Migration in western Libya».

34. M. Ventrone, *Il Tribunale permanente dei popoli condanna l'Italia e l'Unione europea per concorso in crimini contro l'umanità a causa delle politiche sull'immigrazione,* in www.questionegiustizia.it/articolo/il-tribunale-permanente-dei-popoli-condanna-l-ital_11-04-2018.php.

8. La possibilità di individuare un luogo di sbarco sicuro a Malta o in altri Stati

È notorio come Malta non accetti lo sbarco di persone nel suo territorio, se si tratta di soccorsi al di fuori delle sue acque territoriali, salvo casi di estrema urgenza, al punto che nell'intero 2017 gli sbarchi nell'isola dei Cavalieri sono stati appena un centinaio, e persino le imbarcazioni della Ong maltese *Moas*, come quelle di *Frontex*, evitavano di sbarcare a La Valletta le persone che soccorrevano in quella vastissima area che, sulla carta, è rappresentata come la zona Sar maltese[35]. Si ricorda il caso "di scuola" della nave greca *Salamis* che nel 2013 si vide rifiutato l'ingresso per lo sbarco dei naufraghi nel porto di Malta. Una vicenda di poco anteriore alle stragi del 3 e dell'11 ottobre 2013, quest'ultima dovuta proprio ad un conflitto di competenza tra autorità maltesi ed italiane[36]. Nel caso della nave greca *Salamis* le autorità italiane, dopo una lunga trattativa con le autorità maltesi e greche, offrivano in Italia un "*place of safety*" (Pos) di sbarco ai 102 migranti salvati da un gommone in avaria al largo delle coste libiche e che il governo di Malta, nonostante le pressioni europee, aveva respinto, asserendo che si sarebbero dovuti consegnare alle autorità libiche nel porto "più vicino" di Khoms. In aperta violazione del diritto internazionale del mare.

Da un recente rapporto della Guardia Costiera italiana si rileva che[37], «*In alcune occasioni particolarmente complesse, caratterizzate cioè da elevato numero di migranti, dalla scarsità di vettori idonei a trasferire i migranti verso i Pos, da avverse condizioni meteorologiche, è stata richiesta la collaborazione e cooperazione ai Maritime rescue coordination centre viciniori (Malta e Tunisi) che tuttavia non hanno accolto la richiesta di sbarcare i migranti soccorsi presso i propri porti. In particolare:*

- Mrcc Tunisi ha declinato la richiesta di accogliere i migranti in quanto gli stessi non erano di nazionalità tunisina né erano partiti dalle coste tunisine e l'assetto intervenuto nelle operazioni Sar non batteva bandiera tunisina; in aggiunta, ha dichiarato di non essere in grado di accogliere l'ingente numero di migranti (578 in totale) a causa dello scarso preavviso ed in considerazione della mancanza di strutture e risorse logistiche per l'accoglienza.

- Mrcc Malta, invece, ha declinato la medesima richiesta per non aver coordinato le operazioni Sar essendo le stesse avvenute al di fuori della propria Search and rescue region».

Ancora una volta dovrebbe ricordarsi l'obbligo fondamentale di salvaguardia della vita umana in mare. I gommoni o le imbarcazioni più piccole usate dai trafficanti possono soltanto uscire dalle acque territoriali libiche (12 miglia dalla costa) ma non sono in grado di resistere ad una navigazione più lunga, potendo al massimo raggiungere 30-40 miglia dalla costa, anche per la carenza di rifornimenti, per il sovraccarico e per la particolare esposizione delle persone che trasportano agli eventi atmosferici. L'obiettivo principale dovrebbe essere costituito dalla messa in sicurezza delle persone salvate in mare, non dal rimpallo delle responsabilità di soccorso o dal loro allontanamento dai confini europei.

35. S. Klepp, *A Double Bind: Malta and the Rescue of Unwanted Migrants at Sea: A Legal Anthropological Perspective on the Humanitarian Law of the Sea*, in IJRL, 2011, pp. 538 ss.

36. Su quella che è stata definite come "la strage dei bambini", una vicenda sulla quale è ancora aperto un procedimento penale presso il Tribunale di Roma, si rinvia a http://espresso.repubblica.it/attualita/2017/09/13/news/indagine-negli-abissi-1.309437.

37. Si veda il rapporto in www.guardiacostiera.gov.it/attivita/ricerca.

L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?

di *Luca Masera*

Due recenti procedimenti giudiziari, avviati per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nei confronti di Ong impegnate nelle attività di soccorso in mare, hanno reso attuale la questione della possibile rilevanza penale di tali attività. La solidarietà verso i migranti irregolari può costituire un reato nel nostro ordinamento? Quali sono i limiti oltre i quali una condotta mossa da esclusive finalità solidaristiche può essere configurata come penalmente illecita? Dopo aver analizzato i casi in cui si è posto il problema e gli argomenti utilizzati nei provvedimenti che se ne sono occupati, il lavoro individua come centrale nella soluzione del problema l'interpretazione che si intenda fornire dello stato di necessità, e auspica che la giurisprudenza voglia accedere ad una soluzione capace di evitare la criminalizzazione di condotte espressive di quel senso di umanità che deve sempre stare a fondamento dell'applicazione del diritto penale.

1. Da *Mare nostrum* al Codice di condotta

«*Da eroi a trafficanti*»: così è intitolato un articolo pubblicato su questa *Rivista* nel luglio del 2017, dove vengono ricostruite le tappe salienti della progressiva diffusione di un atteggiamento (istituzionale e mediatico) di "sospetto" nei confronti degli operatori umanitari che prestano attività di soccorso nelle acque del Mediterraneo[1]. L'ossimoro del «*reato di solidarietà*», oltre che nel discorso pubblico, ha trovato riscontro anche in alcuni provvedimenti (cautelari) dell'Autorità giudiziaria, con cui è stato disposto il sequestro delle imbarcazioni impegnate nel prestare soccorso ai migranti[2]. In questo lavoro ci proponiamo di valutare il fondamento giuridico della criminalizzazione delle attività di soccorso; prima però è utile ripercorrere brevemente le tappe che hanno condotto all'emersione del problema in sede giudiziaria.

Il ruolo delle imbarcazioni private nel sistema dei soccorsi in mare è cresciuto in maniera progressiva a seguito dell'interruzione, a fine 2014, dell'operazione *Mare nostrum*, disposta dal nostro Governo dopo il terribile naufragio che il 3 ottobre 2013 aveva visto morire più di 350 persone a poche miglia dalle spiagge di Lampedusa. L'immensità della tragedia aveva costretto il Governo ad aprire gli occhi sulla carneficina che da anni si consumava nel Mediterraneo, e che aveva visto un aumento esponenziale delle partenze e dei naufragi dopo la guerra in Libia del 2011. Per impedire che tragedie del genere avessero a ripetersi, venne definito e messo in atto un programma di intervento (l'operazione *Mare Nostrum*), che prevedeva l'impiego di navi della Marina militare per portare soccorso ai natanti in difficoltà anche in prossimità

1. Facciamo riferimento al lavoro di P. Barretta pubblicato in questa *Rivista on line* il 4.7.2017, www.questionegiustizia.it/articolo/da-eroi-a-trafficanti_le-accuse-ai-protagonisti-delle-operazioni-di-ricerca-e-soccorso-in-mare_04-07-2017.php.

2. Il riferimento è ai provvedimenti del gip presso il Tribunale di Trapani del 2.8.2017 e del gip presso il Tribunale di Catania del 27.3.2018, entrambi pubblicati su questa *Rivista on line,* rispettivamente il 18.9.2017 www.questionegiustizia.it/articolo/il-sequestro-della-iuventa_ong-e-soccorso-in-mare_18-09-2017.php e il 31.3.2018 www.questionegiustizia.it/articolo/il-sequestro-della-nave-open-arms-e-reato-soccorrere-migranti-in-pericolo-di-vita-_31-03-2018.php.

delle acque territoriali libiche, evitando approdi di fortuna come quello che era stato all'origine dell'ultima immane tragedia.

Alla scadenza prevista di un anno l'operazione non viene prorogata, tanto perché ritenuta troppo costosa (all'incirca 9 milioni di euro al mese), quanto perché accusata da più parti di aver provocato un aumento delle partenze e degli sbarchi.

Nella gestione delle operazioni *Sar* (*Search and rescue*) interviene nel novembre 2014 l'Unione europea, con l'operazione *Triton*. Il *budget* è molto limitato (intorno ai 3 milioni al mese), e la finalità precipua dell'operazione non è, come per *Mare nostrum*, il soccorso dei migranti in pericolo, ma il controllo delle frontiere; in conformità con gli scopi del nuovo dispositivo, i mezzi di soccorso della nostra Marina militare stazionano nelle acque territoriali, e non più nelle acque internazionali prospicienti alla Libia.

Nei mesi successivi alla chiusura di *Mare nostrum*, i naufragi tornano ad aumentare. Tra gli episodi più terribili, basti qui ricordare la tragedia del 18 aprile 2015, con l'annegamento nel Canale di Sicilia di un numero di persone stimato tra le 800 e le 900; ed il naufragio che, a macabra celebrazione dell'anniversario, il 18 aprile 2016, vede la morte di oltre 400 persone nel medesimo tratto di mare interessato dalla tragedia dell'anno precedente.

È in questa fase che assumono un ruolo sempre più rilevante le imbarcazioni delle Ong. Di fronte all'orrore del ripetersi ormai quasi routinario di tragedie di dimensioni immani, e di fronte alla chiara volontà degli Stati e dell'Unione europea di non predisporre un sistema di soccorsi in grado di evitarli, la società civile europea si mobilita per provare almeno a ridurre i numeri della strage[3]. Il plauso all'iniziativa è generale, e le navi delle Ong vengono più o meno stabilmente inserite nel sistema complessivo di gestione dei soccorsi in mare gestito dalle nostre autorità navali (civili e militari), al punto che nella seconda metà del 2016 quasi il 40% delle operazioni di soccorso viene condotto dalle Ong stesse, sotto il coordinamento della Guardia costiera italiana.

Nei primi mesi del 2017, il clima nei confronti dei soccorritori inizia rapidamente a cambiare. Il numero degli stranieri che giungono via mare sulle nostre coste è sempre più elevato, ed ogni forma di contributo (anche a fini puramente umanitari) al loro arrivo suscita in larga parte dell'opinione pubblica sentimenti di sospetto se non di esplicito biasimo. In un rapporto del mese di febbraio stilato da *Frontex* (l'agenzia europea che si occupa della gestione delle frontiere esterne dell'Unione) viene, poi, per la prima volta veicolato anche a livello istituzionale il messaggio per cui le attività delle Ong costituiscono un *pull factor* delle partenze, in quanto gli operatori umanitari, pur agendo in buona fede, ottengono in realtà il risultato di agevolare le attività delle bande criminali che gestiscono le partenze dalla Libia[4].

Alle perplessità di *Frontex* si aggiungono, nei mesi immediatamente successivi, le ripetute dichiarazioni alla stampa del procuratore della Repubblica di Catania Carmelo Zuccaro, che dà notizia di indagini in corso da cui emergerebbero contatti tra le Ong e le organizzazioni criminali che operano in Libia. In un contesto politico e mediatico ove non è raro che venga usato il termine di "invasione" per descrivere il flusso di migranti dalle coste libiche, gli scenari evocati dal procuratore vengono immediatamente ripresi ed enfatizzati dai *leaders* dei partiti di opposizione (in particolare Lega e M5s), che contestano al Governo l'incapacità di gestire il fenomeno in atto, e non esitano ad indicare nelle Ong i corresponsabili della situazione.

La pressione sulle Autorità di governo per l'adozione di provvedimenti che diminuiscano il numero degli sbarchi si fa di settimana in settimana più forte; l'impegno a fare il possibile perché si consegua tale risultato diventa una assoluta priorità per la compagine governativa, ed in specie per il Ministro dell'interno Marco Minniti, che in svariate occasioni pubbliche mostra di condividere le preoccupazioni del procuratore di Catania circa il ruolo ambiguo svolto da alcune delle Ong impegnate nei soccorsi.

L'atteggiamento di diffidenza del Governo nei confronti delle Ong trova una veste anche formale con la diffusione, verso la fine del mese di luglio, di un «Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare», alla cui sottoscrizione viene subordinata la possibilità per le Ong di collaborare con le autorità italiane nella gestione dei soccorsi. Sul presupposto che «l'attività di salvataggio non può essere disgiunta da un percorso di accoglienza sostenibile e condiviso con gli altri Stati membri», e richiamandosi alle conclusioni raggiunte nella riunione informale dei Ministri della giustizia e degli interni dell'Ue svoltasi a Tallin il 6 luglio, ove era stata accolta con favore la proposta italiana di formulare «una serie di regole chiare» che le Ong impegnate nei soccorsi in mare avrebbero dovuto rispettare, il Governo individua 13 "impegni" che le Ong devono assumere, pena la possibile «adozione di misure da parte delle Autorità italiane nei confronti

3. Per una interessante riflessione sul ruolo della società civile rispetto alla crisi migratoria degli ultimi anni, cfr. in particolare J. Allsopp, *Solidarity, smuggling and the European refugee crisis: civil society and its discontents,* in *Dir, imm, citt.,* 2017, n. 3, pp. 1 ss.

4. Il riferimento è al *Risk Analysis Report* di *Frontex* del febbraio 2017, ripreso anche nel lavoro di Barretta già citato *supra*.

della relative navi»[5]. Taluni degli impegni richiesti (in specie quello di collaborare con la Guardia costiera libica e quello di accettare la presenza a bordo di funzionari della Polizia italiana) non risultano accettabili per alcune Ong, che si rifiutano di sottoscrivere il testo; la maggioranza di esse accetta invece di aderire al codice, e prosegue secondo le nuove regole l'impegno nell'affiancare le autorità italiane nella gestione dei soccorsi. Al momento in cui si scrive (maggio 2018), sono ancora presenti imbarcazioni di Ong che svolgono attività di soccorso sotto il coordinamento della nostra guardia costiera, anche se in numero assai ridotto rispetto agli stessi mesi dell'anno precedente.

Non è nostra intenzione procedere ora ad una dettagliata analisi critica del contenuto del codice di condotta[6], il cui valore giuridico è del resto assai discutibile, trattandosi di un semplice accordo stipulato dall'autorità governativa con soggetti privati, privo di rango normativo, anche regolamentare[7]. Ciò che ci interessa qui sottolineare è come la sua approvazione segni il momento in cui il soccorso in mare, da espressione encomiabile di solidarietà, diventa a tutti gli effetti un'attività da guardare con sospetto, con regole (come quella di non trasferire i soggetti soccorsi su altre imbarcazioni) che sembrano dettate apposta per ostacolare e rendere meno frequenti gli interventi dei soccorritori[8].

Del resto, l'obiettivo generale della politica del Governo è chiaro. Per ridurre gli arrivi dalla Libia, è necessario rafforzare le capacità operative della polizia e della guardia costiera libica, in modo che siano in grado *in primis* di impedire le partenze, e comunque di

5. Il testo dell'accordo è agevolmente scaricabile dal sito del Ministero dell'interno. I 13 punti sono comunque i seguenti: «1) l'impegno a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, e di non ostacolare l'attività di *Search and Rescue* (Sar) da parte della Guardia costiera libica (..) ; 2) impegno a rispettare l'obbligo di non spegnere o ritardare la regolare trasmissione dei segnali Ais (*Automatic identification system*) e Lrit (*Long range identification and tracking*), qualora installati a bordo (Cap. V Solas) (..); 3) l'impegno a non effettuare comunicazioni o inviare segnalazioni luminose per agevolare la partenza e l'imbarco di natanti che trasportano migranti, fatte salve le comunicazioni necessarie nel corso di eventi Sar per preservare la sicurezza della vita in mare (..); 4) impegno a comunicare al competente Mrcc l'idoneità tecnica (relativa alla nave, al suo equipaggiamento e all'addestramento dell'equipaggio) per le attività di soccorso, fatte salve le applicabili disposizioni nazionali ed internazionali concernenti la sicurezza dei natanti e le altre condizioni tecniche necessarie alla loro operatività (..); 5) l'impegno ad assicurare che, quando un caso Sar avviene al di fuori di una Srr ufficialmente istituita, il comandante della nave provveda immediatamente ad informare le autorità competenti degli Stati di bandiera, ai fini della sicurezza, e il Mrcc competente per la più vicina Srr, quale "*better able to assist*", salvo espresso rifiuto o mancata risposta di quest'ultimo (..); 6) impegno ad osservare l'obbligo previsto dalle norme internazionali di tenere costantemente aggiornato il competente Mrcc o l'Osc (*On scene coordinator*) designato da quest'ultimo in merito allo scenario in atto ed all'andamento delle operazioni di soccorso (..); 7) l'impegno a non trasferire le persone soccorse su altre navi, eccetto in caso di richiesta del competente Mrcc e sotto il suo coordinamento anche sulla base delle informazioni fornite dal Comandante della nave (..); 8) impegno ad assicurare che le competenti autorità dello Stato di bandiera siano tenute costantemente informate dell'attività intrapresa dalla nave ed immediatamente informate di ogni evento rilevante ai fini di "*maritime security*" (..); 9) impegno a cooperare con l'Mrcc, eseguendo le sue istruzioni ed informandolo preventivamente di eventuali iniziative intraprese autonomamente perché ritenute necessarie ed urgenti (..); 10) l'impegno a ricevere a bordo, eventualmente e per il tempo strettamente necessario, su richiesta delle Autorità italiane competenti, funzionari di Polizia giudiziaria affinché questi possano raccogliere informazioni e prove finalizzate alle indagini sul traffico di migranti e/o la tratta di esseri umani, senza pregiudizio per lo svolgimento delle attività umanitarie in corso (..); 11) l'impegno a dichiarare, conformemente alla legislazione dello Stato di bandiera, alle autorità competenti dello Stato in cui l'Ong è registrata tutte le fonti di finanziamento per la loro attività di soccorso in mare (..); 12) l'impegno ad una cooperazione leale con l'Autorità di Pubblica sicurezza del previsto luogo di sbarco dei migranti, anche trasmettendo le pertinenti informazioni di interesse a scopo investigativo alle Autorità di polizia (..); 13) impegno a recuperare, durante le attività, una volta soccorsi i migranti e nei limiti del possibile, le imbarcazioni improvvisate ed i motori fuoribordo usati dai soggetti dediti al traffico/tratta di migranti e ad informare immediatamente l'Icc (*International coordination centre*) dell'operazione Triton (..)».

6. Per un'analisi "a caldo" del testo, cfr. le numerose e ben argomentate critiche mosse nella *Posizione sulla bozza di «Codice di condotta per le Ong coinvolte nel salvataggio di migranti in mare»* (a cura di C. Pitea e S. Trevisanut) pubblicato sul sito di Asgi il 25 luglio, ed il commento alla sua definitiva approvazione pubblicato il 1 agosto; per ulteriori spunti di riflessione, cfr. i lavori di I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare, via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative,* in *Dir., imm., citt.,* 2017, n. 3, pp. 22. ss., e F. Ferri, *Il Codice di condotta per le Ong e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee,* in *Dir. umani e dir. internaz.,* 2018, n. 1, pp. 189 ss.

7. Cfr. sul punto le conclusioni di I. Papanicolopulu, cit., p. 25: «Una prima considerazione sugli impegni previsti nel Codice di condotta riguarda la natura giuridica di tale Codice, che non è affatto chiara, e la sua impostazione unilaterale, che prevede vincoli ed obblighi soltanto per una parte. Sicuramente non si tratta di atto normativo, non essendo esso stato adottato mediante le forme previste dall'ordinamento italiano. Non si tratta neppure di un atto di diritto internazionale, in quanto non è riconducibile a nessuna delle tipologie di atti previste da esso. Non è sicuramente un Trattato internazionale, sia perché è stato firmato da una parte soltanto (le Ong) e non dall'altra (l'Italia), sia perché contiene obblighi solo per una parte (le Ong) e non per l'altra (l'Italia). Esso potrebbe quindi essere visto come un impegno unilaterale delle Ong firmatarie, a fronte del quale, tuttavia, non sembra derivino conseguenze giuridiche per l'Italia, che lo ha proposto».

8. In I. Papanicolopulu, cit., p. 26 l'autrice parla di disposizioni che «sembrerebbero voler perseguire il fine pratico di "intimorire" le Ong, che di conseguenza potrebbero diminuire i propri sforzi in materia di ricerca e soccorso».

intercettare le imbarcazioni dirette verso l'Italia, operando in nostra vece quei respingimenti in alto mare che dopo la notissima sentenza *Hirsi* della Corte Edu (2012) non possiamo più realizzare direttamente.

In questo quadro, le imbarcazioni delle Ong rappresentano un elemento distonico, un fattore di intralcio. È ovvio che il Governo non può impedire d'imperio le condotte di soccorso, tanto più che esse vengono compiute in acque internazionali e da imbarcazioni che non battono la nostra bandiera. Il segnale che si vuole trasmettere, però, è molto chiaro: la finalità di salvare vite in mare deve essere considerata assieme all'esigenza di ridurre il numero degli sbarchi dalla Libia, e l'assistenza delle Ong ai migranti in mare deve essere esercitata entro i limiti che le nostre autorità intendano riconoscerle.

2. I procedimenti penali nei confronti delle imbarcazioni dei soccorritori: i casi delle navi *Iuventa* e *Open Arms*

Il mutamento del comune sentire rispetto alle attività dei soccorritori trova presto riscontro anche in ambito giudiziario.

Proprio nelle settimane in cui veniva discusso ed approvato il Codice di condotta, il 2 agosto 2017 il gip presso Tribunale di Trapani, accogliendo la richiesta avanzata dalla Procura il 17 luglio, aveva disposto il sequestro preventivo *ex* art. 321, co. 1, cpp, della nave *Iuventa,* in gestione alla Ong tedesca *Jugend Rettet*, in quanto l'equipaggio avrebbe in diverse occasioni (nelle prime settimane di giugno) concordato direttamente la consegna in mare dei migranti con le bande criminali libiche: condotte integranti secondo il gip siciliano gli estremi del concorso nella fattispecie delittuosa di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12, co. 3 e 3 *bis,* Tui[9].

Sono passati quasi quindici anni dal celebre caso della nave *Cap Anamur*, che come noto si era concluso cinque anni dopo i fatti, nell'ottobre 2009, con l'assoluzione di tutti gli imputati da parte del Tribunale di Agrigento, in quanto la loro condotta di trasferimento in Italia dei migranti soccorsi in acque internazionali era stato ritenuto giustificato dalla scriminante di cui all'art. 51 cp, posto che il soccorso era da considerarsi imposto da una pluralità di fonti di diritto internazionale ed interno[10]. Con il sequestro della *Iuventa* torna a porsi il problema della rilevanza penale di condotte di cui è comunque fuori discussione il carattere umanitario e privo di finalità lucrativa.

La vicenda giudiziaria è ancora lontana da una conclusione definitiva. La fase cautelare è stata decisa dalla Cassazione nel senso della conferma del decreto di sequestro con una decisione del 24 aprile 2018, di cui al momento in cui si scrive non sono ancora state rese note le motivazioni. A breve poi la Procura trapanese dovrà decidere se concludere la fase di indagine con richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio dell'equipaggio della *Iuventa*.

Se i fatti che sono stati posti a fondamento del provvedimento cautelare di sequestro troveranno conferma in sede di merito, sicuramente ci troviamo in una situazione che si situa al limite estremo di liceità delle attività di soccorso umanitario. Secondo la ricostruzione accusatoria, la *Iuventa* non ha soccorso delle imbarcazioni alla deriva, ma ha in più occasioni preso accordi con le associazioni criminali che gestiscono le partenze, in modo da accogliere a bordo della motonave i migranti in fuga dalla Libia (con altresì la restituzione in alcune occasioni ai trafficanti delle imbarcazioni usate per il trasferimento).

I fatti così ipotizzati integrano secondo il gip gli estremi del concorso nel reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare *ex* art. 12, co. 3 e 3 *bis,* Tui, pur senza che all'equipaggio della *Iuventa* venga contestato il concorso anche nel reato associativo di cui sarebbero chiamati a rispondere i trafficanti, qualora individuati[11]. In effetti, considerata la vastissima tipicità del delitto in contestazione, ove sono punite tutte le condotte «dirette a procurare illegalmente l'ingresso» dello straniero nel territorio dello Stato, e la sua natura di reato a consumazione anticipata; e considerata altresì l'evidente agevolazione all'attività dei trafficanti fornita secondo la Procura dall'equipaggio della *Iuventa* con la prassi delle «consegne concordate» e della restituzione delle imbarcazioni usate per il trasbordo: sembra difficile individuare argomenti per ritenere che una tale ricostruzione in fatto, qualora provata, non integri gli estremi di un concorso dei responsabili della *Iuventa* nel reato di cui all'art. 12 Tui, posto che – è bene rammentarlo – il favoreggiamento dell'ingresso è

9. Il testo del decreto di sequestro è stato pubblicato su questa *Rivista on line* il 18.9.2017, con nota di R. Barberini, *Il sequestro della Iuventa: Ong e soccorso in mare,* v. anche nota 2.

10. Trib. Agrigento, 7.10.2009, n. 954, in *Dir., imm., citt.,* 2010, n. 2, con nota di F. Vassallo Paleologo, *Il caso Cap Anamur – Assolto l'intervento umanitario*, pp. 87 ss. Per una recente ricostruzione del caso e dei suoi aspetti di similitudine rispetto alle vicende odierne, cfr. F. Vassallo Paleologo, *Il Caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario. E oggi?,* pubblicato il 19.3.2018 sul sito dell'*Associazione diritti e frontiere – Adif;* www.a-dif.org/2018/03/19/il-caso-cap-anamur-assolto-lintervento-umanitario-e-oggi/.

11. Gip Trapani, cit., p. 140: «Appare doveroso sottolineare che gli appartenenti alla Ong tedesca non vanno in alcun modo considerati come affiliati ai gruppi criminali operanti in territorio libico non condividendone né metodi, né finalità».

punibile quale che sia la finalità che muova l'agente (il fine di profitto, anche indiretto, configura solo la circostanza aggravante di cui all'art. 3 *ter,* lett. b, che non è stata contestata nel caso in esame)[12].

Quanto poi al profilo dell'antigiuridicità, il gip esclude che le condotte contestate possano ritenersi scriminate *ex* art. 51 cp dall'adempimento del dovere di soccorso in mare, che entra in gioco solo quando i soggetti soccorsi si trovino in una situazione di pericolo legata alle condizioni di navigazione, insussistente negli episodi contestati, e non può comunque venire in rilievo rispetto alle condotte di agevolazione delle attività dei trafficanti[13]. Il provvedimento di sequestro non prende invece neppure in considerazione la configurabilità dello stato di necessità.

Proprio l'estensione che si intenda attribuire alla causa di giustificazione di cui all'art. 54 cp risulta invece decisiva nella seconda e recentissima vicenda che vede implicata in un procedimento penale la nave di una Ong impegnata in attività di soccorso.

Il caso è complesso, e molto diverso da quello appena analizzato. In estrema sintesi, la nave *Open Arms*, che per conto della Ong spagnola *Proactiva Open Arms* svolge attività di soccorso in mare, riceve il 15 marzo 2018 una comunicazione da parte della Guardia costiera italiana, che le segnala la presenza di un gommone con diversi migranti a bordo a 40 miglia da Tripoli, e le richiede in quanto nave più vicina di recarsi sul posto per valutare la situazione. Nel frattempo la Guardia costiera libica comunica a quella italiana di essere in grado di intervenire, e le autorità italiane ingiungono alla *Open Arms* di interrompere l'operazione. L'equipaggio spagnolo decide di recarsi comunque sul posto, e constatate le precarie condizioni del gommone, nonostante le ripetute indicazioni delle autorità italiane di lasciare ai libici in arrivo le attività di soccorso (in ottemperanza alle disposizioni del Codice di condotta sottoscritto dalla Ong spagnola), inizia ad operare il trasbordo dei migranti stipati sul gommone. Nel frattempo le navi della Guardia costiera libica arrivano sul posto, e pretendono la consegna dei migranti soccorsi, sino al punto di ostacolare le operazioni di soccorso in atto con manovre pericolose per l'integrità dei migranti e dell'equipaggio spagnolo; l'episodio si conclude con la desistenza dei libici, e l'allontanamento senza danni della *Open Arms* con i migranti a bordo. La nave spagnola chiede indicazioni alle Autorità italiane su come procedere, segnalando una situazione di grave pericolo per un neonato di tre mesi e la madre; gli italiani replicano che l'effettuazione del soccorso al di fuori del loro coordinamento rende responsabile di fornire istruzioni l'autorità della bandiera (e quindi la Guardia costiera spagnola), ed indicano comunque alla *Open Arms* di rivolgersi alle Autorità maltesi, visto che la nave era giunta nel frattempo a sole quattro miglia dalle coste maltesi. Gli spagnoli, dopo avere affidato ai maltesi i due soggetti in imminente pericolo di vita, proseguono la navigazione verso l'Italia, senza dare seguito alle indicazioni delle autorità italiane e spagnole di chiedere ai maltesi di poter sbarcare tutti i migranti. La *Open Arms* naviga di propria esclusiva iniziativa sino alle acque italiane, sino a quando giunge dal Ministero dell'interno l'autorizzazione ad attraccare nel porto di Pozzallo.

La Procura distrettuale della Repubblica di Catania – competente in quanto ritenuta configurabile la fattispecie associativa di cui all'art. 416, co. 6, cp, in concorso con l'art. 12, co. 3 e e *bis,* Tui – ottiene il 27 marzo dal gip etneo la convalida del sequestro preventivo della *Open Arms* disposto in via d'urgenza il giorno 18[14]. La questione controversa, come già accennato sopra, è la configurabilità o meno dello stato di necessità, che le difese degli indagati invocavano non tanto per le condizioni del gommone (la situazione non era probabilmente talmente grave da non

12. Gip Trapani, cit., p. 138: «Nel caso in esame, non è in discussione che l'ingresso illegale sul territorio dello Stato italiano sia stato "procurato" dai trafficanti libici mediante un'organizzazione professionale che trasporta continuativamente cittadini stranieri nel Mediterraneo per poi lasciarli alle attività internazionali di soccorso, ma piuttosto affermare con uguale certezza che l'equipaggio della *Iuventa* ha posto in essere condotte che hanno permesso ai medesimi trafficanti di portare a termine il loro scopo ed anche di organizzare con successo nuovi viaggi, condotte che hanno sicuramente trovato origine nella volontà di evitare ogni rischio di naufragio dei barconi ma che hanno valicato i limiti della legalità laddove hanno garantito l'impunità dei criminali dediti alla tratta di essere umani e facilitato il recupero da parte di questi ultimi delle imbarcazioni utilizzate per il trasporto dei migranti. Non vi può essere, pertanto, dubbio nell'affermare che, con le condotte poste in essere, l'equipaggio della *Iuventa* ha concorso nella commissione della condotta illecita posta in essere dagli ignoti trafficanti libici rendendo sicuramente più agevole la consumazione».

13. Gip Trapani, cit., p. 143: «Non vi può essere dubbio che i comportamenti posti in essere dall'equipaggio della *Iuventa* nelle fasi precedenti e successive al salvataggio non si pongono come espressione del dovere di soccorso imposto dalla Convenzione di Montego Bay ma come condotte ulteriori finalizzate a mantenere buoni rapporti con i trafficanti di essere umani e agevolarne l'attività volta a far entrare più migranti possibili nel territorio nazionale con conseguente inapplicabilità della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 del codice penale».

14. Gip Catania, 27.3.2018, in questa *Rivista on line,* 31.3.2018, con nota di S. Perelli, *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?* v. anche nota 2; cfr. anche il commento di D. Mancini, *Ancora dubbi sui limiti all'intervento umanitario di Ong nel Mediterraneo (sequestro penale e soccorso di necessità),* in www.unicost.eu.

potersi attendere l'intervento dei libici), quanto per il fatto che «il rientro dei migranti in Libia significava per gli stessi l'andare incontro a gravi ripercussioni, con esposizione a violenze di ogni tipo e, comunque, la ricollocazione in campi profughi dove le condizioni di vita sono intollerabilmente spaventose, e dove i diritti umani non vengono minimamente rispettati»[15].

Il gip, pur non negando le drammatiche condizioni in cui versano i migranti nei campi libici, ricorda come la tutela della vita dei migranti sia contemperata a livello normativo con le esigenze statali al controllo dei flussi migratori[16]. I soccorsi in mare devono avvenire secondo precise modalità, dettate in particolare dal Codice di condotta, che l'Ong spagnola, pur avendolo sottoscritto, ha nell'occasione violato[17]. Tale violazione comporta, secondo il giudice, il superamento della soglia entro cui il trasferimento in Italia di stranieri irregolari può considerarsi legittimo[18], posto che «non può essere consentito alle Ong di creare autonomi corridoi umanitari al di fuori del controllo statuale ed internazionale»[19].

Quanto poi allo stato di necessità invocato dalle difese, il gip ne esclude la sussistenza, dal momento che la presenza della nave libica pronta a prendere a bordo i migranti esclude quanto meno il requisito dell'inevitabilità del pericolo. Le considerazioni relative al pericolo di torture e trattamenti inumani cui i migranti sarebbero stati esposti qualora riportati in Libia, non assumono secondo il giudice alcuna rilevanza ai fini della valutazione della scriminante perché «si tratta di eventi che la legislazione italiana e quella internazionale non hanno preso in considerazione»[20]. Così il gip conclude la propria ricostruzione sul punto: «va ribadito il concetto che la legislazione di cui al Tu sull'immigrazione non contempla come scriminante il fine della solidarietà in capo al soggetto agente, risultando – allo stato della legislazione – del tutto irrilevanti le motivazioni personali, che lo hanno spinto all'azione ritenuta penalmente sanzionabile, anche se tali motivazioni sono avvertite da parte dell'opinione pubblica come connotate da condivisibile valore umanitario e non da spinte egoistiche".

Il gip etneo convalida dunque il sequestro, in quanto ritiene sussistente il *fumus boni iuris* rispetto al delitto di cui all'art. 12 Tui, ma non reputa invece sufficienti gli elementi indiziari posti a sostegno della contestazione del reato associativo, l'unico peraltro idoneo a fondare la competenza per materia del Tribunale distrettuale. Gli atti vengono allora trasmessi all'ufficio territorialmente competente, il gip presso il Tribunale di Ragusa, che con una decisione del 16 aprile rigetta la richiesta di conferma del decreto di sequestro avanzata dalla Procura ragusana[21].

Le opposte conclusioni del giudice ragusano rispetto a quello catanese derivano da una diversa interpretazione della norma sullo stato di necessità. Il gip di Ragusa ricorda che gli obblighi di soccorso in mare, come delineati dalle Convenzioni internazionali di cui

15. Così Gip Catania, cit., pp. 11 ss.

16. Gip Catania, cit., p. 12: «Non può essere negletto che il problema migratorio pone molteplici e gravissime questioni di ordine politico, economico, sociale e giuridico, che le legislazioni nazionali e internazionali hanno affrontato e affrontano, cercando di contemperare interessi spesso tra loro confliggenti, quali la salvaguardia della vita umana dei migranti (assicurata mediante gli accordi tra più Stati di soccorso in mare), e la tutela dell'ordine pubblico, e delle esigenze di sicurezza e di pacifica convivenza all'interno di ogni singolo Stato (assicurata mediante un razionale contingentamento del flusso migratorio, con l'imposizione di precise regole: ad es. il Testo unico sull'immigrazione, i trattati internazionali, il cd. Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio)».

17. Gip Catania, cit., p. 13: «Qualora i migranti versino in imminente pericolo di vita, il salvataggio può e deve essere effettuato, rispettando, però, delle precise regole, che sono dettate dai trattati internazionali (Convenzione di Amburgo del 1979) e dai diversi programmi europei di salvataggio che si sono succeduti nel tempo, e dei quali costituisce appendice il Codice di condotta prima citato, che il Ministero dell'interno italiano ha voluto varare per regolamentare la materia, e per mettere ordine nell'azione delle Ong. Tale Codice è stato sottoscritto volontariamente anche dalla Ong cui fa capo la *Open Arms*, la quale però nel caso di specie non si è minimamente attenuta a quanto stabilito dal detto Codice di comportamento».

18. Gip Catania, cit.: «È vero che il citato Codice di condotta non costituisce un compendio di regole, la cui violazione determina automaticamente l'insorgenza di un reato, e della conseguente sanzione penale, però la infrazione di questo autoregolamento rivela il rifiuto di operare all'interno di precisi precetti prefissati dallo Stato italiano, e solo all'interno dei quali l'ingresso nel Territorio nazionale non viene più ritenuto clandestino (le violazioni del Codice di condotta, quindi, comportano la qualificazione di quei comportamenti che determinano l'ingresso di clandestini in Italia come contrarie al dettato della fattispecie criminosa di cui all'art. 12 del Testo unico sull'immigrazione). In sostanza, di fronte a comportamenti che non rispettano il Codice di condotta, viene meno quella sorta di acquiescenza statuale (esimente) ad azioni che, altrimenti, potrebbero rientrare nella fattispecie penalmente rilevante prevista dll'art.12 Testo unco sull'immigrazione».

19. Gip Catania, cit., p. 14: il passaggio appena riportato è evidenziato con particolare enfasi dalla sentenza (il testo è in carattere grassetto e sottolineato).

20. Gip Catania, cit.

21. Gip Ragusa, 16.4.2018, pubblicato in questa *Rivista on line* il 19.4.2018, con nota di M. Patarnello, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato,* www.questionegiustizia.it/articolo/dissequestrata-la-nave-open-arms-soccorrere-i-migranti-non-e-reato_19-04-2018.php.

l'Italia è parte, non si «esauriscono nel mero recupero in mare dei migranti, ma devono completarsi con lo sbarco in un luogo sicuro (Pos, *place of safety*)»[22], e tale non può considerarsi un luogo come la Libia attuale, ove i migranti sono esposti a rischi considerevoli di torture e trattamenti inumani e degradanti. Il pericolo che il giudice deve tenere in considerazione per valutare la sussistenza dello stato di necessità è anche quello cui sarebbero stati esposti i migranti al loro ritorno in Libia, che ovviamente non poteva considerarsi evitabile con l'intervento della Guardia costiera libica: la decisione della *Open Arms* di non consegnare i migranti ai libici può dunque considerarsi giustificata, secondo il giudice ragusano, ai sensi dell'art. 54 cp[23].

In ordine poi alla decisione del capitano della *Open Arms* di non chiedere a Malta la possibilità di sbarcare i migranti soccorsi, in aperta violazione delle indicazioni ricevute dalle Autorità italiane e di bandiera, il giudice ritiene che essa non valga ad escludere la sussistenza dello stato di necessità, non disponendosi al momento di alcuna prova che le Autorità maltesi fossero concretamente disponibili a prestare l'accoglienza eventualmente richiesta.

«Entrambe le condotte contestate – conclude il decreto – sia in zona Sar libica, sia in zona Sar Malta, si risolvono in una disobbedienza alle direttive impartite dalle Autorità preposte al coordinamento dei soccorsi, che però non vale ad impedire la configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità»[24].

Le conclusioni del gip hanno trovato da ultimo conferma da parte del Tribunale del riesame, che con provvedimento dell'11 maggio ha rigettato l'istanza del pubblico ministero, confermando l'ordinanza di dissequestro[25].

3. La solidarietà ai migranti irregolari può integrare un fatto tipico di reato

Provando ora ad articolare alcune riflessioni di portata generale sul fondamento giuridico della criminalizzazione delle attività di soccorso umanitario, bisogna prendere le mosse da una fondamentale (per quanto ovvia) considerazione: per come è formulato all'art. 12 Tui il delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, non vi sono dubbi che, almeno a livello di tipicità (oggettiva e soggettiva), le condotte pur compiute con finalità solidaristiche, ma che agevolano in qualsiasi modo l'arrivo in Italia di stranieri privi di titolo per l'ingresso, integrano gli estremi dei gravi delitti previsti ai co. 1 e 3 dell'art. 12 Tui.

Sul punto, la giurisprudenza è granitica, e del resto il tenore letterale delle norme non lascia margini di dubbio. A differenza che per le condotte di favoreggiamento della permanenza dello straniero irregolarmente presente sul territorio, punibili ai sensi dei co. 5 e 5 *bis* dell'art. 12 solo se compiute con finalità di ingiusto profitto, per le ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso non vi è alcun elemento testuale da cui possa derivarsi l'esclusione del reato quando il movente dell'agente è umanitario e non lucrativo. Anzi, la previsione all'art. 12, co. 3 *ter,* lett. b), di una specifica circostanza aggravante quando le condotte di favoreggiamento siano accompagnate dalla finalità «di trarne profitto, anche indiretto», denota in modo inequivoco la punibilità di tali condotte anche se sprovviste di qualsivoglia intento lucrativo.

Per evitare di punire le condotte di soccorso in mare e di successivo trasferimento in Italia dei migranti (almeno quando esse siano compiute nell'ambito delle indicazioni fornite dalle Autorità competenti), la giurisprudenza non nega che tali condotte integrino il fatto tipico di cui all'art. 12, ma argomenta sul piano dell'*antigiuridicità*, di cui viene negata la sussistenza in quanto il fatto sarebbe coperto dalla *causa di giustificazione* dell'adempimento di un dovere o dello stato di necessità.

Esemplare al riguardo ci pare il diffuso orientamento giurisprudenziale, che per fondare la giurisdizione italiana quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali ricorre alla figura dell'*autoria mediata*: i soccorritori non sono punibili in virtù dell'adempimento all'obbligo di salvataggio, mentre ai trafficanti è addebitabile *ex* art. 54, co. 3 cp, l'effettivo ingresso degli stranieri in Italia sulle navi dei soccorritori in quanto responsabili della situazione di pericolo che ha fatto sorgere il dovere di soccor-

22. Gip Ragusa, cit., p. 13.

23. Gip Ragusa, cit., pp. 14 ss.: «Allo stato degli atti manca la prova della sussistenza di *place of safety* in territorio libico (ad esempio sotto l'egida di istituzioni internazionali), in grado di accogliere i migranti soccorsi nelle acque Sar di competenza, nel rispetto dei loro diritti fondamentali. In difetto di tale prova, e quindi delle evitabilità del pericolo di un danno grave alla persona, danno che, alla luce di quanto sopra detto, non può ritenersi puramente ipotetico e non attuale, la scriminante dello stato di necessità rimane in piedi».

24. Gip Ragusa, cit., p. 16.

25. Trib. Ragusa, 11.5.2018, inedita. Il Tribunale conferma l'impossibilità di individuare in Libia quel porto sicuro, ove la normativa internazionale chiede vengano sbarcati i soggetti soccorsi in mare, e ritiene di conseguenza configurabile come il Gip lo stato di necessità; vengono poi aggiunte anche considerazioni relative alla difficoltà di ritenere riscontrato l'elemento soggettivo del dolo di favoreggiamento in condotte animate da uno spirito umanitario e caratterizzate comunque dal mantenimento dei contatti con le autorità.

so[26]. Un presupposto di tale indirizzo è appunto che la condotta dei soccorritori sia tipica ai sensi dell'art. 12 Tui, ma non sia punibile in quanto giustificata dall'adempimento all'obbligo di salvataggio in mare. Tale principio di diritto trova conferma in tutta la giurisprudenza più recente, ed è dato per pacifico anche da tutti i provvedimenti che abbiamo analizzato nel paragrafo precedente.

Il soccorso umanitario può risultare non punibile quando sussistano gli estremi di una causa di giustificazione (l'adempimento del dovere o lo stato di necessità: ma su questo ci soffermeremo nel prossimo paragrafo), ma non vi sono dubbi che, *de iure condito*, gli estremi dei delitti di favoreggiamento dell'ingresso risultino integrati anche quando l'agevolazione è motivata da ragioni squisitamente umanitarie.

Tale situazione non è affatto peculiare del nostro sistema penale. La punizione delle condotte di favoreggiamento dell'ingresso di stranieri irregolari nel territorio dell'Unione, anche se prive di finalità di lucro, è innanzitutto oggetto di un preciso obbligo di incriminazione ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2002/90/Ce, che peraltro consente agli Stati la possibilità di non adottare sanzioni quando l'agevolazione sia stata compiuta «allo scopo di prestare assistenza umanitaria» allo straniero[27].

A livello comparato, poi, la repressione delle condotte solidaristiche nel nostro ordinamento è a ben vedere meno estesa che altrove, come testimonia l'acceso dibattitto cui da anni si assiste intorno al *délit de solidarité* previsto nell'ordinamento francese.

Sino al 2013, il codice francese sull'immigrazione puniva a titolo di reato non solo (come tuttora) il favoreggiamento senza fine di lucro dell'*ingresso* di stranieri irregolari, ma anche l'agevolazione a fini solidaristici della *permanenza* dello straniero irregolare; condotta che invece, giova ripeterlo, non è mai stata ritenuta reato nel nostro ordinamento, dove il favoreggiamento della permanenza è sempre stato punito solo se commesso con finalità di ingiusto profitto[28].

Il sistema francese aveva condotto la giurisprudenza a condanne che avevano scosso una larga parte dell'opinione pubblica. Il *leading case* è quello di un cittadino marocchino regolarmente soggiornante da anni in Francia, che era stato condannato per il reato di *aide au séjour irrégulier* per avere ospitato nella sua casa, insieme alla figlia, il genero in attesa di completare la procedura di ricongiungimento familiare. In applicazione della norma penale che puniva anche le condotte di agevolazione prive di finalità lucrativa, i giudici francesi (il caso era giunto sino in Cassazione) avevano ritenuto il suocero responsabile del reato, pur disponendo la dispensa dalla pena. Il caso era poi stato portato anche all'attenzione della Corte Edu, che con decisione del novembre 2011 aveva escluso la violazione dell'art. 8 Cedu, in quanto l'ingerenza prodotta nella vita familiare del ricorrente non poteva ritenersi sproporzionata rispetto alle esigenze di ordine pubblico tutelate dalla norma penale, considerata in particolare la mancata applicazione della pena prevista per il reato[29].

La vicenda aveva attirato l'attenzione dell'opinione pubblica e del mondo politico impegnato nella campagna per le elezioni presidenziali della primavera del 2012, ed il candidato socialista Hollande aveva posto la riforma del *délit de solidarité* tra i punti salienti del programma in materia di immigrazione. Vinte le elezioni (presidenziali e legislative) del 2012, la maggioranza socialista dà seguito all'impegno elet-

26. Cfr. per tutti per tale orientamento Cass., sez. I, 28.2.2014, n. 14510, in *Dir. pen. cont.,* 4.6.2014, con nota di A. Giliberto, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali,* www.penalecontemporaneo.it/d/3118-sussiste-la-giurisdizione-italiana-per-il-reato-di-favoreggiamento-dell-immigrazione-irregolare-qua.

27. Art. 2 Direttiva. 2002/90/Ce: «*Comportamenti illeciti* – 1. Ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate: a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri. 2. Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

28. Nel cd. Pacchetto sicurezza del 2008 (dl n. 92/08, convertito in l. 125/08), vi era stato il tentativo di punire la condotta di *fornitura di un alloggio* ad uno straniero irregolare anche se priva del dolo specifico di ingiusto profitto, ma il testo approvato in via definitiva al nuovo art. 12, co. 5 *bis* (tuttora vigente), aveva poi mantenuto anche per tale tipologia di condotte speciali di favoreggiamento della permanenza il dolo specifico previsto dalla figura generale di cui all'art. 12, co. 5: sia consentito sul punto il rinvio a L. Masera, *Immigrazione,* in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.lgs 23 maggio 2008, n. 92 conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125),* a cura di O. Mazza e F. Viganò, Giappichelli, 2008, pp. 21 ss.

29. Cfr. Corte Edu, 10.11.2011, *Mallah c. Francia*, n. 29681/08. Per una ricostruzione critica di tale vicenda e più in generale della storia del *délit de solidarité,* cfr. di recente C. Lazerges, *Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République,* in *Rev. sc. crim.,* 2018, pp. 267 ss.

torale, ma non procede a privare di rilevanza penale le condotte di agevolazione al soggiorno irregolare. Con la riforma, varata con la l. n. 1560 del 31.12.2012, rimane ancora punibile «*toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger en France*» (art. 622-1 Ceseda[30]), ma viene aggiunta la previsione per cui non può essere punita l'agevolazione del soggiorno irregolare «*lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci*» (art. 622-4 Ceseda).

Anche dopo la riforma socialista, il sistema francese rimane dunque assai più repressivo del nostro. Il legislatore si è timidamente limitato ad individuare delle ipotesi in cui l'agevolazione del soggiorno non è punibile, senza tuttavia spingersi a richiedere sempre ai fini della punibilità uno specifico intento di profitto[31]. Fuori dalle situazioni descritte dalla norma, ove è in gioco la dignità o l'integrità fisica dello straniero, il prestare in qualche modo aiuto ad uno straniero irregolare rimane punibile anche se compiuto senza alcuna finalità lucrativa; ed infatti non sono rari i processi, anche di notevole impatto mediatico, celebrati a carico di attivisti o comuni cittadini che ad esempio hanno prestato alloggio o hanno fornito un passaggio a stranieri irregolarmente soggiornanti nel territorio francese[32].

Il 18 maggio 2017, e dunque a pochi giorni dall'inizio della presidenza Macron, la *Commission nationale consultative des droits de l'homme* ha reso noto un parere in cui stigmatizza l'attuale formulazione dell'"esimente di solidarietà"[33], e propone di prevedere in termini molto chiari che l'*aide au séjour* sia punibile solo se fornito *dans un but lucratif*. Tuttavia, nell'ampio programma di riforma della disciplina in tema di immigrazione approvato in prima lettura dall'Assemblea nazionale il 22 aprile 2018, non è previsto alcun intervento sulla disciplina del *délit de solidarité*[34].

A confronto della situazione francese, l'attuale disciplina italiana del favoreggiamento risulta quindi sicuramente meno invasiva degli spazi di liceità della solidarietà ai migranti irregolari. Almeno per quanto riguarda l'agevolazione del soggiorno e non dell'ingresso, nel nostro ordinamento non ci si è mai spinti a considerare reato l'aiuto fornito senza finalità di ingiusto profitto; questione la cui soluzione è, invece, oltralpe ancora controversa anche dopo l'intervento di riforma del 2012.

In ordine invece al favoreggiamento dell'ingresso, è difficile, considerato l'attuale quadro politico, immaginare una riforma che introduca anche per tali ipotesi il dolo specifico di ingiusto profitto. La dicotomia tra favoreggiamento dell'ingresso (punibile sempre) e del soggiorno (punibile solo se commesso a fini lucrativi) trova riscontro anche nel diritto dell'Unione[35], e un'eventuale decisione italiana di equiparare sotto tale profilo le due situazioni risulterebbe problematica sotto il profilo della conformità europea della disciplina.

In effetti, una riforma che andasse in tale direzione non potrebbe che far parte di un complessivo ripensamento dell'attuale disciplina degli ingressi, di cui le norme incriminatrici qui allo studio rappresentano un tassello fondamentale. Se si decidesse di non punire più condotte di agevolazione all'ingresso prive di finalità di ingiusto profitto, ciò significherebbe infatti consentire in buona sostanza la creazione anche ad opera dei privati di corridoi umanitari, attraverso i quali fare accedere al nostro territorio soggetti provenienti da Paesi ove non sono rispettati i loro diritti fondamentali.

---

30. Ceseda: *code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.*

31. Per un'aspra critica della soluzione legislativa, oltre al lavoro citato sopra, cfr. *ex multis* anche D. Roets, *A quoi sert le fait justificatif spécial d'humanité de l'art. L. 622-4 3 du CESEDA*?, in *AJ Pénal,* 2017, pp. 535 ss, e C. Saas, *Aide au séjour irrégulier: que peut le juge pour redresser les malfaçons législatives?,* in *Recueil Dalloz,* 2015, pp. 1025 ss.

32. Per un'aggiornata analisi di tale casistica, cfr. il lavoro di C. Lazerges del 2018 citato sopra.

33. Parere della *Commission nationale consultative des droits de l'homme (Cncdh)* del 18.5.2017, dal titolo *Mettre fin au délit de solidarité,* p. 5: «*L'art. 622-4 du Ceseda ne constitue pas pour autant une protection suffisamment efficace contre des poursuites visant des actions «humanitaires et désintéressées», notamment parce que la formulation des dispositions de l'article 622-4 du Ceseda est si imprécise qu'elle peut donner lieu à des interprétations jurisprudentielles contradictoires, en fonction de la nature des actes de solidarité incriminés*».

34. Il testo approvato dall'Assemblea nazionale è disponibile al link www.assemblee-nationale.fr/15/ta/tap0112.pdf; un dossier di sintesi è inoltre consultabile su www.interieur.gouv.fr/content/download/109036/867995/file/DP_PJLAsileImmigration-Lecture%20AN%202204218.pdf.

35. Cfr. l'art. 2, Direttiva 2002/90/Ce citato sopra.

Insomma, aggiungere alla fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare il dolo specifico di ingiusto profitto comporterebbe delle conseguenze sistematiche molto significative, tali da mettere in discussione le stesse politiche securitarie che negli ultimi anni hanno portato all'edificazione della "*fortress Europe*". Dal punto di vista di chi scrive, sarebbe un ripensamento quanto mai auspicabile, anche se oggi ben difficile da immaginare; ma rimane la considerazione che una riforma della fattispecie in esame nel senso di cui sopra non potrebbe comunque essere il frutto di un'iniziativa limitata ai soli profili penali, ma dovrebbe rappresentare un tassello di una più ampia rifondazione dell'intero sistema di gestione degli ingressi, in Italia ed in Europa[36].

4. Lo stato di necessità e le drammatica situazione dei campi per migranti in Libia

Se dunque l'attuale fattispecie tipica del delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare ricomprende anche le ipotesi di agevolazione non lucrativa dell'arrivo degli stranieri, e se una riforma di tale disciplina pare quanto mai lontana da venire, è come accennato sul terreno dell'antigiuridicità che vanno cercate le ragioni che possono fondare la non punibilità delle condotte di soccorso in mare e di successivo sbarco dei migranti sulle nostre coste.

Nelle situazioni "normali" di soccorso prestato ad imbarcazioni in difficoltà e sotto il coordinamento delle autorità navali italiane, viene pacificamente in considerazione la scriminante dell'*adempimento di un dovere*, posto che l'assistenza dei natanti in condizioni di difficoltà rappresenta un preciso dovere previsto da una pluralità di fonti, nazionali ed internazionali. È bene poi precisare che, al ricorrere di una situazione di pericolo tale da far scattare il dovere di soccorso, nessun rilievo sotto il profilo penalistico può avere il rispetto o meno del Codice di condotta o delle indicazioni fornite dalle autorità competenti; comunque, se il soccorso era doveroso ai sensi del diritto del mare, esso non può essere oggetto di rimprovero in sede penale. Bisogna dunque fare attenzione a non attribuire al Codice di condotta un ruolo improprio, quasi che il suo rispetto sia un requisito necessario perché il trasferimento in Italia dei migranti soccorsi risulti giustificato. La violazione delle disposizioni ivi previste può comportare conseguenze nei rapporti tra l'autorità italiana e l'Ong, che può essere esclusa per il futuro dal coinvolgimento in attività di soccorso, ma in nessun modo può incidere sull'applicazione di una scriminante (l'adempimento del dovere di soccorso in mare) che nulla ha a che vedere con il rispetto degli ordini dell'autorità.

Le vicende giudiziarie delle navi *Iuventa* ed *Open Arms* mostrano come la questione diventi più complessa quando il soccorso, pur motivato da genuine finalità umanitarie, risulti prestato in condizioni che non configurano un imminente pericolo di naufragio, o, come nel caso della nave *Open Arms*, intervenga anche quando erano in grado di provvedere al salvataggio le forze navali di uno Stato costiero (nel caso di specie, la guardia navale libica).

Ipotizziamo allora in termini generali di trovarci a valutare situazioni in cui l'intervento umanitario sia andato al di là dei limiti entro cui si esplica l'obbligo di soccorso in mare, e dunque il fatto non possa ritenersi coperto dalla scriminante di cui all'art. 51 cp. Decisiva in tali ipotesi risulta la possibilità di applicare lo *stato di necessità* (*sub specie* ovviamente di soccorso di necessità). La soluzione del problema, come mostrano le divergenti opinioni dei giudici che si sono sinora espressi sul caso *Open Arms,* dipende da come si intenda il requisito del *pericolo* di un danno grave alla persona, che rappresenta la pre-condizione logica e normativa della scriminante.

Se la valutazione circa la sussistenza di un tale elemento si considera limitata ai soli rischi relativi alla navigazione ed alla possibilità di naufragio, lo stato di necessità arriva ad avere in sostanza lo stesso ambito applicativo dell'adempimento di un dovere: la medesima situazione, che in generale configura il presupposto dell'art. 54 cp (il «pericolo attuale di un danno grave alla persona»), nell'ambito del diritto della navigazione dà luogo ad un più stringente dovere di intervento, che rende doveroso l'intervento solo consentito dalla norma codicistica. Ma la conseguenza è comunque quella di non ritenere applicabile ai soccorritori alcuna causa di giustificazione quando manchi un concreto pericolo di naufragio.

I giudici ragusani mostrano come non sia questo l'unico modo di intendere la nozione di pericolo. Le stesse fonti internazionali che fondano l'obbligo di soccorso prevedono che l'attività di salvataggio debba concludersi in un *porto sicuro,* tale non potendosi intendere un luogo dove il soggetto soccorso sia esposto a gravi rischi per la propria incolumità o per i propri diritti fondamentali. Il pericolo attorno a cui ruota lo stato di necessità non è più allora solo quello cui i migranti erano esposti in mare, ma anche quello cui an-

36. Per una interessante ricognizione della normativa europea in materia di contrasto alle immigrazioni irregolari e per un'analisi delle sue prospettive di riforma, cfr. M. Carta, *La disciplina del traffico di migranti: prospettive di riforma nel sistema Ue,* in www.*federalismi.it*, 16.11.2016.

drebbero incontro se si trovassero costretti a tornare da dove sono partiti.

È chiaro che, così inteso l'ambito di delimitazione del pericolo, in una situazione come quella della *Open Arms* sussistono tutti gli ulteriori elementi costitutivi dello stato di necessità *ex* art. 54 cp. Il *pericolo* è *attuale,* nel senso che è attuale, una volta i migranti siano tornati in Libia, il pericolo di torture e violenze; ha sicuramente ad oggetto un *danno grave alla persona*, considerate le terribili condizioni dei campi libici per migranti; non era *evitabile* che attraverso la sottrazione ai libici dei migranti ed il loro trasferimento in un luogo sicuro; la lesione cagionata all'interesse pubblicistico del contrasto all'immigrazione irregolare è sicuramente *proporzionata* rispetto ai diritti fondamentali dei migranti che così si sono andati a tutelare.

A noi pare che la soluzione propugnata dal gip ragusano meriti di essere condivisa, specie in considerazione della peculiare situazione i cui versa oggi la Libia.

Quale sia il vero e proprio inferno in cui sono costretti a vivere i migranti nei campi di detenzione libici, è un dato che oggi può senz'altro ritenersi acquisito. Non solo sono innumerevoli i rapporti delle più prestigiose Agenzie internazionali di tutela dei diritti umani che testimoniano gli orrori che da anni si consumano in questi campi, dove ancora oggi sono rinchiuse decine di migliaia di persone. Di recente, nello scorso aprile, è stata la stessa Procura presso la Corte penale internazionale, nell'acquisire il rapporto del Segretario generale delle Nazioni unite sulla sorte dei migranti in Libia, a comunicare l'avvio di un'indagine preliminare all'apertura di un'inchiesta formale per *crimini contro l'umanità* in relazione ai fatti che si verificano in Libia a carico dei migranti[37]. Tra i possibili indagati, ha precisato la Procura nel suo comunicato, vi sarebbero non solo i capi delle bande criminali che gestiscono i campi di detenzione, ma anche i responsabili della Guardia costiera libica, che come noto riceve significativo sostegno finanziario ed operativo dal nostro Governo.

A livello interno, nel dicembre 2017 la Corte d'assise di Milano ha condannato all'ergastolo un cittadino somalo che gestiva in Libia uno di questi campi dell'orrore, ritenendolo direttamente responsabile di centinaia di casi di violenza sessuale e di tortura, e di diversi casi di omicidio[38]. Non si possono leggere le motivazioni della sentenza senza rimanere attoniti: le descrizioni di vita all'interno del campo, riferite dalle diciassette persone offese sentite nel procedimento, sono senz'altro paragonabili ai più atroci racconti che la storia del secolo scorso ci ha insegnato a ricordare.

Di fronte all'enormità dell'orrore che si sta consumando in un Paese a noi vicino, non mancano poi le voci di coloro che giungono ad ipotizzare una corresponsabilità in tali crimini delle stesse autorità italiane, che peraltro rivendicano con orgoglio il sostegno prestato a quella stessa Guardia costiera libica, che la Procura presso la Corte penale internazionale indica come possibile indagata per crimini contro l'umanità. In una recente sessione del Tribunale permanente dei popoli dedicata a queste questioni, a Palermo, si sono a lungo esplorate le ragioni che possono fondare una responsabilità giuridica del Governo italiano per concorso nei crimini di cui sono vittime i migranti in Libia[39]; tesi sostenuta anche in un interessante contributo scientifico, che indaga in modo specifico i profili di diritto penale internazionale[40].

Il contesto appena descritto non può non essere tenuto in considerazione nel valutare la liceità delle condotte della *Open Arms*. Lasciare i migranti nelle mani della Guardia costiera libica che ne pretendeva la consegna, come avrebbe imposto il rispetto del Codice di condotta predisposto dal Governo italiano, avrebbe significato condannarli, una volta tornati sulla terraferma, ad un futuro pressoché certo di torture e di violenze. Possiamo davvero immaginare che l'unica soluzione che si prospetta al giudice sia la condanna per favoreggiamento dell'ingresso irregolare di chi ha salvato quegli uomini e quelle donne dagli orrori da cui scappavano?

Lo stato di necessità rappresenta il luogo dogmatico di emersione del *senso di umanità* di un ordinamento giuridico. Quando la lesione di un interesse pur meritevole di tutela è determinata dalla necessità di salvare una persona da un pericolo di particolare

37. Il testo del comunicato e notizie sullo stato delle indagini sono agevolmente reperibili sul sito ufficiale della Corte.

38. Corte ass. Milano, 10.10.2017, in *Dir. pen. cont.,* 16.4.2018, con scheda di S. Bernardi, *Una condanna della corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*.

39. Cfr. la sentenza del Tribunale permanente dei popoli relativa alla sessione su «*La violazione dei diritti delle persone migranti e rifugiate»,* svoltasi a Palermo, 18-20.12.2017, disponibile in questa *Rivista on line,* 11.4.2018, con scheda di M. Ventrone, *Il Tribunale permanente dei popoli condanna l'Italia e l'Unione europea per concorso in crimini contro l'umanità a causa delle politiche sull'immigrazione, www.questionegiustizia.it/articolo/il-tribunale-permanente-dei-popoli-condanna-l-ital_11-04-2018.php;* per un commento alla sentenza del TPP, cfr. anche V. Pietrobono, *Jus migrandi: da diritto fondamentale a delitto – Note a margine della sentenza 20 dicembre 2017 del Tribunale Permanente dei Popoli*, in *giudicedonna.it*, 2017, n. 4, pp. 1 ss.

40. Cfr. F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale,* in *Dir. pen. cont.,* 2018, n. 4, pp. 5 ss.

gravità, le ragioni della punizione fanno un passo indietro, ed il fatto lesivo, se proporzionato alla gravità del pericolo, non deve considerarsi illecito. Affermare che, quando viene in considerazione l'interesse al controllo delle frontiere, risulti irrilevante ogni pericolo che non sia strettamente connesso al rischio di naufragio, ci pare una conclusione che si pone in radicale contrasto con la logica solidaristica che permea la scriminante nella sua *species* del soccorso di necessità. Sarebbe inutile nascondersi dietro la logica semplicistica del *dura lex, sed lex*: è lo stesso ordinamento positivo a consentire, mediante il ricorso ad una interpretazione non aprioristicamente restrittiva dello stato di necessità, di ritenere legittime condotte che pur integrano gli estremi di un reato (la *dura lex* di cui all'art. 12 Tui), quando esse siano funzionali alla difesa degli interessi fondamentali della persona umana.

Già, quindi, a livello di norme di rango ordinario, senza necessità di invocare parametri sovra-legislativi costituzionali o convenzionali, vi è la possibilità di escludere la rilevanza penale di condotte del tipo di quella della *Open Arms*. Anzi, la strada dell'applicazione dello stato di necessità *ex* art. 54 cp non è neppure l'unica che si prospetta all'interprete.

In dottrina, pervengono al medesimo risultato gli autori che ritengono la condotta delle Ong non antigiuridica in ragione di una estensione analogica della speciale ipotesi di scriminante, sicuramente più ampia rispetto allo stato di necessità, prevista all'art. 12, co. 2, Tui, secondo cui «fermo restando quanto previsto dall'art. 54 cp, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato»[41]. Superando in via analogica l'espresso riferimento della norma alla presenza in Italia degli stranieri soccorsi, si potrebbe estendere la norma anche ai casi in esame, in ragione della medesima istanza solidaristica che connota tali casi e quelli espressamente previsti dalla norma, e che rappresenta la *ratio* della norma speciale[42].

La giurisprudenza sinora non ha mai aperto spiragli in questa direzione, e a noi pure pare in effetti un po' forzata l'estensione analogica ai casi di soccorso in mare di una disposizione, che nella sua dicotomia tra fatti di favoreggiamento del soggiorno (i soli ai quali si applica secondo il suo tenore letterale) e dell'ingresso, riproduce una distinzione che trova molteplici conferme in sede normativa, tanto interna (il diverso dolo specifico per le due ipotesi di favoreggiamento del soggiorno o dell'ingresso) che europea (l'art. 2 della Direttiva 2002/90/Ce, che adotta la medesima distinzione). In altri termini, non pare davvero irragionevole, alla luce di uno sguardo sistematico alla disciplina, che la risposta punitiva sia meno rigorosa quando si tratta di condotte di aiuto allo straniero che già risiede illegalmente in Italia, piuttosto che di agevolazione del suo ingresso irregolare nel nostro territorio. Ma se la differenziazione di tali ipotesi deve ritenersi un principio informatore del sistema, diventa poco plausibile una interpretazione per analogia che tale differenziazione ha invece l'effetto precipuo di negare.

Una volta intrapresa la strada qui auspicata di ritenere rilevanti ai fini del riconoscimento dello stato di necessità i pericoli derivanti dal respingimento dei migranti verso la Libia, anche ipotesi come quella della *Iuventa* meritano a nostro avviso di essere ripensate. Vedremo a breve se ed in che termini la Cassazione, nel provvedimento di conferma del sequestro disposto in sede cautelare, abbia affrontato il problema dello stato di necessità. A noi pare che, pur ammettendo come provate le forme di «consegna concordata» ipotizzate dall'accusa, il discorso rispetto allo stato di necessità non cambi di molto. Le Ong hanno pur sempre tenuto le condotte illecite di concorso con i trafficanti nel reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare al fine di sottrarre all'orrore dei campi libici il numero maggiore possibile di soggetti. Se (come a noi pare doveroso) il pericolo da valutare ai sensi dell'art. 54 cp è anche il pericolo cui i migranti sono esposti in Libia, ogni condotta che abbia come effetto quello di sottrarre delle persone a quell'orrore può rientrare nell'ambito di applicabilità della causa di giustificazione.

Certo, così ragionando si agevolano indirettamente anche i trafficanti, che possono servirsi delle Ong per ottenere il loro intento criminoso. Ma se guardiamo alla Libia con gli occhi dei migranti, essa è oggi un'immensa distesa di campi di concentramento dalle condizioni di vita impossibile. Sono giustamente diventati degli eroi coloro che, nella seconda guerra mondiale, hanno concluso accordi con i nazisti per salvare dai *lager* quante più persone di origine ebraica possibile; oggi, in uno Stato democratico, puniamo invece come criminali coloro che fanno quanto possibile per strappare da un orrore non dissimile centinaia di persone, perché per ottenere tale risultato hanno concluso degli accordi con le bande che gestiscono le partenze?

---

41. Per un'analisi di tale disposizione cfr. per tutti S. Zirulia, *Art. 12 d.lgs n. 286/1998,* in *Codice penale commentato,* diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, IV ed., 2015, pp. 2735 ss.

42. Per l'applicabilità in via analogica di tale disposizione anche alle ipotesi di soccorso in mare, cfr. in particolare i lavori di S. Perelli e M. Patarnello citati sopra.

Io non voglio credere che il pur legittimo obiettivo di non indebolire l'apparato di controllo dei flussi migratori possa spingere i nostri giudici ad abbracciare una visione così feroce del diritto penale. I percorsi argomentativi per non cedere al disumano non mancano; nei prossimi mesi verificheremo se la nostra magistratura avrà la forza per percorrerli con convinzione, anche in un momento storico in cui il dibattito pubblico in materia di immigrazione, in nome della reazione ad una supposta invasione, ha ormai condotto a tollerare come inevitabile quanto di più orribile si consuma sotto i nostri occhi in Libia.

Conclusioni

Il Codice di condotta predisposto dal Governo italiano nell'estate del 2017 rappresenta il punto conclusivo di un percorso che, nel volgere di pochi anni, ha condotto le politiche (italiane ed europee) in materia di soccorsi in mare all'abbandono di qualsivoglia prospettiva umanitaria, ed all'adozione di un approccio avente come unica, vera finalità la riduzione degli sbarchi di migranti sulle coste italiane. L'obiettivo dichiarato dai nostri massimi rappresentanti governativi è stato (ed è tuttora) quello di potenziare le capacità della Guardia costiera libica, in modo che sia in grado di impedire le partenze e di intercettare le imbarcazioni dirette verso l'Italia.

Dopo la sentenza *Hirsi* la Marina militare italiana non pratica più forme dirette di respingimento; ora è stata adottata la politica dei «respingimenti per procura», per cui le nostre autorità navali supportano quelle libiche nel soccorrere e respingere verso la Libia i migranti intercettati in mare. Il Codice di condotta, come abbiamo visto, richiede alle Ong di «non ostacolare l'attività della Guardia costiera libica», che come testimonia bene proprio il caso *Open Arms* è stabilmente inserita nel sistema di *Search and rescue* coordinato dalle Autorità italiane. Evidentemente, il fatto ben noto che la guardia costiera libica sia implicata nella gestione dei campi di detenzione e tortura ove vengono riportati i migranti, al punto che la Procura presso la Cpi sta avviando un'indagine nei confronti dei suoi vertici per crimini contro l'umanità, non viene considerato da chi ci governa un elemento tale da mettere in discussione la nostra fattiva collaborazione con tali soggetti.

Ci siamo rassegnati al disumano: l'argomento per cui la politica di potenziare le capacità operative dei libici ha ridotto in modo drastico il numero degli arrivi, è in grado di tacitare qualsiasi obiezione inerente ai gironi danteschi ove questi soggetti vengono respinti. Ogni discorso che intenda affermare l'insostenibilità etica per una democrazia di collaborare con chi ha responsabilità dirette in violenze e torture terribili, è destinato ad essere travolto come ipocrita ed irenico da considerazioni facilmente condensabili nello slogan per cui "non possiamo accoglierli tutti».

Non è detto che tali politiche non possano in un prossimo futuro essere censurate in sede giudiziaria. Nei primi giorni di maggio, alcuni legali di Asgi e di altre Ong internazionali hanno depositato un ricorso contro l'Italia alla Corte Edu, in relazione ad un episodio di «respingimento per procura» molto simile al caso *Open Arms,* avvenuto il 6 novembre 2017[43]. In relazione poi ai profili penali, abbiamo visto sopra come non manchino voci che ipotizzano nel finanziamento e nel sostegno delle forze navali libiche gli estremi di una responsabilità concorsuale delle autorità italiane nei crimini da queste compiuti.

Sarà tuttavia a nostro giudizio molto difficile che si pervenga ad una condanna dell'Italia e dei suoi governanti per politiche che a livello di opinione pubblica ricevono un larghissimo sostegno, non solo in Italia ma in tutti i Paesi europei. Può addirittura apparire paradossale parlare di una responsabilità italiana per le politiche di accordo con la Libia, che in sede europea sono ovunque elogiate come idoneo strumento di contenimento degli sbarchi. Il disumano come elemento tollerabile ha fatto da tempo ingresso nel discorso pubblico sull'immigrazione, e la facile ipocrisia per cui non siamo noi italiani ed europei a realizzare direttamente i respingimenti verso l'inferno libico, basta per tacitare le (poche) voci fuori dal coro. In questo contesto, non sarà facile che delle Corti (italiane od europee) abbiano il coraggio di censurare in nome dei diritti dell'uomo una pratica che riscuote un così largo consenso.

Per non rassegnarci a questa deriva dell'etica pubblica, come penalisti almeno possiamo evitare che si vada ancora più in là con la negazione del senso di umanità, arrivando al punto di punire come criminali le Ong che non accettano di lasciare al loro terribile destino i migranti che si mettono in mare. Nulla obbliga la magistratura penale a questo passo: una interpretazione del soccorso di necessità non viziata da apriorismi punitivi può consentire di mandare esenti da pena i soccorritori, senza cedere alla logica disumana secondo cui quello che avviene in Libia non riguarda il giudice penale italiano.

L'Italia e l'Europa stanno scrivendo una brutta pagina della loro storia. Il cinismo con cui viene gestito il fenomeno delle morti in mare e delle torture

43. Maggiori informazioni sul ricorso sono disponibili sul sito di www.asgi.it con notizia pubblicata il 7.5.2018; una dettagliata ricostruzione della vicenda è reperibile in www.forensic-architecture.org/case/sea-watch/.

nei campi libici sarà una macchia indelebile per il continente che rappresenta la patria dei diritti fondamentali. Almeno possiamo evitare che sui libri di storia debba leggersi l'orribile dettaglio che addirittura venivano puniti coloro i quali aiutavano le vittime a fuggire dall'inferno.

I campi di raccolta libici: un'istituzione concentrazionaria

(Nota a Corte di assise di Milano, sentenza 10 ottobre - 1° dicembre 2017)

di *Giuseppe Battarino*

La condanna di un cittadino somalo per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte dei sequestrati, violenza sessuale, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, rivela la natura dei campi di raccolta dei migranti in Libia, gestiti da organizzazioni criminali.

La sentenza della Corte di assise di Milano affronta, tra le altre, le questioni dell'attendibilità delle testimonianze dei migranti vittime di violenze, identificati in Italia, delle modalità illecite con cui sono stati gestiti gli spostamenti di centinaia di migranti somali fino all'Europa, delle forme di privazione di libertà nei campi, associate a violenze sistematiche; nonché dell'identificazione solo parziale della pluralità di persone offese, rilevante ai fini della determinatezza dell'accusa, della correlazione tra accusa e sentenza e del divieto di *bis in idem*.

La descrizione dei fatti e la loro contestualizzazione ono una forma di rottura dell'istituzione concentrazionaria che i campi oggetto di esame nella sentenza rappresentano; e cristallizzano in sede giudiziaria, nella sua interezza, il contenuto spesso disumano dei viaggi dei migranti.

1. La descrizione del fatto: i "campi di raccolta"

I delitti consumati ai danni di migranti nei *campi di raccolta* libici sono divenuti oggetto di una pronuncia giurisdizionale del giudice italiano a seguito di un'indagine condotta dalla Procura della Repubblica di Milano, della richiesta del Ministro della giustizia ai sensi dell'art. 10 cp e del lavoro della Corte di assise di Milano, che, con sentenza 10 ottobre – 1° dicembre 2017 (pres. Ichino, est. Simi)[1], ha condannato un cittadino somalo all'ergastolo con isolamento diurno per tre anni, oltre alle sanzioni accessorie, nonché al risarcimento dei danni nei confronti di alcune vittime costituitesi parte civile e dell'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte dei sequestrati (con assorbimento dei contestati omicidi), violenza sessuale pluriaggravata, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina pluriaggravato.

La formulazione delle imputazioni ruota intorno alla condotta di cui all'art. 630 cp connotata dalla privazione illecita di libertà in danno dei migranti concentrati nei campi di Bani Walid e Sabratha, in territorio libico, ad esito dei percorsi subsahariani e sahariani delle migrazioni gestite da organizzazioni di trafficanti di esseri umani.

Nel caso della sentenza della Corte di assise di Milano le vittime del traffico erano cittadini somali.

L'organizzazione criminale a carattere transnazionale gestiva l'emigrazione dalla Somalia verso l'Europa in più fasi:

- contatto degli appartenenti all'organizzazione con i cittadini somali obbligati a lasciare il loro Paese, a causa dell'insostenibilità di una situazione locale in cui di fatto non esiste più un'organizzazione statuale, le carenze igieni-

1. La sentenza è stata pubblicata su questa *Rivista online*: www.questionegiustizia.it/articolo/campi-libici-l-inferno-nel-deserto-la-sentenza-della-corte-di-assise-di-milano_03-04-2018.php.

che sono mortali, le bande armate seminano quotidiana violenza;
- conclusione di un accordo per il viaggio che rimaneva parzialmente indefinito quanto a misura e modalità del pagamento;
- trasferimento sino alla Libia, attraverso l'Etiopia e il Sudan, su veicoli scortati da uomini armati dell'organizzazione;
- concentrazione dei migranti in *campi di raccolta* dove venivano sequestrati fino al pagamento della somma a quel punto determinata generalmente in settemila dollari, richiesti, sotto il controllo degli appartenenti all'organizzazione, ai familiari o altri garanti del pagamento;
- a pagamento avvenuto[2], istradamento dei migranti verso la costa per il tragitto finale attraverso il Mediterraneo.

Le condotte contestate e accertate nel processo sono state consumate nei *campi di raccolta* dei migranti di Bani Walid e Sabratha, in Libia, nei quali l'imputato, anch'egli migrante dalla Somalia, e dunque potenziale vittima, aveva invece scelto di collaborare attivamente con i locali gestori nel privare della libertà i migranti, sottoponendoli a violenze esemplari, finalizzate a ottenere dalle famiglie, rese edotte delle condizioni in cui si trovavano i congiunti, il pagamento della somma richiesta per liberarli e avviarli all'emigrazione in Europa.

La sentenza si muove sulla linea della ricostruzione dei fatti penalmente rilevanti e contestati (con modifiche e integrazioni delle imputazioni intervenute in corso di dibattimento) contestualizzandone la descrizione nelle concrete e drammatiche condizioni dei campi libici.

I migranti erano stati privati della libertà e reclusi nei campi, organizzati per concentrarli in molte centinaia e in condizioni di deprivazione estrema; lì, per rendere più convincente la richiesta di denaro ma anche come metodo strutturale dell'*istituzione concentrazionaria*, l'imputato e i gestori li sottoponevano a privazioni di cibo e cure, a ripetute percosse con bastoni, spranghe e cavi, a torture con plastica fusa o scariche elettriche o a deliberata disidratazione; e le donne, comprese ragazze giovanissime, a ripetute violenze sessuali, legandole e percuotendole, e in diversi casi provocando loro gravi lesioni a causa della pregressa infibulazione.

I racconti di morte costellano le testimonianze delle persone offese che descrivono le fasi del viaggio migratorio governato dall'organizzazione criminale: le morti nel deserto dei migranti abbandonati o gettati fuori dai camion e dai pick-up; le morti contestate all'imputato nei periodi di sequestro nei campi libici: i testimoni riferiscono di protratte agonie di migranti percossi, lasciati senza cure fino alla morte, la morte per dissanguamento di una madre dopo il parto, le morti per denutrizione, gli strangolamenti; infine, dopo la liberazione dai campi e nella parte finale della migrazione, gli annegamenti in mare.

2. Alcune questioni giuridiche

La qualità delle indagini e della loro resa dibattimentale, insieme alla ritenuta credibilità delle dichiarazioni delle persone offese, hanno confermato, secondo i giudici dell'assise, un quadro della concentrazione dei migranti e di violenze di ogni tipo tale da scolpire una realtà che costituisce il contesto di riscontro della corretta formulazione delle accuse.

Il contributo probatorio fornito dalle persone offese, la natura della privazione della libertà nei campi libici e le conseguenze delle condotte dell'imputato nel contesto di essa, sono state oggetto di testimonianze che la Corte ha ritenuto attendibili, sulla base di indici consolidati in giurisprudenza[3].

Secondo la Corte di assise le modalità di ingresso nel territorio nazionale dei migranti – soccorsi in mare – escludono altresì che il regime delle loro deposizioni sia quello degli imputati del reato connesso di ingresso illegale nel territorio dello Stato, di cui all'art. 10-*bis*, d.lgs n. 286/1998[4].

---

2. La quasi totalità dei migranti non aveva avuto richieste precise di denaro in partenza, limitandosi talvolta a corrispondere alcune anticipazioni: il "conto" era stato presentato nei campi libici, dove i migranti erano stati messi in contatto con le famiglie affinché fosse versata una consistente somma ai trafficanti. Il versamento avveniva mediante il sistema fiduciario della hawala. Il sistema, assai risalente, dovrebbe esser rispettoso della legge coranica che vieta le transazioni che richiedono interesse (*riba;* M. Okenwa Udugbor, *Il diritto musulmano*, Lateran University Press, 2010, p. 111; nel Corano: 2, 275 e 3, 130); generalmente esso prevede che il denaro venga trasferito attraverso una rete di mediatori, non prevede titoli di credito ma si regge su un impegno d'onore.

3. Su temi rilevanti per la ricostruzione operata dalla sentenza in esame, tra le più recenti: Cass., II, n. 46100 del 27 ottobre – 20 novembre 2015 (sullo stato di vulnerabilità della persona offesa); Cass. IV, n. 47262 del 13 settembre – 13 ottobre 2017 (sull'efficacia probatoria delle individuazioni fotografiche).

4. Viene a tal fine richiamata la pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione, n. 40517 del 28 aprile – 29 settembre 2016, che ha ritenuto di natura testimoniale le dichiarazioni rese spontaneamente alla Polizia giudiziaria da parte di migranti nei confronti di membri dell'equipaggio che aveva effettuato il trasporto illecito, non essendo configurabile nei loro confronti il reato di cui all'art. 10-*bis*, d.lgs n.

La motivazione della sentenza esamina distintamente la tenuta probatoria delle fonti dichiarative per quanto riguarda il viaggio, il sequestro, le condotte ulteriormente lesive, l'individuazione soggettiva dell'imputato.

A tale proposito la sentenza ricostruisce l'esordio delle indagini, che appare di per sé omologabile a vicende storiche di individuazione di coloro che avevano agito come *Kapò* nei campi di concentramento, con le vittime che, giunte in Europa, a distanza di tempo e casualmente, incontrano l'imputato in un centro di accoglienza di Milano: il tumulto che ne segue attira l'attenzione della Polizia locale che avvia le indagini sfociate nel processo in assise.

Al giudizio di attendibilità delle testimonianze di diciassette persone offese, acquisite in incidente probatorio, si perviene dunque attraverso il metodo indicato, corrispondente alle esigenze di cui all'art. 192 cpp[5], che inevitabilmente, attesa la formulazione delle imputazioni, corrisponde all'esigenza di una ricostruzione ampia del contesto di gestione criminale delle migrazioni in cui le singole condotte delittuose sono state poste in essere.

Sotto questo profilo l'effetto del compendio probatorio formato dalle singole narrazioni di storie di migrazione[6] è altresì quello di delineare la sussistenza degli elementi costitutivi del contestato delitto di cui all'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* del decreto legislativo 286/1998: «le modalità con cui sono stati gestiti gli spostamenti di varie centinaia di migranti dall'Etiopia o dal Sudan alla Libia e poi all'Europa mostrano un grado di programmazione e di organizzazione tale da palesare la sussistenza di un gruppo di persone che agiva in modo stabile e coordinato per provvedere al traffico illecito dei profughi in una pluralità di Stati. L'organizzazione era dotata evidentemente di numerose persone e cospicui mezzi per realizzare il suo programma delittuoso (aveva propagandato in diversi Paesi la sua attività, aveva appartamenti separati dove raccoglieva i viaggiatori in Etiopia o in Sudan, aveva veicoli atti al trasporto di numerose persone, centri dove le tratteneva sino al pagamento, che contenevano sino a cinquecento migranti, grandi barconi per trasferire centinaia di persone alla volta, guardie che controllavano tutti i trasferimenti ed i campi di raccolta, numerose armi di cui dotare i sorveglianti)».

L'imputato, anch'egli migrante dalla Somalia, partecipava alla gestione dei campi con compiti di sorvegliante dei suoi connazionali sequestrati.

La Corte di assise ha ritenuto di escludere la configurabilità a favore dell'imputato dell'esimente di cui all'art. 54 cp, con un'argomentazione di duplice portata.

Non solo, infatti, manca, per la sussistenza dello stato di necessità invocato alla difesa, la necessità di sottrarsi a morte certa, che asseritamente sarebbe derivata dall'impossibilità di pagare il viaggio: ma la natura delle condotte dell'imputato eccede largamente quanto eventualmente il suo ruolo di *gestore* dei connazionali gli avrebbe imposto: le condotte tenute nei confronti delle persone offese «risultano così gravi, così arbitrarie, così diversificate e reiterate da rivelare che l'imputato le aveva poste in essere esorbitando volutamente dal compito di mantenere l'ordine nel campo e di assicurare il pagamento della somma richiesta dall'organizzazione».

Arbitrarietà, imprevedibilità e atipicità delle *condotte sanzionate* e delle *sanzioni* inflitte costituiscono elementi che caratterizzano gli universi concentrazionari: in questo contesto le azioni dei singoli detentori di un potere coercitivo interno finiscono con l'eccedere il contenuto di eventuali singoli ordini dettati dai "capi": nel caso di specie, come pure chiarisce la Corte di assise, le condotte dell'imputato risultavano caratterizzate da crudeltà gratuita e neppure erano cessate dopo il pagamento delle somme[7].

La natura della privazione di libertà che integra il sequestro di persona non è quella monopersonale ricorrente nella giurisprudenza in materia, bensì quella derivante dalla strutturazione dei campi di raccolta

286 del 1998 laddove l'ingresso nel territorio dello Stato sia avvenuto nell'ambito di un'attività di soccorso.

5. Nell'ampia giurisprudenza di legittimità sul punto si richiamano, su temi costituenti possibile corollario delle ampie argomentazioni contenute nella sentenza della Corte di assise: Cass. II, n. 43278 del 24 settembre – 27 ottobre 2015 (in ordine alle testimonianze delle persone offese, con citazione della pregressa giurisprudenza); Cass. I, n. 34473 del 27 maggio – 6 agosto 2015 (nella quale si afferma che, in tema di valutazione di una pluralità di prove testimoniali concernenti un medesimo fatto, la valenza probatoria delle dichiarazioni non è compromessa dal fatto che una o più circostanze siano riferite da alcuni testimoni e non da altri: nel caso di specie, peraltro, con riferimento a unico evento).

6. Nella motivazione si considera la portata delle narrazioni, che, nel perimetro degli artt. 194 e 499, primo comma, cpp, risultano necessariamente più espressive rispetto al canone dei "fatti specifici" senza peraltro contraddirlo, precisando dunque che «la particolarità e drammaticità della vicenda che si è delineata attraverso le testimonianze di tutte le parti lese ha fatto ritenere necessario non limitarsi a presentare una sintesi delle stesse, ma procedere a riportare sugli argomenti più importanti le loro diverse esperienze e conoscenze».

7. La sindrome del *Kapò* si coglie nelle parole riferite nelle testimonianze: «ripeteva spesso: "posso uccidere quando voglio e come voglio, posso fare quello che voglio"»; «io non sono somalo, non sono musulmano, io sono il vostro padrone».

come strutture detentive particolarmente afflittive: il campo di Bani Walid «era dotato di un grandissimo hangar all'interno nel quale venivano tenute recluse circa 500 persone. Intorno a questo capannone c'era un cortile sorvegliato da uomini libici armati di fucili, rinchiuso a sua volta da mura di cinta. I migranti dormivano tutti insieme, uomini e donne, nel capannone ed erano così ammassati che non c'era neanche lo spazio per muoversi [...] L'hangar non era areato, le condizioni igieniche erano del tutto scadenti, c'erano pidocchi ovunque, molti migranti soffrivano di malattie della pelle. Non potevano lavarsi, il cibo fornito era scarso. La notte il capannone veniva chiuso dall'esterno con un lucchetto e da quel momento veniva negato anche l'accesso ai due bagni che si trovavano subito fuori dal capannone ma sempre all'interno delle mura».

Quanto all'elemento estorsivo, non solo la prestazione di denaro era illecitamente imposta come corrispettivo per la liberazione ma essa era anche condizione per la cessazione - comunque arbitrariamente deliberata dall'imputato – delle violenze.

Del resto le testimonianze danno conto di un attenuazione delle restrizioni e delle vessazioni nel campo di Sabratha, dove le persone venivano trasferite dopo avere pagato le somme richieste.

La Corte ha ritenuto che i tredici omicidi contestati e accertati rappresentino elementi costitutivi della fattispecie aggravata di cui all'art. 630, terzo comma, cp («se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo») ascrivibili all'imputato in alcuni casi a titolo di dolo diretto, in altri a titolo di dolo eventuale: ciò su una base non meramente deduttiva ma sostenuta invece da quello che viene definito, in sintesi, come il suo «generale comportamento» nei confronti dei prigioneri, il suo «abituale atteggiamento di spregio [...] per la vita dei migranti»: in un contesto di funzionalità delle morti effettivamente verificatesi al *sistema di governo* dei campi.

3. In particolare: l'identificazione delle persone offese

Si collocano dunque in questo contesto l'accertamento della pluralità di violenze sessuali e di morti cagionate, e la circostanza della identificazione solo parziale della pluralità di persone offese.

In ambito processuale penale essa rileva ai fini della determinatezza dell'accusa, della correlazione tra accusa e sentenza ed eventualmente del divieto di *bis in idem*.

La sentenza affronta il tema della specificità della formulazione dei capi di imputazione al fine di sviluppare la motivazione sull'insieme delle questioni poste dalla non specifica identificazione di tutte le persone offese.

È richiamato l'art. 417, lettera a), cpp che prevede espressamente che la richiesta di rinvio a giudizio contenga le generalità della persona offesa dal reato «qualora ne sia possibile l'identificazione»; analogamente, per il decreto che dispone il giudizio, l'art. 429, primo comma, lettera b), cpp prevede «l'indicazione della persona offesa dal reato qualora risulti identificata».

È contenuto nella sentenza un interessante riferimento all'art. 7 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale[8] che in talune delle fattispecie di crimini contro l'umanità fa riferimento a gruppi, collettività, popolazioni e dunque a vittime anche non singolarmente individuate.

Il tema della pluralità di persone offese non singolarmente individuate si pone con evidenza non solo sul fronte della violazione dei diritti umani in situazioni di conflitto o di attacco a popolazioni civili ma anche per quanto riguarda i *corporate crimes* che comportano talora forme di vittimizzazione di natura collettiva e anche transnazionale[9]; ed è destinato a diventare centrale nel diritto penale e processuale penale contemporaneo.

Sulla seconda questione, la correlazione tra accusa e sentenza, a fronte dell'articolazione delle impu-

8. Approvato nel 1998 ed entrato in vigore nel 2002, dopo la sessantesima ratifica; l'art. 7, primo comma, recita: «Ai fini del presente Statuto, per crimine contro l'umanità s'intende uno degli atti di seguito elencati, se commesso nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco: a) omicidio; b) sterminio; c) riduzione in schiavitù; d) deportazione o trasferimento forzato della popolazione; e) imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale; f) tortura; g) stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità; h) persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, inspirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale ai sensi del paragrafo 3, o da altre ragioni universalmente riconosciute come non permissibili ai sensi del diritto internazionale, collegate ad atti preveduti dalle disposizioni del presente paragrafo o a crimini di competenza della Corte; i) sparizione forzata delle persone; j) apartheid; k) altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale».

9. La questione rileva anche per l'attuazione della Direttiva europea 2012/29/Ue (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato); è affrontata nell'ambito del progetto europeo *Victims and Corporations. Implementation of Directive 2012/29/Ue for victims of corporate crimes and corporate crimes and corporate violence*, coordinato dal "Centro studi Federico Stella sulla giustizia penale e la politica criminale" (http://centridiricerca.unicatt.it/csgp-centro-studi-federico-stella-sulla-giustizia-penale-e-la-politica-victims-and-corporations) ed è stata oggetto del corso straordinario della Ssm – partner del progetto europeo - svoltosi a Scandicci dal 25 al 27 ottobre 2017 (www.scuolamagistratura.it/component/phocadownload/category/753-fpfp17003.html).

tazioni non si evidenziano in questo caso criticità[10]: si deve infatti considerare l'accurata "misura" della formulazione delle imputazioni – come detto utilmente modificate in corso di dibattimento – che traducono la distruzione di integrità e identità tipica dell'istituzione concentrazionaria in termini coerenti rispetto ai delitti di omicidio, in cui le vittime sono rimaste non singolarmente identificate («numerosi cittadini somali non identificati sequestrati nel campo di Bani Walid») e ai delitti di violenza sessuale («alcune decine di cittadine somale sequestrate all'interno del campo di Bani Walid e tra queste» le vittime identificate e presenti nel processo) in cui alcune delle vittime non sono state singolarmente identificate.

In un passaggio della sentenza la questione della mancata individuazione dell'identità dei profughi su cui ha inciso l'azione dell'imputato viene riportata al rispetto del diritto di difesa osservando che le condotte «sono state illustrate e specificate dai testi nei loro estremi oggettivi in modo tanto chiaro e circostanziato da permettere all'imputato di poterle efficacemente smentire» e quindi di difendersi.

Si tratta di una visione tradizionale della valenza del principio di correlazione tra accusa e sentenza, che una recente e significativa elaborazione dottrinale tende invece a ricondurre alla corretta distinzione tra funzioni di accusa e di giudizio, essendo impedito al giudice di pronunciarsi su un oggetto che il pubblico ministero non abbia posto formalmente come tale mediante l'atto di esercizio dell'azione penale o un'eventuale modifica dell'accusa in corso di dibattimento[11].

Nel caso di specie il riferimento alla pluralità di persone offese non identificate delinea correttamente l'oggetto del processo anche in questa prospettiva laddove si consideri che le morti di migranti rimasti senza nome e le violenze sessuali in danno di migranti rimaste senza nome sono circostanziate in termini di tempo, luogo e modalità e in questo perimetro hanno trovato il riscontro probatorio di cui s'è detto.

La terza questione risulta traslata agli effetti del passaggio in giudicato della sentenza: dovendosi in prospettiva valutare quale sarà il grado di copertura del passaggio in giudicato della sentenza rispetto ad un eventuale *bis in idem*.

Un passo motivazionale è dedicato a questo tema, laddove si afferma che «l'indicazione generica delle vittime non risulta pregiudizievole per l'imputato neppure sotto il profilo del *ne bis in idem*» e si cita Cass., VI, n. 5092 del 30-31 gennaio 2014.

La pronuncia di legittimità aveva ad oggetto un mandato di arresto europeo e ha dovuto porre a confronto una sentenza rumena ed una italiana, annullando la sentenza con la quale era stata disposta la consegna alle autorità rumene dell'imputato: ha ritenuto configurabile il motivo ostativo basato sull'ipotesi disciplinata dall'art. 18, lett. m), della L. n. 69/2005, poiché «occorre avere riguardo al criterio della identità sostanziale dei fatti oggetto dei relativi procedimenti»; in particolare, per quanto può rilevare anche per i fatti giudicati dalla Corte di assise di Milano, afferma la Cassazione che non è necessario «per l'operatività del divieto di doppio giudizio che anche la vittima sia la stessa, come, a mero titolo esemplificativo, può accadere nell'ipotesi in cui il reo, con la propria condotta, arrechi danno ad una pluralità di persone e venga per ciò condannato: pur non interferendo in alcun modo, tale evenienza, con la possibilità del danneggiato che non abbia preso parte al processo penale di promuovere l'azione per chiedere il risarcimento del danno dinanzi al giudice civile, deve ritenersi che il divieto di un nuovo processo sul medesimo fatto resta fermo, quand'anche il nominativo di una delle vittime non sia stato mai menzionato nel giudizio».

La condivisibile posizione di maggior tutela per il condannato, fondata su un richiamo esteso a norme e principi nazionali e sovranazionali, fatta propria, sia pure in sintesi e in prospettiva, dalla Corte di assise, porta a ritenere che a fronte di nuove acquisizioni investigative che svelino altri fatti illeciti della medesima natura attribuibili al condannato – in particolare: morti o violenze sessuali – si potrà procedere solo individuando quale elemento positivo la novità delle persone offese, non riconducibili in alcun modo al perimetro del primo giudizio, e dunque soggetti diversi da quelli, sia pure non identificati, la cui vicenda è stata esaminata in tale giudizio.

Ciò detto a proposito degli effetti della mancata identificazione di una serie di vittime, deve essere,

10. Peraltro la giurisprudenza di legittimità si è spinta a ritenere che non violi il principio di correlazione tra contestazione e sentenza la mancata identificazione della persona offesa in quella indicata nel capo di imputazione, ove restino immutati tutti gli altri elementi essenziali e circostanziali del fatto contestato (Cass. I, n. 48421 del 19 giugno – 4 dicembre 2013).

11. Stefano Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, Pacini Giuridica, 2018; da questo inquadramento deriva, tra l'altro, la valorizzazione della «fattispecie di correlazione tra accusa e sentenza» che colloca la verifica del rispetto del principio tra i presupposti del decidere: dunque «qualora la verifica – avente per oggetto [...] il rapporto identitario che deve portare l'imputazione contestata dall'accusa a coincidere con quella che il giudice ritiene effettivamente emergere dal compendio probatorio frutto dell'istruzione dibattimentale – dia esito negativo, in luogo della fattispecie costitutiva del dovere di pronunciarsi sull'oggetto sostanziale del processo, se ne realizza una speculare, consistente nel divieto di provvedere su di esso e nel collegato obbligo di definire il procedimento con una pronuncia in rito che accerti l'ostacolo" (op. cit., p. 17): precisamente l'ordinanza di cui all'art. 521, secondo comma, cpp.

in positivo, evidenziata la particolare qualità delle indagini svolte per l'identificazione delle numerose vittime entrate nominativamente nel processo con le proprie identità e testimonianze, di cui la sentenza dà conto.

Può accadere, nella prassi, che la difficile individuazione di persone offese o testimoni stranieri presenti in maniera irregolare sul territorio nazionale scoraggi la prosecuzione di indagini. Non così in questo caso: come si legge nella motivazione, sono state superate le difficoltà oggettive prodotte dalle imprecisioni nelle registrazioni iniziali dei migranti e sono stati sottoposti alle prime vittime identificate gli elenchi dei profughi sbarcati insieme a loro (circa novecento), ricostruendo progressivamente e analiticamente le affinità e i percorsi utili a identificare numerose altre persone che nei campi libici avevano assistito ai fatti oggetto di indagine e li avevano subiti.

4. Giurisdizione e rottura dell'istituzione concentrazionaria

L'avere affrontato e risolto le questioni giuridiche di cui sopra si è dato sintetico conto non solo rileva per la compiutezza argomentativa della motivazione ma, insieme alla descrizione dei fatti e alla loro efficace contestualizzazione, rappresenta una forma di *rottura dell'istituzione concentrazionaria* che ciascuno dei campi di raccolta libici oggetto di esame nella sentenza rappresenta.

L'idea di *universo concentrazionario*, che talora viene fatta coincidere con i *sistemi concentrazionari*, designa forme organizzate ed estese di detenzione non giudiziaria per categorie, generalmente frutto di scelte statuali; la situazione libica e, in particolare, quella dei campi di raccolta oggetto della sentenza della Corte di assise, non rientra in una pianificazione di questo tipo: peraltro la *modalità* concentrazionaria può essere declinata anche in relazione a una singola *istituzione* – entità o struttura – caratterizzata dalla mancanza di visibilità e possibilità di controllo dall'esterno delle condizioni dei detenuti e, all'interno, da forme di dominio fisico o psicologico su di essi eccedenti la semplice privazione della libertà[12].

È «il laboratorio in cui si vuole inverare l'affermazione secondo cui "tutto è possibile" [...] l'universo concentrazionario serve a dimostrare che l'essere umano può essere ridotto ad un fascio di reazioni e la sua volontà, personalità e libertà possono venire completamente annullate»[13].

La modalità concentrazionaria esige per il proprio mantenimento la persistente estraneità di ogni possibilità di verifica esterna delle condizioni in cui si svolge la vita all'interno, ad eccezione di quelle funzionali al suo stesso mantenimento.

La sentenza della Corte di assise di Milano, senza esorbitare dall'oggetto del processo, ci restituisce elementi di consapevolezza dell'esistenza di forme di destrutturazione dell'integrità della persona il cui contenuto lesivo va al di là della tipicità penale delle singole condotte accertate.

Quell'istituzione concentrazionaria è esplorata (e per ciò stesso rotta) dalla giurisdizione.

I fatti accertati arrivano all'agosto del 2016. Non era evidentemente oggetto della sentenza il quesito – centrale, invece, per la sorte dei diritti umani – di quale sia stata l'evoluzione successiva nel rapporto tra «campi di raccolta privati» (i campi di concentramento di cui si occupa la sentenza) e «campi statali» in Libia; ci limitiamo in questa sede al rinvio ad un recente documento dell'Onu[14] che evidenzia la persistente criticità della situazione.

Peraltro la stessa sentenza della Corte di assise, in un passaggio relativo alle vicende di una delle vittime ha occasione di esprimersi a proposito dell'"approccio" ai migranti da parte di pubblici ufficiali libici: «in un altro campo [...] era rimasta per circa un mese, fino a quando era intervenuta la Polizia libica che aveva arrestato tutti, sia i migranti, sia i guardiani. Era rimasta in prigione per tre mesi e qui era stata picchiata e violentata da una decina di poliziotti»[15].

---

12. Un elemento solo eventuale è il lavoro forzato, che nei campi di concentramento nazionalsocialisti rappresentava anche una forma di "annientamento attraverso il lavoro" e che quantomeno nel campo di Bani Walid, nel passaggio della sentenza che se ne occupa, appare invece come una forma di utilizzo produttivo dei prigionieri per l'ampliamento delle strutture di detenzione («in genere lavoravano alla costruzione di altri capannoni nel perimetro del campo»).

13. Così Simona Forti, esaminando il pensiero di Hannah Arendt (*Hannah Arendt tra filosofia e politica*, Bruno Mondadori, 2006, p. 7)

14. United Nations, Security Council, *Report of the Secretary-General on the United Nations Support Mission in Libya*, 12 February 2018: «Migrants were subjected to arbitrary detention and torture, including rape and other forms of sexual violence, abduction for ransom, extortion, forced labour and unlawful killings. Perpetrators included State officials, armed groups, smugglers, traffickers and criminal gangs [...] UNSMIL [United Nations Support Mission in Libya] visited four detention centres overseen by the Department for Combating Illegal Migration, and observed severe overcrowding and appalling hygiene conditions. Detainees were malnourished and had limited or no access to medical care» (p. 14).

15. «*Migrant women and girls were subjected to rape, forced prostitution and other forms of sexual violence at the hands of State officials, members of armed groups, smugglers and traffickers*» (United Nations, Security Council, *Report* cit., p. 9).

La rottura dell'istituzione concentrazionaria mediante l'intervento di una giurisdizione nazionale diversa da quella del luogo in cui le vicende si verificano è certamente significativa ma non può avere effetti persistenti: il passaggio dalla rottura al superamento può avvenire per il tramite di una recuperata capacità delle strutture statuali libiche ovvero di un intervento delle istanze di legalità internazionale.

La sentenza della Corte d'assise di Milano, peraltro, oltre a quanto si è sin qui detto, ha cristallizzato in sede giudiziaria il contenuto spesso disumano dei viaggi dei migranti nella loro interezza, a fronte di uno squilibrio, nell'informazione sul fenomeno delle migrazioni dall'Africa, verso la sola frazione finale, pur drammatica, della navigazione nel Mediterraneo.

Non può essere dimenticato un modo d'essere dell'immigrazione gestita da organizzazioni criminali irriducibile alle sole fattispecie di cui all'art. 12 del d.lgs n. 286/1998 – pure accertate nelle loro forme di manifestazione più gravi – ma che, ancora nel nostro tempo, alimenta mondi di "sommersi e salvati": i *Kapò*, i *Blockältester* «individui particolarmente spietati, vigorosi, inumani», che Primo Levi colloca tra i «salvati»: e dall'altra parte, in quei mondi, i «sommersi che non hanno storia».

Gli autori

Maria Acierno, consigliere della Corte di cassazione

Silvia Albano, giudice della sezione protezione internazionale del Tribunale di Roma

Giuseppe Battarino, magistrato collaboratore della Commissione parlamentare d'inchiesta sulle ecomafie

Marco Benvenuti, associato di istituzioni di diritto pubblico, Sapienza, Università degli studi di Roma, titolare del modulo "Jean Monnet" della Commissione europea "Comprehending european citizenship and immigration law"

Luciana Breggia, presidente della sezione protezione internazionale del Tribunale di Firenze

Stefano Celentano, giudice del Tribunale di Napoli

Angelo Danilo De Santis, associato di diritto processuale civile, Università di Roma Tre

Chiara Favilli, associato di diritto dell'Unione europea, Università di Firenze

Martina Flamini, giudice della sezione protezione internazionale del Tribunale di Milano

Fabrizio Gallo, presidente della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Crotone

Maria Grazia Giammarinaro, magistrato, *rapporteur* speciale dell'Onu sulla tratta di persone, in particolare donne e minori

Monia Giovannetti, responsabile dipartimento studi e ricerche, Cittalia, Fondazione Anci

Luca Masera, associato di diritto penale, Università di Brescia, componente Comitato scientifico *Questione Giustizia*

Luca Minniti, giudice della sezione protezione internazionale del Tribunale di Firenze

Paolo Morozzo della Rocca, ordinario di diritto privato, Università di Urbino

Enrica Rigo, associata di filosofia del diritto, Università Roma 3

Renato Rordorf, già primo presidente aggiunto della Corte di cassazione; direttore di *Questione Giustizia*

Emilio Santoro, ordinario di filosofia e sociologia del diritto, Università di Firenze; Direttore de "L'altro diritto, Centro interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni"

Alessandra Sciurba, Cledu, Clinica legale per i Diritti umani, Università di Palermo

Fulvio Vassallo Paleologo, avvocato, già docente di diritto di asilo, Università di Palermo

Maurizio Veglio, avvocato del Foro di Torino

Nazzarena Zorzella, avvocato del Foro di Bologna