

Procedura di riconoscimento della protezione internazionale, richiedenti asilo vulnerabili e detenzione amministrativa

Seminario giuridico organizzato dal Consiglio Italiano per i Rifugiati

Roma, 21 e 22 novembre 2017

Sede: Cassa Forense, Via Ennio Quirino Visconti, n. 8

Sala Seminari – Primo piano

Martedì, 21 novembre

Quadro normativo e giurisprudenziale della protezione dei richiedenti asilo

Lucia Tria

Quadro giuridico di protezione dei richiedenti asilo secondo il regime internazionale e ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo

SOMMARIO: Premessa. 1.- Il nuovo sistema di relazioni internazionali nato dopo la fine della seconda guerra mondiale e i suoi frutti. 2.- La condizione degli immigrati: banco di prova delle democrazie contemporanee. 3.- Il “super-principio” della pari dignità di tutte le persone. 4.- Sviluppare una cultura comune per evitare il declino dell’Europa e dei suoi valori fondanti. 5.- Il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni. 6.- La fase dell’arrivo nel territorio nazionale. 7.- In particolare: le violazioni del diritto ad un “ricorso effettivo”. 8.- Altre questioni critiche. 9.- Migranti “forzati” e migranti “economici”. 10.- Migranti e “golden migrants”. 11.- La persistente molteplicità di giurisdizioni nella tutela degli stranieri extracomunitari. 12.- La protezione dei migranti “forzati” in Italia. 13.- I permessi per motivi umanitari. 14.- Presupposti sostanziali per il riconoscimento della protezione umanitaria e conseguente soluzione delle relative questioni di giurisdizione. 15.- Criticità del sistema delle quote. 16.- Orientamenti della giurisprudenza di merito in materia di protezione umanitaria. 17.- Conclusioni.

Premessa.

Per chi come me ha dedicato e dedica la propria vita professionale all’applicazione del diritto, affrontare il tema del “quadro giuridico della protezione per i richiedenti asilo” dopo che – con il noto reportage della CNN – sono stati diffusi in tutto il mondo gli esiti raccapriccianti degli accordi tra il nostro Governo e quello libico – e quindi nessuno in Europa e in Italia può più dire di ignorare che sull’altra sponda del mare Mediterraneo si vendono schiavi a 400 euro l’uno – da un lato è molto “imbarazzante” ma, d’altra parte, può servire a trasmettere subito quel senso di scollamento tra proclamazione dei diritti e prassi che da tempo si avverte nella materia dell’immigrazione.

A tale ultimo riguardo, basta pensare che il nostro continente, da sempre conosciuto come la “culla del diritto” – che ha avuto un ruolo da protagonista nella costituzione dell’ONU, della UE con la sua Corte di Giustizia e del Consiglio d’Europa con la sua Corte di Strasburgo – è arrivato a generare, in materia di immigrazione, una politica “disumana”, secondo la definizione dell’Alto commissario Onu per i diritti umani, Zeid Raad al-Husseini.

Tutto questo, credo, debba portarci, come “**società civile**” a fare da pungolo esterno ai processi decisionali, in senso stretto, onde sollecitare scelte che siano ispirate al fondamentale valore dell’uguale dignità di tutte le persone, ponendo al centro dell’attenzione la **qualità del lavoro e la tutela della salute**, come da tempo ci chiede l’ONU.

Ma penso debba anche portare, ciascuno di noi a fare della difesa della pari dignità di tutti gli esseri umani un proprio impegno civile e sociale – in applicazione dell’art. 4, secondo comma, Cost. (oltre che del Codice deontologico degli Avvocati europei) – non solo nella nostra attività professionale, ma anche nella vita di ogni giorno.

Per fare questo e riuscire ad ottenere dei sistemi di accoglienza dignitosi in Europa e in Italia – parafrasando quel che diceva Giovanni Falcone, per la lotta contro la mafia – non sono necessari gesti eroici, ma è sufficiente il “duro, faticoso e umile lavoro di tutti i giorni.

Per cercare di dare un contributo al raggiungimento di questo obiettivo, passo subito alla trattazione del tema della mia relazione.

1.- Il nuovo sistema di relazioni internazionali nato dopo la fine delle seconda guerra mondiale e i suoi frutti.

Quando si parla di “**statuto giuridico**” degli stranieri in Europa ci si riferisce principalmente a quelle situazioni e condizioni riconosciute agli stranieri in base alla **politica dell'immigrazione che si è sviluppata nel corso degli anni** sia nell'ambito della UE sia nell'ambito del sistema del Consiglio d'Europa e quindi tra i Paesi aderenti alla CEDU¹.

Tale cammino è partito da una situazione in cui in gran parte dei Paesi europei le uniche forme giuridicamente disciplinate di protezione internazionale erano rappresentate da: 1) il **diritto di asilo**; 2) lo **status di rifugiato** (indefettibilmente collegato all'accertamento di un fondato *fumus persecutionis* nel Paese di provenienza).

Da tali premesse si è giunti **all'assetto attuale** in cui, oltre alla situazione del richiedente asilo e allo *status* di rifugiato, sono considerate meritevoli di protezione in ambito internazionale o nazionale ulteriori situazioni — cioè oltre alla protezione sussidiaria, la protezione umanitaria nonché la protezione temporanea, legata ad eccezionali ipotesi di esodi di massa (dovuti a disastri naturali, calamità, rivolgimenti politici violenti e così via) — che danno diritto ad ottenere permessi di soggiorno (di diverso contenuto e di differente validità), pur non presupponendo la sussistenza dei requisiti previsti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, in base all'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951.

Questa evoluzione, che prioritariamente si è avuta al livello europeo, naturalmente si è tradotta in **importanti modifiche delle normative dei singoli Stati** — e quindi anche di quella italiana — che però attualmente appaiono caratterizzate da notevoli chiaroscuri e contraddizioni, visto che, come è stato rilevato da autorevole dottrina, in molti Paesi europei — compreso il nostro — la politica nei confronti degli stranieri sembra essere dominata dall'ostile “ossimoro allontanamento/trattenimento” nei Centri di permanenza.

¹ Per eventuali ulteriori approfondimenti sugli argomenti trattati nella presente relazione vedi: L. TRIA, *Stranieri extracomunitari e apolidi: la tutela dei diritti civili e politici*, Ed. Giuffrè, Milano, 2013, 778 pagine

Comunque, per apprezzare e anche eventualmente per criticare in modo più consapevole e proficuo i recenti sviluppi della vicenda può essere utile **ricordare brevemente i suoi esordi** che risalgono agli anni immediatamente successivi alla fine della seconda guerra mondiale.

In quel periodo attraverso l'istituzione dell'**Organizzazione delle Nazioni Unite**, si è proceduto alla proclamazione, da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite (in un momento in cui l'Italia non aveva ancora dato la propria adesione all'ONU, cosa che avverrà il 14 dicembre 1955) della **Dichiarazione universale dei diritti umani**.

A tale Dichiarazione hanno fatto espresso riferimento le quasi coeve: 1) istituzione del **Consiglio d'Europa** (con la conseguente elaborazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali-d'ora in poi: CEDU), aperta alla firma a Roma il 4 novembre 1950 (entrata in vigore, in ambito internazionale, nel settembre 1953, ratificata e resa esecutiva in Italia, insieme con il suo I Protocollo addizionale, con legge 4 agosto 1955, n. 848, entrata in vigore il 26 ottobre 1955); 2) adozione del **famoso "piano Schuman"** pubblicato il 9 maggio 1950, con cui venne dato l'avvio alla realizzazione di quella che oggi chiamiamo Unione europea.

Non va dimenticato che alla base di tutta la nuova e complessa costruzione delle relazioni internazionali cui, nel suddetto modo, si diede vita vi era esplicitamente o implicitamente la proclamazione del **principio della pari dignità e dell'uguale valore di tutte le persone umane**, senza distinzioni e, quindi, naturalmente anche del **principio dell'accoglienza nei confronti dei rifugiati**, ovviamente molto numerosi dopo un conflitto così atroce, pur se appartenenti a gruppi etnici, sociali e religiosi diversi da quelli interessati dalle attuali migrazioni. Ciò portò all'istituzione, il 14 dicembre 1950, dell'**Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati (d'ora in poi: UNHCR)**, come organismo operante sotto l'autorità dell'Assemblea Generale ONU con funzioni di **"protezione internazionale"**, intesa — secondo il relativo statuto — come mancanza di protezione diplomatica, di cui soffrono i rifugiati perché, trovandosi all'estero privi delle garanzie normalmente legate alla presenza in un territorio e non avendo alle spalle uno Stato competente a difenderne gli interessi, possono trovarsi in condizione di soggezione rispetto ad **abusi da parte dello Stato straniero**.

Poco dopo, il 28 luglio 1951, sempre in ambito ONU, venne **firmata a Ginevra la Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati**, che tuttora rappresenta un testo fondamentale nella materia soprattutto dopo che — con il **Protocollo relativo allo statuto dei rifugiati adottato a New York il 31 gennaio 1967** (la cui ratifica è stata autorizzata in Italia con la legge 14 febbraio 1970, n. 95) — sono venuti meno tutti i possibili dubbi in merito ai limiti temporali e geografici della relativa applicazione. Quindi, sempre nello stesso contesto, il 28 settembre 1954 fu anche firmata la **Convenzione relativa allo status degli apolidi** (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 1° febbraio 1962, n. 306), la cui situazione, come si è detto e come è facile intuire, è particolarmente critica e non è neppure così rara, come si dirà in seguito.

I Costituenti italiani furono molto sensibili a quanto stava accadendo in ambito internazionale ed europeo tanto è vero che posero, tra i principi fondamentali cui è ispirata la

nostra Carta costituzionale, quello **c.d. internazionalista**, principalmente consacrato, secondo l'impostazione originaria, negli articoli 7, 10 e 11, cui si è aggiunto l'art. 117, primo comma, nuovo testo, per effetto della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione).

Nel terzo comma del suddetto **art. 10** si prevede, come si è accennato, una norma di **tutela del diritto di asilo** secondo la quale: « lo straniero al quale sia impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge ».

D'altra parte, l'**art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani** riconosce ad ogni individuo « il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni».

Anche la **Convenzione di Ginevra del 1951** (ratificata con legge 24 luglio 1954, n. 722 e concretamente attuata con il decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39 e con il relativo regolamento di attuazione, di cui al d.P.R. 15 maggio 1990, n. 136, poi successivamente modificati) prevede il riconoscimento del suddetto diritto, sempre nell'ottica del *fumus persecutionis*, propria della Dichiarazione universale ONU, ma con la precisa idea di far coincidere il diritto di asilo con quello ad essere riconosciuto rifugiato politico, nel suddetto ambito.

Pure l'**art. 3 della CEDU** — benché non si riferisca espressamente al diritto di asilo, quanto piuttosto alla proibizione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti — viene costantemente applicato dalla Corte di Strasburgo anche per tutelare il diritto di asilo dei singoli individui, in modo sempre più incisivo nel corso degli anni.

La stessa Corte di Strasburgo, in materia di immigrazione, ha precisato più volte che né la Convenzione né i Protocolli prevedono un divieto generale di espulsione nei confronti di stranieri o apolidi e che l'unica disposizione contenente una protezione espressa contro un allontanamento forzato dal territorio nazionale è l'**art. 3 del Protocollo n. 4, che al § 1 proibisce l'espulsione di cittadini**.

Peraltro, ciò non ha impedito alla Corte europea di rilevare che le decisioni degli Stati in materia di immigrazione possano, in certi casi, costituire una **ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 § 1 CEDU**, ovvero di rilevare violazioni anche dell'**art. 13 della stessa Convenzione** o addirittura di fare riferimento all'**art. 4 del Protocollo n. 4 che sancisce il divieto delle espulsioni collettive** di stranieri, come è accaduto per la condanna dell'Italia per i respingimenti in mare verso la Libia e verso la Tunisia, di cui si dirà più avanti.

Alle stesse situazioni prese in considerazione dal suddetto art. 3 CEDU si riferisce anche l'**art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**, in base al quale: « nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti ».

L'**art. 18 della stessa Carta**, invece, è espressamente dedicato al diritto di asilo e prevede che tale diritto:«è 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, e a norma del Trattato che istituisce la Comunità europea». Tale articolo deve essere posto in relazione al **successivo art. 19** che, dopo aver prescritto il **divieto di espulsioni collettive**, sancisce il **principio di non refoulement** (cioè: di non respingimento), stabilendo che: «nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti ».

Va, inoltre, ricordato che l'11 febbraio 1989 — in seguito a ratifica autorizzata con legge 3 novembre 1988, n. 498 — è entrata in vigore in Italia la **Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti**, adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1984, mentre, quasi contemporaneamente, con legge 2 gennaio 1989, n. 7 e poi con legge 15 dicembre 1998, n. 467 sono stati ratificati, rispettivamente, la **Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti adottata a Strasburgo** (nell'ambito del Consiglio d'Europa) il 4 novembre 1993 e i **relativi Protocolli n. 1 e n. 2**.

Purtroppo, però, **l'Italia, in più di una occasione, è stata specificamente condannata**, nelle competenti sedi internazionali, per violazioni del divieto inderogabile di tortura sancito dalle suddette e da altre Convenzioni e solo di recente – con la legge 14 luglio 2017, n. 110 – ha introdotto nell'ordinamento nazionale il delitto di tortura, ma con un testo molto diverso da quello presentato inizialmente dal Senatore Luigi Manconi, che è stato criticato da diverse associazioni che si occupano di tortura, dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Nils Miuznieks, e dallo stesso Manconi perché rischia di comportare, nei fatti, l'inapplicabilità della nuova legge.

2.- La condizione degli immigrati: banco di prova delle democrazie contemporanee.

Il tema delle procedure per il riconoscimento della protezione dei richiedenti asilo in Italia e in Europa è molto vasto.

In questa sede cercherò di tratteggiarne i contorni in modo da fornire gli strumenti di base per poter analizzare le numerose decisioni giurisdizionali – nazionali e delle Corti europee – in materia di qualifiche per la protezione internazionale e umanitaria, tanto più che sia la Corte di Strasburgo sia la Corte di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale per pervenire alle rispettive decisioni usato il metodo proprio degli ordinamenti di common law ed anche i giudici nazionali non possono che può seguire lo stesso metodo diverso per interpretare le decisioni stesse.

Sicché, nell'effettuare tale operazione in controversie in materia di diritti umani i giudici europei sono chiamati principalmente a tenere conto di tutti gli elementi della fattispecie concreta ed effettuare, caso per caso, un equo bilanciamento tra principi o diritti fondamentali, che comporta l'istituzione in sede giudiziale di “una gerarchia assiologica mobile” tra i due principi o diritti fondamentali confliggenti”, cioè di una relazione di valore istituita non dalle fonti, ma soggettivamente dall'interprete, il cui esito consiste nell'accordare, in via ermeneutica, ad uno dei

due principi confliggenti un peso o valore maggiore rispetto all'altro o agli altri che pure potrebbero trovare applicazione nella fattispecie esaminata²⁻

E, quanto all'ambito della relativa applicazione, si può ricordare l'insegnamento che il grande Luigi Mengoni – sul finire del suo mandato di Giudice costituzionale³ – ci ha lasciato, secondo cui per giungere al suddetto risultato si deve avere «l'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato e in pari tempo di ridurlo là dove occorre dare spazio a nuovi punti di vista», nell'idea «non c'è nessun diritto – nemmeno i *preferred rights* o “valori supremi” – che, a partire da un determinato contesto, non possa essere limitato sulla base di un *test* comparativo con altri diritti o principi divergenti».

Detto questo, va precisato che, in linea generale, non si può parlare di questioni concernenti l'immigrazione solamente sulla base delle norme e della giurisprudenza perché un ruolo di grande rilievo hanno sia le **prassi amministrative** dei vari Paesi sia i **comportamenti dei cittadini europei** e, in particolare, dei cittadini dello Stato di possibile accoglienza.

È evidente che oggi questa premessa è ancora più valida, visto che nelle nostre città assistiamo quotidianamente a comportamenti di **xenofobia** se non addirittura di razzismo nei confronti dei migranti, specialmente nelle aree di **disagio sociale**, i cui problemi andrebbero affrontati insieme con quelli dei migranti, i quali sono per definizione soggetti “vulnerabili” per la UE.

Eppure, dal punto di vista del “quadro normativo” nei Paesi che, come il nostro hanno un ordinamento giuridico evoluto e sono membri dell'ONU, della UE e del Consiglio d'Europa, sono moltissimi gli strumenti giuridici **internazionali, sovranazionali e nazionali** a disposizione per regolare la condizione de gli immigrati e quindi prevenire i suddetti comportamenti.

E va anche ricordato che da tempo si dice che l'efficacia di tali strumenti rappresenta, in un certo senso, il **banco di prova delle democrazie contemporanee**.

Infatti, la corretta gestione delle migrazioni e dell'integrazione dei migranti è direttamente collegata con la “democrazia contemporanea”, la cui “pietra angolare” è lo Stato di diritto che, secondo la fortunata definizione di Ranelletti, è lo Stato che “si sottopone al diritto, e di questo assicura l'osservanza anche in riguardo a sé medesimo, per mezzo di apposite istituzioni”⁴.

² Sottolinea, al riguardo R. GUASTINI, , *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV, Torino, 1996, che per la soluzione dei conflitti tra principi “non è applicabile il criterio *lex superior derogat inferiori*, poiché si sta parlando di norme pari-ordinate nella gerarchia delle fonti. Neppure è applicabile il criterio *lex posterior derogat priori*, poiché i principi coinvolti sono (almeno nel caso dei principi costituzionali) statuiti da un medesimo documento normativo, e dunque coevi. Non si può applicare, infine, il criterio *lex specialis derogat generali*, perché –quando si tratti di un'antinomia del tipo eventuale –non vi è tra le classi di fattispecie disciplinate dai due principi un rapporto di genere a specie”.

³ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi* in *Ars interpretandi* 1996, 95 e ss.

⁴ O. RANELLETTI, “Principi di diritto amministrativo”, I, Napoli 1912, 142, secondo il quale lo Stato costituzionale presuppone lo Stato di diritto. Nello stesso senso già “La polizia di sicurezza, in *Primo trattato di Diritto amministrativo*”, a cura di V. E. Orlando, IV, 1.a parte, Milano 1904, 248 s.

In alcune Costituzioni, come è quelle francese del 1946, italiana del 1948, tedesca del 1949, tale tipo di Stato è **configurato come Stato “costituzionale”** (cioè più che “legale”) in quanto neanche la legge è concepita come onnipotente, essendo assoggettata ai principi fondamentali di Costituzioni “rigide”, non modificabile cioè con legge ordinaria e fonte suprema delle altre fonti del diritto.

Anche l’Unione europea ha il suo fondamento sul **principio dello Stato di diritto**, il che comporta che tutte le azioni intraprese dall’UE si basano su trattati e accordi approvati liberamente e democraticamente dai Paesi membri.

Pertanto, se un settore non è menzionato in un trattato, la Commissione non può avanzare proposte legislative in quel settore. Ma, reciprocamente, gli impegni presi con la firma dei trattati sono vincolanti nei rapporti tra i Paesi membri dell’UE.

Quindi, se in uno Stato UE si affermano **“prassi”** che sono in contrasto con i trattati perché, ad esempio, minano alla radice il principio democratico – che è un valore comune della UE, rientrando tra quelli proclamati dall’art. 2 del TUE e sui quali si basa la stessa Unione – i Trattati stessi (art. 7 del TUE e art. 354 del TFUE) forniscono alle istituzioni UE degli incisivi strumenti per garantire l’effettività dei suddetti valori fondanti.

Tali strumenti finora non sono stati mai adoperati.

Eppure, specialmente a partire dalla politica migratoria, i Paesi del cosiddetto **Gruppo di Visegrad** – ovvero l’insieme di Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia – rappresentano altrettanti freni al processo d’integrazione continentale, come del resto emerge dalla lettura della bella sentenza della Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) 6 settembre 2017 cause riunite C 643/15 e C 647/15, sulla decisione del Consiglio UE 2015/1601 istitutiva, come misura temporanea nel settore della protezione internazionale, della ricollocazione di 120.000 richiedenti una protezione internazionale, a partire dall’Italia e dalla Grecia verso gli altri Stati membri.

Infatti, prima la Repubblica ceca, l’Ungheria, la Romania e la Repubblica slovacca hanno votato contro l’adozione di tale decisione e poi la Repubblica slovacca e l’Ungheria l’hanno impugnata, con l’adesione della Polonia, assumendo linee difensive apertamente ostili alle Istituzioni UE e agli Stati beneficiari della decisione, cioè Italia e Grecia.

Va anche considerato che, specialmente nell’Ungheria di Viktor Orbàn e nella Polonia della marcia dei sessantamila dell’11 novembre scorso, simili posizioni in sede UE sono lo specchio di situazioni politiche interne che si allontanano dalle democrazie, giorno dopo giorno.

Tutto questo conferma l’esattezza di quanto sostenuto da autorevoli studiosi nel senso che lo Stato di diritto – anche costituzionale – ha fallito “nell’assicurare il legame intrinseco tra diritti e

certezza e tra diritto ed equità, sicché sembra ragionevole assumere che quantomeno alcuni necessari cambiamenti dovranno avere luogo al di fuori della sfera del diritto”⁵.

Fin dai tempi del famoso “Elogio della democrazia ateniese” di Pericle ⁶ viene affermato che un elemento fondamentale della democrazia – e quindi del **principio democratico** – è la **fiducia** che i consociati hanno nelle relazioni reciproche oltre che nei rapporti con le Istituzioni e le Pubbliche Amministrazioni.

Si dice, infatti, che l’essenza della democrazia è rappresentata dal fatto che il benessere di ciascuno è la misura del benessere dell’intero corpo sociale di appartenenza, il che vale, in base ai Trattati, anche **nei rapporti tra gli Stati UE**, a ciascuno dei quali è riconosciuta pari dignità rispetto agli altri Stati oltre a stabilirsi che i reciproci rapporti sono retti dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità.

Ma va aggiunto che affinché si crei questo circolo “virtuoso” è, in primo luogo, necessario che ognuno abbia **fiducia in sé stesso** e, per gli Stati, che i **Governi**, forti della fiducia riscossa dal corpo elettorale, con coraggio, effettuino le loro scelte perseguendo l’idea di Platone secondo la quale il politico sapiente è colui che viene liberamente scelto dai governati per prendersi cura delle loro esigenze con il ruolo di “pilota dei suoi passeggeri”, esperto nello schivare e prevenire i pericoli.

Oggi tutto questo sembra essere soltanto **un ricordo** specialmente se si considerano le reazioni avutesi nella UE davanti alla crescente crisi umanitaria provocata dall’afflusso di rifugiati provenienti da Paesi devastati dalla guerra, dalla fame e dalle calamità naturali, tanto più di fronte alla preoccupante diffusione di sentimenti e partiti euro-scettici.

Sicché, in un Sistema di asilo che non è mai diventato **realmente “comune”** – come quello chiamato Sistema europeo comune di asilo CEAS nell’acronimo inglese (Common European Asylum System) ⁷ – con l’aumento delle migrazioni verso il nostro continente, non si sono create le condizioni per superare gli **egoismi** – degli Stati e dei singoli – ma anche per combattere la logica della **“paura dell’altro”**, che alimenta sentimenti xenofobi, razzisti e antieuropeisti, che sono quelli che, a loro volta, determinano la nascita di partiti politici e movimenti che li veicolano.

E questo è da collegare ad una diminuzione nei cittadini europei – in misure diverse – della **fiducia in sé stessi e nelle Istituzioni nazionali e comunitarie**.

⁵ Vedi, sul punto: M. ROSENFELD, “Lo Stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale”, 2004 in www.dirittoequestionipubbliche.org

⁶ Si tratta del noto discorso – che viene chiamato “Elogio della democrazia ateniese” – tenuto da Pericle nell’inverno tra il 431 e il 430 a.C. in onore dei caduti ateniesi nel primo anno della guerra del Peloponneso e riportato da Tucidide, nella poderosa opera che i grammatici intitolarono “Ἱστορίαι ἢ Συγγράφη”. Sull’importanza della fiducia tra i consociati vedi: L. TRIA, “Un impegno comune per tutte le giurisdizioni: dare ai consociati fiducia nelle Pubbliche Amministrazioni”, 20 maggio 2017, “Giornate di studio sulla giustizia amministrativa”, Castello di Modanella, Rapolano Terme/Siena il 19 e 20 maggio 2017, in www.sipotra.it.

⁷ Il concetto di Sistema europeo comune di asilo fu introdotto per la prima volta nel Consiglio europeo di Tampere nel 1999, ma non ha mai avuto piena realizzazione a causa delle riluttanze degli Stati membri, che hanno portato a mantenere normative e soprattutto prassi nazionali ancora molto differenziate, pur in un quadro di principi comuni delineato dalle direttive e dai regolamenti UE, cui tutti gli Stati devono adeguarsi.

Infatti, Pericle affermava anche che: “ogni ateniese cresce sviluppando in sé una felice versatilità, la fiducia in se stesso, la prontezza a fronteggiare qualsiasi situazione; ed è per questo che la nostra città è aperta al mondo e **noi non cacciamo mai uno straniero**”.

Questo ci insegna la storia, ma si tende a non avere **memoria del passato** e ciò è emblematicamente dimostrato dagli accadimenti che si sono succeduti nel corso degli ultimi anni in Europa e in Italia – sulla scia della crisi economico-finanziaria esplosa nel 2008 – caratterizzati dalla presenza sempre più imponente, nei singoli Stati membri e nello stesso Parlamento europeo, di partiti e movimenti del tipo suinducato che fomentano le divisioni e le separazioni non solo nei confronti dei migranti provenienti da Paesi terzi, ma anche tra cittadini europei, cui i Governi degli Stati membri non hanno, nell’ambito delle varie istituzioni UE, dimostrato la forza di far prevalere il coraggio di adottare scelte “ambiziose” – pur se non condivise dalla popolazione – ma destinate a creare le premesse per superare le difficoltà e far prevalere un’avveduta solidarietà, nei reciproci rapporti e nei riguardi dei migranti.

Tutto ciò – di cui si ha triste conferma nei risultati delle recenti elezioni **politiche tedesche**, del 24 settembre 2017 – può dirsi il frutto del “sonno della ragione” e di un appannamento della memoria delle nostre radici e del patto nazionale ed europeo circa l’effettività della tutela dei diritti fondamentali, da sempre considerata il presupposto della **legittimità democratica** del «progetto europeo» e il suo tratto caratteristico in ogni settore.

Anche se ora sembra che vi siano dei timidi tentativi di cambiare rotta e che si cerchi di far soffiare nella UE nuovamente – se non un vento – almeno **una “brezza” di solidarietà**.

Questo potrebbe desumersi:

a) dalla citata sentenza 6 settembre 2017 della Grande Sezione della Corte di Giustizia (che ha escluso che Ungheria e Slovacchia possano disapplicare la disciplina UE sul ricollocamento dei migranti);

b) dall’approvazione il 19 ottobre 2017, da parte dei membri della Commissione Libertà civili, Giustizia e Affari interni (Libe) del **Parlamento europeo** – con 43 voti a favore e 16 contrari – di una proposta di trasformazione radicale del regolamento di Dublino – che però adesso deve passare il vaglio del Consiglio dell’Unione – caratterizzata dall’abbandono della norma per la quale il richiedente asilo è obbligato a presentare domanda nel primo Paese europeo d’arrivo e l’introduzione di un sistema automatico permanente di ricollocamenti tra i Paesi dell’Unione (con una drastica modifica della originaria proposta della Commissione UE).

Tuttavia, a parte i risultati della Commissione – peraltro, non definitivi e comunque non unanimi – non si manifesta in modo compatto una **reale volontà di modificare** il modo in cui pensare al futuro dell’Europa e, quindi di modificare la stessa impostazione del CEAS ed anche la Convenzione di Dublino.

Infatti, benché il tema dell’immigrazione sia tornato ad essere considerato centrale sia per tutti i singoli Paesi europei sia per l’Europa tuttavia non sembra che tutti i Governi abbiano

compreso – e che le Istituzioni UE si siano attivate in tal senso – che siamo in presenza di una sfida che mette in gioco lo **stesso ruolo del vecchio continente** nel mondo e la sua capacità di partecipare da protagonista alla ridefinizione degli equilibri globali, salvaguardando i propri interessi ma anche riscoprendo la “sua anima”, cioè i propri **nobili valori fondanti**.

Ne deriva che le – ormai consuete – “**incertezze**” **dei Governi** non consentono di superare uno dei più grandi difetti congeniti del CEAS rappresentato dal fatto che il destino dei diritti umani e/o fondamentali – dei migranti e non solo – è quello di essere più popolari se si difendono a casa degli altri che a casa propria e di questo si ha una prova lampante nell’atteggiamento che molti Stati membri hanno nei confronti dell’Italia e della Grecia, che sono geograficamente in prima linea rispetto all’immigrazione.

Infatti, molti pensano di poter dimostrare la loro “solidarietà” soltanto con aiuti economici, senza considerare che la vera questione è l’integrazione e si tratta di una questione nella quale molti Stati membri sono deficitari.

Per tutte queste ragioni, piuttosto che dai Governi molti progressi nel riconoscimento concreto dei diritti fondamentali dei migranti sono venuti dalle **Corti** sopranazionali, come la Corte EDU e la Corte di giustizia UE, nonché dalle Corti costituzionali e supreme nazionali e dei Giudici europei di ogni ordine e grado.

Ma, pur con tutti gli sforzi interpretativi che si possono fare, quel che è certo è che senza **scelte politiche coraggiose** da parte dei Governi e delle Istituzioni non si riesce a dare una risposta appagante ad una questione – quella migratoria – che certamente non è “emergenziale” e che ci accompagnerà per i prossimi decenni, tanto più che molte delle cause di tale fenomeno sono ascrivibili, direttamente o indirettamente, a comportamenti degli stessi Stati occidentali ed europei.

E queste scelte sono **da fare subito**, in quanto la loro assenza, insieme con la mancata corretta informazione sul fenomeno, hanno già determinato molti guasti.

Basta pensare che – in un clima di quasi indifferenza, mista a scarsa consapevolezza – siamo arrivati, nel giro di pochi anni, ad una situazione nella quale non solo aumentano, di minuto in minuto, le diseguaglianze e le discriminazioni, ma si stimano addirittura dai 27 milioni ai 200 milioni di **nuovi schiavi nel mondo**, di cui molti anche in Italia e in Europa, in tutti i campi, come si dirà più avanti.

Senza contare quelli che attualmente si trovano in Turchia e in Libia, come è ormai sotto gli occhi di tutti.

3.- Il “superprincipio” della pari dignità di tutte le persone.

Alla base di tutti questi comportamenti negativi nei confronti dei migranti vi è la violazione del principio della pari dignità di tutte le persone, cui può accompagnarsi, a seconda dei casi, anche la commissione di gravi reati, come accade per lo “schiavismo del terzo millennio”⁸.

Eppure riceve solenne riconoscimento nella maggior parte delle Costituzioni europee, nonché nella CEDU nel Trattato di Lisbona nella Carta dei diritti fondamentali UE (per restare in ambito europeo).

Tanto che anche la autorevole Corte costituzionale tedesca (sentenza del 9 febbraio 2010) ha qualificato come «intangibile» il «superprincipio» della tutela della dignità umana.

I nostri Padri costituenti – nell’idea che circoscrivere in una disposizione la tutela della pari dignità umana avrebbe potuto equivalere a sminuirne la portata – hanno configurato tale tutela come “valore fondante” di tutta la Carta, stabilendo, al primo comma dell’art. 1 della Carta, che «l’Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro» e creando così un profondo collegamento tra democrazia e lavoro, nel senso di configurare la questione democratica come questione del lavoro⁹ e, nello stesso tempo, di intendere il lavoro dei singoli consociati non solo come il mezzo con cui mettere a frutto i propri talenti e procurarsi un reddito, ma soprattutto come lo strumento principale per dare «un contenuto concreto» alla partecipazione del singolo alla comunità e per tutelarne la dignità.

Pertanto, nel nostro ordinamento per far vivere la democrazia è necessario favorire l’affermazione di un lavoro che sia compatibile con il modello avuto di mira dai Costituenti, cioè un lavoro diretto al benessere – materiale e spirituale – del singolo e della società e che consenta a ciascuno di coltivare le proprie aspettative personali – anche affettive – programmando, con sacrifici ma con serenità, il proprio futuro, in una condizione in cui vi sia armonia tra lo sviluppo della personalità individuale, che ha bisogno di certezze e di stabilità, e l’esperienza di vita e lavorativa.

Un lavoro che, quindi, non è solo un mezzo di sostentamento economico, ma anche una forma di accrescimento della professionalità e di affermazione dell’identità, personale e sociale, come tale tutelato dagli articoli 1, 2 e 4 Cost. (Cass. 18 giugno 2012, n. 9965).

Questo significa che, nella nostra Costituzione – così come accade in molte Carte internazionali, a cominciare dall’art. 23 della Dichiarazione universale dei diritti umani, promulgata dall’Assemblea Generale ONU nel 1948 (e dalle molteplici Convenzioni settoriali che ad essa hanno fatto seguito¹⁰) – lo strumento principale attraverso il quale si intende dare concretezza al

⁸ Così definito da Fabio Vitale, Capo della Direzione centrale Vigilanza, Prevenzione e Contrasto all’economia sommersa dell’INPS, che ha di recente affermato che, in Italia, il caporalato è “un vero e proprio **schiavismo del terzo millennio**” e che nell’ambito del lavoro agricolo nei campi muoiono molti braccianti che sono del tutto “trasparenti” perché clandestini e privi di familiari che possano denunciarne la scomparsa come accade, invece, per i lavoratori italiani che fanno la stessa fine.

⁹ G. ZAGREBELSKY, “*Fondata sul lavoro*”. *La solitudine dell’articolo 1*, Einaudi, 2013

¹⁰ Il contenuto del citato art. 23 è ulteriormente specificato dagli articoli 6, 7 e 8 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, dove è innanzitutto stabilito che le misure che gli Stati sono obbligati a prendere “per dare piena attuazione a tale diritto”, dovranno comprendere “programmi di orientamento e di

riconoscimento della pari dignità umana è duplice essendo rappresentato non solo dal riconoscimento a tutti gli individui del **diritto ad un lavoro dignitoso** come diritto umano fondamentale, ma anche dalla configurazione di tale ultimo diritto in una duplice dimensione: individuale (come diritto che inerisce **ad ogni persona**), ma al contempo collettiva, in quanto dalla sua attuazione dipende il miglioramento del benessere dei singoli e contemporaneamente del corpo sociale in cui sono inseriti e, quindi, il futuro di entrambi.

Ciò, del resto, trova riscontro nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, da cui risulta che il settore del lavoro non può essere lasciato al libero arbitrio del mercato, ma deve costituire oggetto di **politiche pubbliche** nel quadro di una più ampia programmazione di Stato sociale.

E, va aggiunto, che è molto significativo che nell'art. 32 della nostra Costituzione, anche la **tutela della salute** sia configurata non solo come fondamentale diritto dell'individuo ma pure come interesse della collettività¹¹, in armonia con la definizione di diritto alla salute contenuta nel Preambolo della Costituzione dell'OMS (entrata in vigore il 7 aprile 1948), ove la salute viene definita come "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale" e non come "semplice assenza dello stato di malattia o di infermità".

Da tale duplice valenza attribuita ai suddetti diritti si desume che essi in ambito internazionale e nazionale sono stati intesi – e sono tuttora da intendere – come "colonne" del modello di Stato volto a favorire il benessere dei consociati è il nostro **Stato costituzionale di diritto**, così chiamato perché in esso la legge fondamentale è la Costituzione, che deve essere rispettata non solo dall'amministrazione e dalla giurisprudenza, ma anche dal legislatore ordinario, sotto il controllo della Corte costituzionale.

formazione tecnica e professionale, nonché l'elaborazione di politiche e di tecniche atte ad assicurare un costante sviluppo economico, sociale e culturale ed un pieno impiego produttivo".

Il diritto umano al lavoro trova riconoscimento anche nella Convenzione internazionale contro la discriminazione razziale, nella Convenzione internazionale contro ogni forma di discriminazione nei riguardi delle donne, nella Convenzione internazionale sui diritti dei bambini, nella Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, nella Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli e in tanti altri strumenti giuridici, internazionali e regionali-continentali.

Inoltre, per il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali il diritto al lavoro – che comprende tutte le forme legittime di lavoro, dipendente o non – è un diritto che inerisce ad ogni persona ed è allo stesso tempo un diritto collettivo.

Né va dimenticato che la produzione di norme giuridiche internazionali in materia di lavoro ha il suo principale laboratorio nell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, OIL, con sede a Vienna. La sua Conferenza è formata da delegazioni nazionali 'tripartite', comprendenti i rappresentanti dei governi, dei sindacati dei lavoratori, delle organizzazioni padronali. Alcuni organi interni di controllo sull'applicazione della normativa sono formati da persone indipendenti dagli Stati. Tra le molte Convenzioni OIL si segnala la numero 22 fondamentale per la politica dell'occupazione, nella quale si fa espresso riferimento al diritto ad una "occupazione piena, produttiva e liberamente scelta", prospettiva che però rimane molto lontana per milioni di esseri umani (vedici materia: A. PAPISCA, *Articolo 23 - Per un lavoro dignitoso*, www.unipd-centrodirittiumani.it).

¹¹ E proprio per dare migliore attuazione a questa dimensione sociale del diritto alla salute con legge 23 dicembre 1978, n. 833, è stato istituito il nostro Servizio sanitario nazionale (operativo dal 1° luglio 1980), che è considerato uno dei migliori sistemi sanitari del mondo, in termini di efficienza di spesa e accesso alle cure pubbliche per i cittadini.

E si tratta di uno Stato così concepito come rivolto **non soltanto ai cittadini** ma anche ai non cittadini.

Infatti, non va dimenticato che i nostri Costituenti dimostrando di essere molto sensibili a quanto all'epoca stava accadendo in ambito internazionale ed europeo – con l'istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, la Dichiarazione universale dei diritti umani, nonché l'avvio delle consultazioni per istituire il Consiglio d'Europa (con la conseguente elaborazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - d'ora in poi: CEDU) e quella che oggi chiamiamo Unione europea – posero, tra i principi fondamentali cui è ispirata la nostra Carta costituzionale, quello **c.d. internazionalista**, principalmente consacrato, secondo l'impostazione originaria, negli articoli 7, 10 e 11, cui si è aggiunto l'art. 117, primo comma, nuovo testo, per effetto della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione).

Nell'ambito del suddetto art. 10, al terzo comma, si prevede una norma di tutela del **diritto di asilo**, inteso come situazione soggettiva che per sua natura non dà luogo ad uno stabile titolo di soggiorno, ma solo al diritto di ingresso ed eventualmente ad un permesso di soggiorno di natura umanitaria.

Nel corso del lungo processo di perfezionamento della normativa in materia di tutela dei rifugiati nel nostro Paese la questione di fondo più dibattuta, almeno in origine, è stata quella relativa all'individuazione della natura del suddetto diritto di asilo.

Questo ampio dibattito ha avuto inizio con:

a) la **sentenza n. 11 del 1968 della Corte costituzionale**, nella quale è stato precisato che i soggetti ai quali la nostra Costituzione (art. 10, terzo comma) ha voluto offrire asilo politico «devono poter godere almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*»;

b) gli orientamenti interpretativi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nelle **sentenze 26 maggio 1997, n. 4674**, cit. e **17 dicembre 1999, n. 907**, cit., secondo cui «le controversie che riguardano il diritto di asilo, di cui al terzo comma dell'art. 10 Cost., rientrano nella **giurisdizione del giudice ordinario**, trattandosi di un diritto soggettivo al quale non è applicabile la disciplina sullo *status* di rifugiato (d.l. n. 416 del 1989, convertito in legge n. 39 del 1990), la quale, invece, espressamente prevede la giurisdizione del giudice amministrativo».

Su queste basi, attraverso una serie di passaggi intermedi, si è pervenuti a **Cass., 26 giugno 2012, n. 10686** cit., secondo la quale: «il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo *status* di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, e di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Ne consegue 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 » (tale indirizzo può dirsi ormai consolidato, vedi, per tutte: **Cass. 22 novembre 2012, n. 20637; Cass. 10 gennaio 2013, n. 563; Cass. 29 ottobre 2013, n. 24420; Cass. 27 novembre 2013, n. 26566; Cass. 29 novembre 2013, n. 26886; Cass. 4 agosto 2016, n. 16362**).

Nella motivazione della citata **sentenza n. 10686 del 2012** la Corte ha specificato che le menzionate sopravvenienze normative portano al superamento dell'indirizzo espresso in alcune precedenti sentenze della stessa Corte che hanno configurato il diritto di asilo come diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo status di rifugiato politico, senza un contenuto più ampio del diritto di ottenere il permesso di soggiorno temporaneo, facendo così degradare il diritto previsto dall'art. 10, terzo comma, Cost. "a mera posizione processuale o strumentale".

Ebbene se queste sono le principali caratteristiche del nostro Stato costituzionale di diritto, è evidente che quando si affronta il tema del riconoscimento della protezione in Italia lo si debba fare **in questa cornice**, potendosi **integrare le garanzie offerte** dal nostro ordinamento con quelle previste dalla normativa UE, CEDU o internazionale in genere, solo se da tale integrazione derivi un **aumento di tutela** per il sistema dei diritti fondamentali, come da sempre ci insegna la Corte costituzionale, a partire dalle famose sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007, fino alla giurisprudenza più recente (sentenze n. 49 e n. 184 del 2015; n. 200 del 2016; n. 68 del 2017 e ordinanza n. 187 del 2015)¹².

Ma è altrettanto chiaro che **anche la UE** nel suo complesso e gli Stati che ne sono membri devono affrontare la questione migratoria nel pieno **rispetto dei trattati**, perché questo è per loro un impegno vincolante.

Non va, infatti, dimenticato che per effetto del trattato di Lisbona e nel coevo **Programma di Stoccolma** la materia dell'immigrazione è stata comunitarizzata, stabilendosi, cioè, che, con riguardo alla condizione dei migranti, il **bilanciamento** tra le ragioni di **ordine pubblico** e quelle **umanitarie** che prima veniva effettuato, in via prioritaria, dai diversi legislatori nazionali dovesse essere effettuato in ambito comunitario.

Ma sempre con l'impegno di prendere in considerazione **entrambi i suddetti aspetti**.

¹² Nella recente sentenza n. 68 del 2017 la Corte costituzionale ha precisato che: a) è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo; b) perché, al contrario, «[l]'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007 e il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016); c) in tale attività interpretativa, che gli compete istituzionalmente ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune incontra il solo limite costituito dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla CEDU. In tale caso, la disposizione interna va impugnata innanzi a questa Corte per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., ove non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato (sentenza n. 239 del 2009).

Nel corso degli anni però, nelle **prassi delle Pubbliche Amministrazioni**, tale impostazione è stata del tutto dimenticata, disattendendosi anche la **Carta dei diritti** fondamentali UE, nella quale è stata affermata la **centralità della persona** nelle politiche dell'Unione ed è stato ribadito il carattere comune delle politiche relative alle frontiere, all'asilo e alle migrazioni.

Così, la concordata "comunitarizzazione" della materia è stata, nei fatti, interpretata come elemento di ulteriore implementazione della cooperazione tra gli Stati UE di tipo **amministrativo-poliziesco**, con l'adozione o il potenziamento di molteplici strumenti operativi, destinati ad affiancare quelli legislativi, nei quali sono state investite **ingenti risorse**, anche di recente.

In particolare, senza porre la dovuta attenzione alle analisi fatte dalle Organizzazioni del settore, a partire dall'**UNHCR** – nelle quali veniva sottolineato che il vertiginoso aumento dei migranti forzati cui stiamo assistendo è, in buona misura, pure un "**effetto perverso**" della impostazione prevalentemente poliziesca data finora alla politica e alla prassi migratoria UE – si è rafforzata sempre di più la impostazione securitaria.

Tale impostazione ha avuto inizio nel 1999, quando l'**acquis di Schengen** è stato integrato nel quadro istituzionale e giuridico dell'Unione europea – in virtù di un Protocollo allegato al trattato di Amsterdam – sicché, per effetto dell'allargamento dello spazio Schengen, gli Stati UE hanno avvertito con sempre maggiore intensità la necessità di rafforzare i controlli alle frontiere.

Di fatto, anche dopo le **tragedie** di cui, via via nel corso degli anni, si è avuta notizia – e alle quali oggi la maggioranza dei cittadini europei si è quasi assuefatta, purtroppo – si è preferito non mutare la linea poliziesca ormai "tradizionale", tanto che anche ora si persevera nel parlare di protezione delle "frontiere", anziché degli "uomini".

Del resto, anche di recente, la Commissione UE, su pressione di alcuni Stati membri – Francia, Germania, Austria, Danimarca e Norvegia – ha autorizzato la **sospensione di Schengen** e il ripristino di controlli limitati alle frontiere interne, come misura eccezionale per "far fronte alla seria minaccia all'ordine pubblico e alla sicurezza interna" causata da "mancanze nel controllo dei confini esterni in Grecia e conseguenti movimenti di migranti irregolari negli altri Stati di Schengen" o, per la Francia, a causa della "persistente minaccia terroristica", anche dopo lo stato d'emergenza, dichiarato dall'allora Presidente François Hollande, in seguito agli attentati a Parigi del 13 novembre 2015.

Inoltre, come preannunciato dal Presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker, nella lettera di intenti che ha accompagnato il suo discorso sullo stato dell'Unione del 13 settembre 2017, la Commissione europea ha presentato il 27 settembre una serie di misure per intitolate: "**preservare e rafforzare lo spazio Schengen**", consistenti in proposte di modifiche del codice frontiere Schengen al fine di adeguare alle esigenze attuali le norme sul ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne e consentire agli Stati membri dell'Unione di far fronte alle "mutevoli e persistenti" minacce gravi per l'ordine pubblico o la sicurezza interna

In base alle proposte della Commissione gli Stati membri avrebbero, in particolare, la possibilità di prolungare in via eccezionale la durata dei controlli se una minaccia grave all'ordine

pubblico o alla sicurezza interna perduri oltre un anno e nel caso in cui, per far fronte alla stessa minaccia, siano state adottate sul territorio dello Stato membro misure nazionali di corrispondente eccezionalità, ad esempio una dichiarazione dello **stato di emergenza**.

Come si vede sono provvedimenti che nascono sempre da un approccio securitario al fenomeno immigrazione nel suo complesso, come dimostrano, in modo evidente, le parole del Ministro degli Interni austriaco, **Wolfgang Sobotka**, secondo il quale: “Il pericolo latente delle attività terroristiche e della radicalizzazione ci mostrano che migrazione, integrazione ed estremismo sono interconnesse. Abbiamo bisogno dei controlli per osservare meglio i movimenti in Europa”.

Ma le posizioni al riguardo sono molteplici.

Così il nostro Presidente del Consiglio **Paolo Gentiloni** ha auspicato che la revisione di Schengen porti con sé anche quella del **Trattato di Dublino**, che vincola i migranti a presentare la domanda di asilo nel Paese di primo approdo, nella stragrande maggioranza dei casi l'Italia, e a non potersi muovere prima dell'ottenimento dello status di rifugiato, cosa che avviene anche dopo anni. Infatti, se la discussione in corso su possibili modifiche di Schengen non viene sentita come “un'ottima occasione per porre sul tavolo una discussione sulle modifiche dei cosiddetti regolamenti di Dublino”, allora la sola modica di Schengen lasciando invariato il Trattato Dublino significherebbe penalizzare ulteriormente i **Paesi di primo arrivo**”, ha detto Gentiloni.

Ma le **proposte di riforma del Trattato di Dublino** della Commissione UE – che ora sono state profondamente modificate dal Parlamento UE e sono in attesa di approvazione del Consiglio europeo – non erano certamente ispirate a pragmatismo e lungimiranza, ma sempre all'esigenza dell'Europa di mettere in scena il proprio controllo, attaccando complessivamente il diritto d'asilo e quindi non venendo incontro alla situazione degli Stati maggiormente esposti all'accoglienza dei migranti, come l'Italia.

Ed ora è forte il timore che la soluzione del Parlamento venga annacquata dalle prossime trattative con il Consiglio che non ha ancora sviluppato un orientamento comune, mentre già il **presidente del Consiglio europeo Donald Tusk** ha detto che insistere sulla questione delle quote di ricollocamenti è del tutto inutile, dal momento che gli Stati dell'Europa centro-orientale (riuniti nel blocco di Visegrád) sono contrari a questa ipotesi. D'altra parte, il dibattito sulla riforma del regolamento di Dublino sta provocando non pochi squilibri all'interno dei singoli Paesi e delle forze politiche in campo, tanto che, ad esempio in Germania, le trattative per la formazione di un governo di coalizione fra cristiano-democratici, liberali e verdi sono naufragate anche nel tentativo di trovare un compromesso sull'accoglienza dei richiedenti asilo.

Pertanto, l'impostazione poco garantista continua ad essere molto diffusa senza considerare che essa ha rappresentato il maggiore ostacolo ad intraprendere iniziative da parte della UE, nel suo complesso, volte a creare un **dialogo costruttivo** con i Paesi di origine e di transito dei migranti, specialmente in Africa.

E ciò ha impedito, per molti anni, di creare collegamenti tra la **politica estera dell'UE e dei singoli Stati** – in Africa, in Iraq, in Iran, in Siria etc. – e le situazioni di instabilità socio-politica in Africa o in Medio Oriente, che spesso sono la causa dell'aumento dei flussi migratori.

Nel corso del tempo, tutto questo ha favorito – sulla scia dei **populismi** – la nascita di partiti e movimenti politici che veicolano l'odio e che minano alla radice tutto il "progetto" europeo, così faticosamente creato, creando anche problemi di ordine pubblico interno ai singoli Stati.

4.- Sviluppare una cultura comune per evitare il declino dell'Europa e dei suoi valori fondanti.

La UE non ha mostrato sufficiente sensibilità per cogliere la pericolosità di tali fenomeni e per fermarli, con lo strumento che dovrebbe essere congeniale all'Europa: sviluppare una **cultura comune**, come premessa per dare corpo ad una patria europea, nella quale i singoli cittadini e le Istituzioni si riconoscano – nei fatti – nei condivisi valori di libertà, pari dignità, giustizia sociale e, quindi, di solidarietà reciproca e verso i migranti.

E già se ne vedono alcune conseguenze nella **spaccatura** che spesso si verifica al livello decisionale – sui più vari argomenti – tra Stati del Nord Europa e Stati del Sud Europa, cui si sommano le opposizioni, su vari fronti, dei Paesi dell'Europa dell'Est.

Tutte queste divisioni fino a pochi anni fa erano molto meno marcate e sono nate soprattutto per gli **errori commessi** nelle politiche migratorie.

Tali errori hanno consentito il diffondersi nelle opinioni pubbliche dei diversi Stati UE di atteggiamenti alimentati da **sentimenti solo negativi** nei confronti dei migranti, che a loro volta hanno condizionato i Governi, rendendoli incapaci non solo di fare scelte coraggiose – ma magari poco gradite ai loro elettori – ma anche di tenere conto delle **previsioni fatte dalla stessa Commissione** UE, in merito al possibile arrivo in Europa, nel corso del 2016, di un numero di migranti di molto superiore rispetto a quello delle persone giunte nel 2015.

Neppure si è considerato che, nell'occasione, la Commissione, pur evidenziando le difficoltà, politiche ed economiche, che si sarebbero potute presentare per i sistemi di accoglienza, tuttavia aggiungeva che, malgrado tali problemi nel breve periodo, comunque la presenza dei migranti in Europa è da considerare come **un elemento idoneo a influire in maniera positiva** sulla situazione finanziaria dei Paesi ospitanti, specialmente nel medio-lungo periodo.

Insomma, si è prodotta una situazione che – oltre a potersi tradurre, nei fatti, in un **isolamento del nostro Paese**, in patente contrasto con la solidarietà reciproca che gli Stati UE si sono impegnati a darsi – dimostra che il nostro continente, da sempre considerato un "faro di civiltà giuridica", si sta imbarbando e non riesce a riflettere sulla necessità di fare tesoro delle esperienze del passato onde evitare di perseverare su strade sbagliate, né riesce a fare scelte politiche di ampio respiro, nel campo dell'immigrazione, così come per il lavoro e per il disagio sociale in genere, come ha denunciato anche la Commissione UE nel fare un bilancio di medio termine della riuscita della la Strategia Europa 2020, varata dalla Commissione UE nel marzo del

2010 “come strategia integrata a lungo termine dell’UE per rilanciare la crescita e l’occupazione e aiutare l’Europa ad uscire dalla crisi”.

Tale Strategia, finalizzata a promuovere una “crescita intelligente, sostenibile e inclusiva in Europa”, è stata imperniata sui seguenti cinque obiettivi principali: 1) occupazione; 2) ricerca e sviluppo; 3) clima e energia; 4) istruzione; 5) lotta contro la povertà e l’esclusione sociale.

Ebbene, in sede di bilancio intermedio, la Commissione UE ha evidenziato che i progressi verso la realizzazione degli obiettivi di Europa 2020 sono stati frenati dalle **disparità sempre più forti** tra gli Stati membri, e spesso al loro interno. In particolare, benché l’obiettivo fosse quello della convergenza delle economie della UE, invece la crisi ha accentuato il divario tra gli Stati membri più efficienti e quelli meno efficienti e sono anche aumentate le differenze tra le regioni di uno stesso Stato membro e dei vari Stati membri.

Inoltre la Commissione ha posto l’accento che i risultati poco soddisfacenti si sono riscontrati specialmente con riguardo all’occupazione, alla ricerca e sviluppo e alla **riduzione della povertà**, che sono i settori in cui gli effetti della crisi si sono fatti maggiormente sentire e per i quali occorre un impegno maggiore della UE per compiere ulteriori progressi.

Ma la Commissione ha anche aggiunto che gli obiettivi di **Europa 2020** in questi ambiti si traducono in impegni politici, nei quali si riflette il ruolo centrale che i Governi nazionali dovrebbero svolgere ciascuno nel proprio Stato, secondo il principio di sussidiarietà. Tuttavia, nella maggior parte dei suddetti settori gli obiettivi nazionali **non sono sufficientemente “ambiziosi”** da permettere di realizzare complessivamente la Strategia proposta a livello dell’UE. Inoltre, questi diversi livelli di impegno si riflettono anche nel grado variabile di risposta e ambizione politica all’interno dell’Unione nel suo complesso, condizionata dal prevalere delle considerazioni politiche a breve termine sulle strategie a lungo termine.

E questo, ovviamente, vale anche per l’immigrazione per l’inclusione sociale, che sono tematiche che – trasversalmente – vengono a toccare le fondamenta stesse dell’Unione, condizionandone lo sviluppo economico e culturale.

Pertanto solo se – come implicitamente suggerito dalla Commissione UE, nella suddetta occasione – sapremo governare tali fenomeni, con misure adeguate, dimostreremo di non meritare il **“declassamento”**, in ambito globale, che viene paventato, peraltro solo quando si affrontano questioni economiche, senza neppure rendersi conto dello stretto collegamento esistente tra immigrazione ed economia.

5.- Il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni.

In questo contesto – nell’ambito delle procedure di protezione – le Pubbliche Amministrazioni, hanno un ruolo di **primaria importanza** e sono chiamate a conformare la loro attività al principio del giusto procedimento (legge n. 241 del 1990), anche al fine di contribuire al deflazionamento del **contenzioso in materia** di violazioni dei diritti fondamentali che è sempre molto abbondante, sia presso le Corti europee “centrali”, sia presso i Giudici nazionali.

Questo, inoltre, corrisponderebbe anche alla linea di un maggiore coinvolgimento degli Stati europei nella **prevenzione degli abusi**, adottata dalla Corte EDU, costantemente a partire dall'adozione da parte del Comitato dei Ministri di nuove Regole per l'applicazione dell'art. 46, paragrafo 2, della CEDU, il 10 gennaio 2001.

Del resto non va dimenticato che la Corte costituzionale, nella **sentenza n. 310 del 2010**, ha ribadito con forza che il rispetto dei principi del giusto procedimento è intrinseco ai principi di buon andamento e d'imparzialità e, al contempo, la tutela altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto)".

In altri termini, uniformandosi a tali principi, la PA può favorire il "**cambiamento culturale**", che è l'elemento di base per poter affrontare in modo nuovo la questione migratoria in Italia e in Europa.

Purtroppo, tale cambiamento culturale non si è verificato – nel nostro Paese, ma neppure negli altri Paesi UE – e così spesso accade che i migranti – i quali, come tutti i soggetti socialmente deboli, sono i primi destinatari dei suddetti principi – fin dal loro primo arrivo nel territorio nazionale, possano subire violazioni dei propri diritti fondamentali, a partire dal **diritto di difesa**, inteso in senso ampio, cioè non legato alla realtà processuale.

Per tale ragione, diversamente da ciò che normalmente accade, nel diritto dell'immigrazione la **disciplina procedurale e processuale**, con le relative pronunce interpretative delle varie Corti supreme nazionali ed europee hanno un ruolo prioritario – e anche "condizionante" (in termini definitori della situazione giuridica protetta) – rispetto alla disciplina sostanziale.

Del resto, non va dimenticato che la prima tappa del cammino verso una migliore tutela dei diritti degli immigrati, nell'ordinamento nazionale, si suole individuare in una pronuncia in materia processuale e, precisamente, nella storica **Cass., S.U. 9 marzo 1979, n. 1463** (in tema di diritto alla salute e centrali nucleari) che, sulla scorta della dottrina tedesca, ha, per la prima volta, configurato una categoria di **diritti fondamentali "inaffievolibili"** per effetto dell'esercizio del potere autoritativo dell'Amministrazione, con conseguente radicamento in capo al **giudice ordinario** della giurisdizione sulle controversie riguardanti i provvedimenti amministrativi lesivi di tali diritti.

Infatti, si fa risalire all'accettazione da parte del legislatore di tale indirizzo interpretativo – consolidatosi nel tempo – la previsione, prima nella legge 6 marzo 1998, n. 40 e successivamente nel testo unico di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, di situazioni nelle quali il diritto soggettivo dello straniero **non può subire compressioni** a causa dell'intervento del potere amministrativo, effettuata in un momento in cui la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi era ancora molto netta nel nostro ordinamento.

Comunque l'anzidetto ruolo prioritario del diritto di difesa è del tutto comprensibile anche ove si consideri che i migranti – che sono per definizione soggetti socialmente deboli, anche quando non appartengono a specifiche categorie protette (es. minori, invalidi etc.) – fin dalla fase

di arrivo nel nostro territorio si trovano ad essere destinatari di **una serie di norme di segno diverso** dettate, rispettivamente, a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica (e contenute principalmente nel TU sull'immigrazione) e dei diritti fondamentali dell'immigrato (contenute principalmente nella nostra Costituzione, nella normativa UE, nella Carta dei diritti fondamentali UE, nella CEDU, oltre che nelle convenzioni ONU ratificate dall'Italia), il cui coordinamento – che è tutt'altro che agevole anche per gli “addetti ai lavori” – risulta spesso incomprensibile (anche per ragioni linguistiche) agli interessati e contribuisce ad indebolirne la già precaria condizione.

Per tutte le indicate ragioni, non credo si possa parlare di tutela dei diritti degli immigrati – a partire dal diritto di difesa – senza avere uno **sguardo ampio**, aperto all'internazionale e al sovranazionale.

Solo in questo modo, infatti, è possibile comprendere quale sia stata l'**evoluzione delle garanzie procedurali** in favore degli immigrati applicabili nell'ambito sia delle controversie in materia ingresso, di soggiorno e di espulsioni sia di quelle in materia di protezione internazionale e apprezzarne le **criticità persistenti**.

Resta, infatti, la **coesistenza della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa**, con una divisione i cui criteri non sono sempre di agevole comprensione, come si dirà più avanti.

Tanto che la Corte costituzionale, a partire dall'ordinanza n. 414 del 2001, ha auspicato l'attribuzione di tutte le controversie in materia di immigrazione **al giudice ordinario** (tra le tante: sentenza di questa Corte n. 204 del 2004), ma tale auspicio è rimasto inascoltato e questo incide non tanto sulla qualità delle risposte quanto sulla quanto piuttosto sulla qualità e chiarezza dell'intero sistema giurisdizionale, perché rende più difficile l'esercizio del fondamentale diritto di “accesso al giudice”.

Qualche segnale nel senso dell'unificazione sembra potersi desumere dall'art. 3, comma 3, del d.l. n. 13 del 2017, convertito dalla legge n. 46 del 2017, che ha attribuito alle Sezioni specializzate dei Tribunali ordinari la competenza per le controversie in materia di **accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana**.

Sarebbe bene proseguire su questa strada, anche per rispettare in modo migliore la CEDU.

6.- La fase dell'arrivo nel territorio nazionale.

Quel che è certo è che la **fase iniziale dell'arrivo degli stranieri** nel Paese di approdo rappresenta il momento più delicato della vicenda migratoria, spesso caratterizzato da patenti violazioni dei diritti fondamentali degli interessati, come da tempo è stato denunciato con ampia documentazione, alle autorità competenti, da parte delle organizzazioni umanitarie che si occupano dell'accoglienza dei migranti alle frontiere marittime e aeroportuali (in particolare: CIR ed ECRE).

Questo si verifica in molti Paesi e gli inconvenienti maggiori sono principalmente dovuti alle **differenti prassi seguite dalle Polizie di frontiera**.

Non è un caso, quindi, che il CIR, consapevole di questa criticità, a metà ottobre 2013 abbia presentato a Roma il rapporto “Access to protection: a human right” (**Accesso alla protezione: un diritto umano**) elaborato a conclusione di un progetto svolto nell’ambito del Programma europeo per l’integrazione e la migrazione (EPIM), diretto proprio a cercare di promuovere la conformità delle politiche e delle prassi nazionali e comunitarie con gli obblighi previsti dagli strumenti europei relativi ai diritti umani – in particolare a quelli stabiliti dalla Corte europea dei diritti umani di Strasburgo – nella fase dell’accesso al territorio nazionale, che è quella in cui chi ne ha diritto può accedere alla protezione internazionale.

Il progetto ha avuto inizio nel **settembre 2012 e si è concluso a febbraio 2014** ed ha comportato la valutazione, in particolare, della situazione di alcuni Paesi della UE – **Germania, Grecia, Italia, Malta, Spagna, Portogallo, Ungheria** – effettuata, sulla dichiarata premessa che il raggiungimento dell’obiettivo avuto di mira presuppone un **“cambiamento culturale”** in materia di immigrazione, che consenta di passare da un approccio prevalentemente volto ad assicurare la sicurezza ad una visione in cui si privilegia il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti.

Nel rapporto è stato spiegato che, per quanto per porre rimedio ad alcune situazioni potrebbe essere necessario varare delle **modifiche normative UE e/o nazionali**, comunque la principale finalità del progetto era di determinare un **miglioramento delle prassi**, in particolare di quelle concernenti i servizi di informazione, di interpretariato e di orientamento legale alle frontiere e di quelle relative ai sistemi di controllo delle frontiere stesse. Inoltre, ci si proponeva di garantire all’UNHCR e alle ONG il libero e pieno avvicinamento ai potenziali richiedenti protezione internazionale nonché la promozione di una formazione sistematica in materia di diritti umani e del diritto di asilo rivolta alle autorità, soprattutto a quelle di frontiera.

Nella conferenza di presentazione del **rapporto sull’Italia** è stato posto l’accento sul fatto che dai dati raccolti era emerso con chiarezza come la maggior parte di coloro che cercano di arrivare in Italia e che muoiono nel mare Mediterraneo necessiti di protezione internazionale. Pertanto, si è rilevata l’indispensabilità di prevedere modalità di **ingresso protetto**, come la possibilità di richiedere asilo presso le ambasciate e i consolati, il rilascio di visti umanitari temporanei e il reinsediamento per rifugiati, essendo necessario cercare vie alternative di ingresso per permettere ai migranti di arrivare in maniera sicura in un posto sicuro.

7.- In particolare: le violazioni del diritto ad un “ricorso effettivo”.

Nella fase di arrivo si possono rilevare prassi particolarmente arbitrarie, specialmente quando comportano l’allontanamento del migrante senza un **provvedimento** da cui risulti tale respingimento e che sia, quindi, impugnabile.

Ciò comporta, infatti, una patente violazione del **diritto ad un “ricorso effettivo”**, considerato fondamentale dal diritto internazionale ed europeo (vedi: art. 13 CEDU e art. 47 della Carta UE) e riconosciuto dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo come garanzia volta ad evitare che le persone che necessitano di protezione internazionale e/o umanitaria siano ingiustamente rimandate nei Paesi dove la loro vita e la loro libertà sarebbero a rischio.

Questo ha caratterizzato, ad esempio, le – oggi condannate dalla Corte di Strasburgo – riammissioni dell'Italia, in particolare verso la Grecia, che consistenti di fatto in **“respingimenti immediati informali”**, che il Governo italiano non ha mai voluto considerare “respingimenti” – che, come regola generale, sono attualmente vietati dal Codice Frontiere Schengen alle frontiere interne degli Stati membri – configurandoli come atti di semplice riaffidamento ai comandanti dei traghetti senza alcuna formalità.

E questo caratterizza anche i respingimenti collettivi, per i quali l'Italia è stata più volte condannata dalla Corte di Strasburgo, prima con la sentenza della Grande Camera **23 febbraio 2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia** – relativa ai respingimenti collettivi verso la Libia operati dalla nostra Marina militare nella primavera del 2009. – e poi con la sentenza 1 settembre 2015, **Khlaifia e altri c. Italia**, riguardante un caso di respingimento collettivo verso la Tunisia di alcuni cittadini tunisini, effettuato a ridosso delle c.d. primavere arabe.

Ma va detto che anche in molti altri Stati UE l'esercizio del fondamentale diritto ad un “ricorso effettivo” è ostacolato o addirittura impedito, proprio a partire da ciò che accade nella fase dell'arrivo.

Ostacolare o impedire l'esercizio di tale diritto fondamentale non comporta soltanto un grave vulnus all'intero sistema di garanzie che abbiamo creato in Europa, ma è anche un modo per calpestare la dignità dei più deboli e questo è, non solo giuridicamente, ma proprio umanamente inaccettabile.

Peraltro, da ricerche del CIR e di ECRE risulta che spesso tale diritto fondamentale è violato, anche se, secondo lo “stile” prevalentemente seguito nella UE, la violazione non è effettuata in modo diretto, ma in modo indiretto, così:

- a) in alcuni Paesi lo strumento adoperato è quello della previsione di tempi molto brevi per presentare ricorso, come accade, ad esempio, di regola in **Ungheria, Regno Unito e Paesi Bassi**, ma anche in Francia e in Germania per le procedure iniziali di ammissibilità alla frontiera. A proposito delle procedure di asilo accelerate, la Corte EDU ha riconosciuto che possono facilitare il trattamento delle domande chiaramente abusive o manifestamente infondate, e ha aggiunto che il riesame di una richiesta di asilo secondo una procedura prioritaria non priva, di per sé, lo straniero di un “ricorso effettivo”, se la sua domanda iniziale di asilo sia stato oggetto di un esame completo nel contesto della procedura normale (vedi: Sultani c. Francia, sentenza del 20 settembre 2007, 64-65). La Corte ha anche precisato che quando invece la procedura accelerata è utilizzata per l'esame della prima richiesta di asilo – e non per il suo riesame – l'effettività del ricorso può rivelarsi insufficiente (vedi: I.M. c. Francia, sentenza del 2 febbraio 2012, 142);
- b) in altri Paesi si raggiunge il medesimo risultato per effetto dell'assenza di un regime di sospensione automatica dell'ordine di espulsione conseguente alla proposizione del ricorso da parte del migrante, come accade, per esempio, in **Italia, Paesi Bassi e**

Austria, ove è prevista la necessaria presentazione di una separata richiesta per la sospensione del provvedimento espulsivo.

Né va omissis di rilevare che, stante la diversità dei sistemi di accoglienza, anche prima dell'esplosione dell'attuale crisi migratoria, era noto che lo **Stato imposto** dal Sistema Dublino come responsabile non era certo che potesse essere qualificato come un Paese **realmente "sicuro"**, cioè in grado di offrire una adeguata protezione e un effettivo riconoscimento dei diritti fondamentali dei migranti.

Inoltre la imposizione della scelta del Paese di approdo comporta che non si tenga sufficientemente conto dei **legami** che un richiedente asilo può avere con uno o con l'altro Stato.

D'altra parte, anche con la c.d. riforma del CEAS varata a **giugno 2013** sono state soltanto adottate definizioni più ampie della categoria dei "familiari" e normative più favorevoli all'effettuazione del ricongiungimento familiare, ma non è stata espressa una reale intenzione di affermare una maggiore solidarietà e condivisione di responsabilità tra gli Stati UE, essendosi anzi prevista l'estensione generalizzata della **detenzione amministrativa** a tutti i richiedenti asilo per i quali la Polizia ritenga sussistente un "**rischio notevole di fuga**", nella fase di esame dell'istanza di protezione, che risulta basata su un **apprezzamento** meramente **discrezionale della Polizia**, tale da poterne fare diventare l'applicazione prassi ordinaria.

Questo risulta confermato anche dal d.lgs. 8 agosto 2015 n. 142, di attuazione della **direttiva 2013/33/UE** recante norme relative **all'accoglienza dei richiedenti** protezione internazionale, nonché della **direttiva 2013/32/UE**, recante **procedure comuni** ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (direttive comprese nell'anzidetta riforma del CEAS, insieme con il regolamento Dublino III n. 604/2013 e il nuovo regolamento EURODAC n. 603/2013).

Ne consegue che, pur essendosi ampliata la possibilità di dare rilievo ai legami familiari, resta però l'irrelevanza di eventuali **legami culturali o di altro tipo** (per esempio derivanti da soggiorni precedenti).

Eppure è notorio – e lo ha autorevolmente ribadito anche l'organizzazione dei **gesuiti JRS Europa**¹³, proprio a commento delle anzidette modifiche del CEAS – che "l'unico modo in cui il sistema di asilo dell'UE può funzionare umanamente" è quello di dare la possibilità agli interessati di "**influenzare personalmente la scelta del Paese** di destinazione".

Infatti questo è l'ingrediente migliore per garantire la **riuscita della integrazione** delle persone che hanno diritto al riconoscimento di uno status di protezione e tale riuscita corrisponde non soltanto all'interesse dei migranti, ma anche ai principi del diritto internazionale e UE, oltre che agli **interessi – anche economici** – degli Stati di approdo, in tutto il mondo.

¹³ JRS è il Servizio dei Gesuiti per i Rifugiati, che come risulta da www.theeuropeexperience.eu è un'organizzazione cattolica mondiale che opera in oltre 50 paesi, la cui missione è quella di accompagnare, servire e difendere i rifugiati. In Europa, il JRS è presente in 12 paesi dell'UE nonché in Macedonia, Kosovo e Ucraina. www.jrseurope.org

Nella citata **sentenza della Grande Sezione** della Corte di Giustizia UE 6 settembre 2017 cause riunite C 643/15 e C 647/15 sulla decisione del Consiglio UE 2015/1601 – istitutiva, come misura temporanea nel settore della protezione internazionale, della ricollocazione di 120.000 richiedenti una protezione internazionale, a partire dall'Italia e dalla Grecia verso gli altri Stati membri – la Corte, pur non offrendo indicazioni certe per superare la norma maggiormente controversa del CEAS, che è quella che stabilisce lo Stato membro competente per la protezione sia quello di primo ingresso (vedi art. 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III) – afferma però la decisione impugnata, oltre a ribadire alcuni criteri specifici di determinazione dello Stato membro di ricollocazione, connessi all'interesse superiore del minore e ai legami familiari (che sono d'altronde analoghi a quelli previsti dal regolamento Dublino III), ha apportato una deroga in quanto il considerando 34 della decisione stessa elenca un insieme di elementi che sono preordinati, in particolare, a che i richiedenti vengano ricollocati in uno Stato membro verso il quale essi intrattengono legami familiari, culturali o sociali e di cui occorre tener conto in modo particolare al momento della designazione dello Stato membro di ricollocazione, e ciò "allo scopo di favorire l'integrazione dei richiedenti in seno a tale Stato".

Ma la Corte sottolinea che non si tratta di una innovazione che ricollega alle "preferenze del richiedente" per un determinato Stato membro ospitante e che essa non mira specificamente a garantire che sussista un legame linguistico, culturale o sociale tra tale richiedente e lo Stato membro competente. Infatti, il sistema istituito dalla decisione impugnata è fondato, al pari del sistema istituito dal regolamento Dublino III, su criteri oggettivi, e non sull'espressione di una preferenza da parte del richiedente una protezione internazionale.

Anche se la Corte aggiunge che neppure lo Stato membro destinatario della ricollocazione può subordinarne l'effettuazione all'esistenza/inesistenza di legami culturali o linguistici tra ciascun richiedente una protezione internazionale e lo Stato stesso, perché questo renderebbe impossibile ripartire tali richiedenti tra tutti gli Stati membri nel rispetto del principio di solidarietà imposto dall'articolo 80 TFUE e, dunque, adottare un meccanismo di ricollocazione vincolante e comunque eventuali considerazioni connesse all'origine etnica dei richiedenti una protezione internazionale sarebbero, con tutta evidenza, discriminatorie e quindi contrarie al diritto dell'Unione e in particolare all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ebbene, sarebbe auspicabile che – dopo l'approvazione del Consiglio UE – almeno un simile mitigamento della norma originaria fosse contenuto nella riforma di Dublino III in itinere, in quanto pur non consentendo ai richiedenti di scegliere lo Stato membro competente per l'esame della loro domanda, comunque introduce degli elementi – oggettivi, ma da valutare – che possono favorirne l'integrazione.

8.- Altre questioni critiche.

Va comunque considerato che il fondamentale **diritto di difesa** del migrante può subire, fin dalla fase dell'arrivo, anche altre violazioni – dalle quali può dipendere il **destino** della persona – e che possono essere rappresentate, fra l'altro, dall'inadeguatezza dei servizi di **informazione, di interpretariato e di orientamento legale alle frontiere e delle prassi** seguite il controllo delle

frontiere stesse, spesso senza una aggiornata informazione delle situazioni dei **Paesi di origine** dei migranti (COI) e senza garantire all'UNHCR e alle ONG il libero e pieno avvicinamento ai potenziali richiedenti protezione internazionale.

Per averne un'idea è sufficiente ricordare che, per quel che riguarda la **c.d. garanzia linguistica**, la Corte costituzionale, con la **sentenza n. 257 del 2007**, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 102 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), nella parte relativa alla mancata previsione della possibilità, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, di nominare un **proprio interprete**, la cui figura differisce sia da quella del consulente di parte sia da quella dell'interprete nominato dal giudice.

Anche se tale sentenza ovviamente ha applicazione generale, permangono **differenze di regime** tra i procedimenti in materia di protezione internazionale e quelli in materia di espulsione e provvedimenti affini, in quanto tuttora la garanzia linguistica è tutelata in modo più efficace in tema di protezione internazionale.

9.- Migranti “forzati” e migranti “economici”.

Come si è detto la fase dell'arrivo può essere determinante per il destino del migrante.

E questo specialmente con riguardo all'individuazione della sua provenienza e delle motivazioni dell'arrivo, che non sempre è agevole, sia per difficoltà di tipo linguistico sia per problemi riguardanti la conoscenza della reale situazione del Paese o meglio della zona del Paese da cui il migrante proviene.

In particolare, già in questa fase può avere rilievo la **“riesumata” distinzione** tra migranti “forzati”, detti anche “profughi a lungo termine” e migranti “economici”.

Sappiamo che i **primi** sono persone che non possono più fare ritorno nelle loro terre in quanto provengono da Paesi dove sono in corso guerre o conflitti, ma spesso anche da società in cui rappresentano una minoranza etnica o appartengono ad una religione differente da quella di alcuni estremisti ovvero appartengono ad un determinato gruppo sociale che viene perseguitato (come, ad esempio, può accadere agli omosessuali). Sicché si tratta di persone che possono chiedere la protezione internazionale (status di rifugiato o protezione sussidiaria) ovvero la nostra “protezione umanitaria”. E, in tale categoria si dovrebbero fare rientrare anche i **c.d. “profughi ambientali”**, che sono vittime principalmente dei mutamenti climatici e che spesso risultano ancora meno tutelati degli altri profughi a lungo termine perché, non essendo espressamente contemplati dalla Convenzione di Ginevra, si possono vedere negare la protezione internazionale.

A questa ampia categoria di migranti viene contrapposta¹⁴ quella dei **“migranti economici”**, composta da soggetti che non sono “costretti” ad espatriare per ragioni politiche o per disastri naturali, ma che lo fanno volontariamente alla ricerca di migliori condizioni di vita.

Benché da più parti sia considerato improprio adottare una netta distinzione tra le suddette categorie di migranti e le Organizzazioni umanitarie — a partire dall’ UNHCR — da tempo facciamo presente che i flussi migratori spesso sono **“misti”**, essa continua a rappresentare un caposaldo del Sistema europeo della immigrazione che, anche per tale impostazione, mostra di essere maggiormente finalizzato al controllo dell’immigrazione irregolare piuttosto che alla tutela del diritto di asilo.

Da tale dicotomia discende, infatti, che:

1) i **migranti “forzati”** possono entrare nel nostro Paese e ricevervi accoglienza secondo le norme che disciplinano la protezione internazionale (di origine ONU o UE) o umanitaria (di cui agli artt. 5, 18 e 19 del t.u.) e possono eventualmente, se ne ricorrono i presupposti, restare nel territorio nazionale in base ad un permesso di soggiorno diverso (es. lavoro, studio, motivi familiari etc.) da quello inizialmente ottenuto;

2) **gli altri migranti** invece devono rispettare il regime “ordinario” in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato¹⁵. E sappiamo che questo sistema “ordinario”, in Italia, si basa sul c.d. decreto flussi annuale, che però, dal 2010 non prevede più grandi numeri di ingresso per lavoro subordinato non stagionale, con quote destinate anche ai Paesi con cui l’Italia ha accordi bilaterali in materia di immigrazione. Da quell’anno in poi – anche a causa della crisi economica – si è proceduto a mini decreti, come è anche quello del 2016, che prevedono soprattutto quote per i lavori stagionali. Tali decreti, di fatto, restano inutilizzati e, mentre restano quote residue in abbondanza, nel frattempo aumenta il lavoro in nero degli immigrati governato dai caporali.

Va peraltro sottolineato che – a prescindere dal fatto che, nella pratica, la distinzione tra i migranti economici e i migranti che hanno diritto alla protezione è da sempre molto labile, specialmente in caso di arrivi di **gruppi numerosi** composti da persone provenienti da Paesi e Regioni diversi – comunque, se per l’Italia è un depauperamento l’emigrazione dei giovani verso Paesi esteri, non si comprende il motivo per cui non dovrebbe esserlo, per i rispettivi Paesi, anche l’emigrazione di coloro che bussano alle nostre porte pur non fuggendo da una guerra, ma semplicemente perché non riescono nel loro Paese a vivere in modo dignitoso in patria.

¹⁴ La distinzione tra rifugiati e migranti economici è stata introdotta da E.F. KUNZ (1973), *The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement*, in “International Migration Review”, il quale aveva elaborato la cosiddetta push/pull theory, intendendo differenziare chi parte per necessità (i pushed, destinati a diventare rifugiati) da chi lo fa per scelta (i pulled, attratti da migliori prospettive economiche). Vedi, al riguardo: F. COLOMBO, *Rifugiati e migranti economici: facciamo chiarezza*, in www.lenius.it, 26 giugno 2015.

¹⁵ Per eventuali ulteriori approfondimenti mi permetto di rinviare a L. TRIA, *Stranieri extracomunitari e apolidi: la tutela dei diritti civili e politici*, Milano 2013.

Quindi, in definitiva, la suddetta distinzione non solo non è sempre così chiara, ma ha, in realtà, una indubbia **valenza discriminatoria**, anche perché vale soltanto per i poveri – che sono quelli per i quali l'Europa ha continuato e continua a mostrarsi come una “fortezza” difficilmente penetrabile – e che sono anche le persone che vengono comunemente definite “migranti”, termine che, a sua volta, nel corso degli anni, è venuto ad assumere una valenza discriminatoria, in quanto è venuto ad identificare soltanto coloro che lasciano il proprio Paese spinti dal bisogno.

Inoltre, non possiamo ignorare che come ci dicono gli economisti più accreditati anche in sede ONU la **forbice tra ricchi e poveri** nel mondo è sempre più larga e sono in aumento le persone malnutrite e/o denutrite, molte delle quali – se racimolano i soldi – cercano di trovare fortuna altrove. Sicché appare in contrasto con i valori fondanti della UE e della nostra Costituzione rimandarli indiscriminatamente indietro al loro arrivo in Europa, con l'etichetta di “migranti economici”, ancorché in molti casi la causa della crisi della economia dei loro Paesi sia occidentale ed europea, come si vede per le conseguenze della “disgregazione” della Libia” o anche per il famoso caso dei pomodori del Ghana.

Né va ommesso di considerare che alcuni migranti che sono **partiti come “economici”** dal Sud Sahara con l'idea di andare a lavorare in Libia, una volta arrivati in Libia sono stati sottoposti a violenze di vario tipo ed hanno anche rischiato la vita chiusi in prigioni tremende sicché si possono essere trasformati in migranti forzati.

E, last but not least, si deve considerare che il “rispedire al mittente” chi bussa alle nostre porte perché ha fame si pone in evidente contraddizione anche con la **Carta di Milano**, firmata dai Grandi della Terra e dai visitatori dell'EXPO 2015 e presentata come documento di impegno collettivo sul diritto al cibo, costituente l'eredità immateriale dell'EXPO, nella quale, alla presenza anche del Segretario generale dell'ONU, ci siamo impegnati tutti ad attivarci per sconfiggere la fame nel mondo.

Infine, si deve tenere presente che coloro che vengono reclutati dall'ISIS in Paesi asiatici o africani spesso aderiscono al reclutamento perché hanno **fame**, tanto che in Libia, al momento, pare non ci siano reclute perché il Governo dà un sussidio mensile anche ai bisognosi. E questo significa che, per esempio, se la Libia non può più permettersi questo sussidio, l'affiliazione all'ISIS potrebbe attecchire anche lì.

D'altra parte, rimandare indietro migranti c.d. economici che vengono, ad esempio, da Paesi grandi come la Nigeria può favorire, nel tempo, il nascere di **guerre civili** e quindi, a quel punto, l'aumento dei migranti forzati.

In questa composita situazione – solo sommariamente delineata – certamente non possiamo accogliere tutti i diseredati, ma è necessario rafforzare la politica estera della UE (nel suo complesso) e rafforzare **la solidarietà** fra gli Stati membri.

È indispensabile, infatti, rafforzare i canali di collegamento fra i vari Stati UE perché nella strategia di contrasto alla c.d. “guerra ibrida” dell'ISIS, un elemento da molti considerato

fondamentale – anche per prevenire ulteriori affiliazioni da parte di europei autoctoni o meno – è rappresentato dalla **fiducia** che le Istituzioni UE e statali ispirano nei cittadini e negli immigrati.

Tale fiducia nasce dalla **buona reputazione** dei singoli Stati e della UE, buona reputazione che, del resto, ha un peso notevole anche negli scambi commerciali.

Ebbene, è sicuro che le **decisioni delle Corti** di Strasburgo e di Lussemburgo, così come quelle delle Corti e dai Tribunali supremi nazionali – grazie anche all'importante apporto degli avvocati – possono contribuire in modo significativo a migliorare la suddetta “reputazione”.

Ma questo non basta. È necessario che la politica migratoria UE sia impostata in modo nuovo, sempreché, ovviamente, tutto si faccia tenendo fede al motto della UE – cioè **“Uniti nella diversità”** – e non assumendo iniziative isolate, quali sono quelle che spesso tendono ad assumere i Governi di alcuni Stati membri.

Perché simili iniziative, oltre a poter danneggiare l'intera UE (come è accaduto in passato), comunque accreditano, all'esterno, una immagine di **Europa disunita** e, come tale, di scarsa reputazione.

E, va anche detto, che in questa disunità la componente **discriminatoria** – tra le diverse categorie di migranti e tra i diversi regimi di accoglienza – è purtroppo molto evidente.

10.- Migranti e “golden migrants”.

Basta pensare che, da tempo alcuni Stati membri UE (in particolare: Malta, Portogallo, Spagna, Cipro, Bulgaria), seguendo l'esempio del Regno Unito – che per primo ha adottato misure di facilitazione per naturalizzare stranieri facoltosi – offrono un trattamento preferenziale a cittadini extracomunitari benestanti, onde indurli a “parcheggiare” nel proprio territorio le loro ricchezze, creando così un sistema di inclusione **“golden visa”**, la cui espansione sta procedendo speditamente. Sicché mentre in normali “migranti”, se considerati “economici”, vengono respinti, per i “golden migrants” si costruiscono “ponti d'oro”, pur essendo la loro immigrazione evidentemente di tipo economico.

Questo fenomeno può considerarsi la cartina di tornasole della pericolosa diffusione del sentimento razzistico e discriminatorio che negli anni si è andato diffondendo, nella generale tolleranza delle istituzioni UE, anche nella nostra Europa, nella quale fino a poco tempo fa prevaleva decisamente uno **spirito di “accoglienza”** per tutti, anche alla luce di ciò che si era verificato nei campi di sterminio nazi-fascisti, di cui si aveva memoria.

Nel corso degli ultimi anni – sulla scia della crisi economico-finanziaria esplosa nel 2008 – questa memoria pare essersi perduta e con essa anche lo sgomento per le orrende atrocità commesse nella devastante seconda guerra mondiale.

Così si sta rischiando di distruggere l'ordinamento molto evoluto – creato in Europa non senza difficoltà – basato sul riconoscimento del diritto di tutti gli individui alla pari dignità, nell'idea che a tutti gli individui debba essere garantita la «possibilità di godere di quelle semplici

gioie e di quelle speranze che fanno sì che la vita valga la pena di essere vissuta», secondo le parole pronunciate da **Winston Churchill** nel famoso “Discorso alla gioventù accademica”, tenuto all’Università di Zurigo il 19 settembre 1946, che ha dato l’avvio al processo con il quale si è giunti all’attuale UE .

Eppure da sempre si ritiene che il presupposto della legittimità democratica del «progetto europeo» sia rappresentato dall’**effettività della tutela** dei diritti fondamentali.

Inoltre, tale è la nostra dichiarata consapevolezza dell’importanza del principio democratico qualificato come identitario del mondo occidentale che siamo pronti ad “esportarlo” in altri contesti, con **guerre-guerreggiate** ma non dichiarate, che non per questo non hanno costi – umani e materiali – elevatissimi.

Ma è del tutto evidente la non corrispondenza al suddetto principio, ad esempio, la descritta situazione – notoriamente in espansione negli Stati UE – in cui, a parità di nazionalità e di appartenenza extra-UE, due individui si trovano ad essere trattati in modo diametralmente opposto solo sulla **base del reddito**, comunque prodotto.

Una simile situazione, che, solo su basi censuarie, privilegia alcuni mentre riserva a tutte le **persone povere e vulnerabili** che vivono in Europa – a prescindere dalla cittadinanza – un trattamento deteriore e umiliante che ne impedisce, di fatto, l’inclusione sociale, rappresenta un pericoloso fattore di destabilizzazione delle nostre democrazie, da tempo.

Essa, infatti, è in patente contraddizione con il diritto di ciascuno alla **pari dignità** e con il principio – che, nella Costituzione italiana è consacrato nel primo comma dell’art. 1 – secondo cui il lavoro equamente retribuito – e non una qualunque occupazione precaria e sottopagata – è lo strumento principale per vedere riconosciuta la propria dignità.

Eppure nessuno se ne è preoccupato o se ne preoccupa neppure ora che il tema dell’immigrazione è divenuto emergente.

Forse perché comunque i “golden visa” portano capitali che – qualunque sia la loro provenienza – **umentano il PIL** senza che interessi la loro provenienza.

Del resto da settembre 2014, la UE – e quindi l’Italia – per effetto di una decisione di EUROSTAT, hanno scelto di includere nel calcolo del PIL anche i ricavi di prostituzione, vendita di droghe illegali, contrabbando, e tutte le altre operazioni finanziarie illecite, al fine di rendere le economie dei vari Paesi membri più comparabili, visto che alcuni Stati già inserivano tali voci nel calcolo delle loro entrate.

In questa ottica si sottolinea che oggi l’Europa conta per meno del 10 per cento della **produzione globale** rispetto al 30 per cento nel 1950.

Ma non si riflette anche sul fatto che conta solo per il 7 per cento della **popolazione mondiale**, rispetto a oltre il 20 per cento nel 1950. E demograficamente continua a non svilupparsi.

Comunque, per tutte le indicate ragioni, appare difficile – e anche poco conveniente, oltre che discriminatorio – dividere con l’acchetta i gruppi di migranti, quando sarebbe interesse degli Stati UE fare **scelte coraggiose** e creare occasioni di crescita per cercare di offrire dei rimedi efficaci, sia per l’emigrazione dei giovani – che è una piaga per il nostro Paese – sia per l’immigrazione, visto che sono fenomeni che sono entrambi il portato di una stessa causa: il vertiginoso aumento delle **diseguaglianze** che si registra da tempo, viene evidenziato da molti osservatori – anche in ambito ONU – ma non viene in alcun modo efficace preso in considerazione.

Del resto, anche i nostri **giovani** non sono altro che dei migranti economici ed erano migranti economici anche i nostri progenitori emigrati in America e nelle altre parti del mondo nel dopo guerra.

E tali erano i migranti che nel corso della storia si sono avuti in molti dei Paesi europei: il nostro continente è sempre stato terra di migrazioni, come dimostra emblematicamente la **battaglia di Adrianopoli**¹⁶ del 9 agosto 378, che, essendosi conclusa con l’annientamento dell’esercito romano ad opera dei Visigoti, obbligò i Romani ad arruolare per il nuovo esercito i barbari, molti dei quali precedentemente istruiti all’uso delle armi dai Romani stessi, in un momento in cui mai si sarebbe immaginato che potessero diventare nemici.

Un po’ come è accaduto nelle tristi vicende più vicine a noi dell’Iran, dell’Iraq e, da ultimo, del califfato ISIS, nelle quali le **prime armi e i primi insegnamenti** sull’arte della guerra ai nostri attuali nemici sono stati forniti dagli eserciti occidentali.

Non percepire tale situazione a mio avviso è, di per sé, discriminatorio e, quindi, **poco coerente** con i principi in cui tutti diciamo di riconoscerci.

Se è arrivato il “il momento della sincerità, non di vuoti discorsi”, come ha affermato il Presidente della Commissione UE Presidente **Jean-Claude Juncker** nell’apertura del suo discorso sullo stato dell’Unione davanti al Parlamento di Strasburgo a settembre 2015, allora anche su questo sarebbe bene riflettere.

11.- La persistente molteplicità di giurisdizioni nella tutela dei migranti extracomunitari.

Una criticità aggiuntiva e propria nel nostro Paese – che ha carattere indirettamente discriminatorio nei confronti dei migranti – è rappresentata dalla perdurante **molteplicità di giudici** chiamati ad occuparsi dei diversi provvedimenti che possono riguardare gli immigrati.

Si tratta di un problema che non è risolvibile in sede interpretativa e che compete al **legislatore ordinario nazionale** di risolvere, come ha rilevato la stessa **Corte costituzionale**, dopo aver sottolineato che la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione ha “implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione dello straniero” (vedi, per tutte: ordinanza n. 414 del 2001 e sentenza n. 240 del 2006).

¹⁶ Città situata nella provincia romana di Tracia, provincia oggi corrispondente all’estremità sudorientale della penisola balcanica, comprendente il nordest della Grecia, il sud della Bulgaria e la Turchia europea.

Eppure, nonostante l'attribuzione — realizzatasi nel tempo in termini sempre più ampi specialmente dopo l'introduzione del nuovo sistema di protezione internazionale di derivazione UE — delle controversie in materia di protezione internazionale o umanitaria alla giurisdizione del **giudice ordinario**, dovuta alle progressive modifiche del quadro normativo (interno, comunitario, internazionale) di riferimento, agli interventi della Corte costituzionale e delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo e — in modo significativo — alla sensibilità dimostrata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, tuttavia la situazione è rimasta molto complessa, anche dopo le modifiche di tipo processuale introdotte dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69).

Tale complessità si traduceva — e tuttora si traduce — nella necessità per i migranti di mettere in bilancio di doversi rivolgere sia al giudice amministrativo — per l'impugnativa dei **provvedimenti discrezionali amministrativi** (molto incisivi sulla situazione del destinatario), che sono emessi a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza — sia al **giudice di pace** — per impugnare eventuali decreti prefettizi di espulsione, ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 150 del 2011 — oppure al **tribunale ordinario** per la tutela dei loro diritti fondamentali, salva restando la possibile **deriva penalistica** in caso di eventuale configurazione del reato di immigrazione clandestina (reato che, pur essendo considerato da molti politici inutile e persino dannoso, tuttavia non è stato ancora abolito).

A tutto questo si aggiungevano, in base alla suindicata normativa, i persistenti inconvenienti dovuti alla eccessiva complicatezza e lunghezza dei procedimenti per l'acquisto della **cittadinanza** da parte degli stranieri nonché per l'acquisto dello **status di apolide** (sia in via amministrativa, con riferimento all'accertamento del requisito della residenza e sia in via giudiziaria, con riguardo alla individuazione del giudice competente e al rito applicabile, nonché in materia di diritti del richiedente il riconoscimento dello status di apolide e dell'apolide riconosciuto, in ordine, in particolare, al titolo di soggiorno).

Sembra però che ora vi siano dei **segnali di cambiamento** dovuti sia all'**interpretazione evolutiva** della Corte di cassazione in materia di riparto di giurisdizione sulle controversie riguardanti i provvedimenti di trattenimento illegittimi (a partire dalle ordinanze delle Sezioni unite 13 giugno 2012, n. 9596 e 12 dicembre 2012, n. 22788) e sui respingimenti (Cass. SU 17 giugno 2013, n. 15115 e Cass. SU 10 giugno 2013, n. 14502, citate), sia soprattutto al **d.l. 17 febbraio 2017, n. 13** (convertito, dalla legge 13 aprile 2017, n. 46) che ha previsto l'istituzione delle Sezioni specializzate dei Tribunali ordinari in materia di immigrazione, protezione internazionale, libera circolazione nella UE.

Infatti, con tale riforma il legislatore ha mostrato di essere sensibile rispetto alla necessità dei migranti di trovarsi di fronte ad un giudice che sia **tecnicamente attrezzato** ad effettuare nel modo migliore la valutazione della sua situazione sulla base di un'adeguata conoscenza della complessa normativa del settore, che ne richiede una partecipazione "attiva", molto diversa dal ruolo ordinariamente svolto dal giudice civile e, in particolare, non vincolata dal rispetto del principio della corrispondenza tra il **chiesto e il pronunciato** .

In tale operazione il legislatore ha tenuto conto anche della necessità di ridurre i **tempi processuali** – spesso “biblici” – dei giudizi in materia di accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana, attribuendo alle suddette Sezioni specializzate anche la relativa competenza (art. 3, comma 3, del suddetto d.l. n. 13 del 2017).

Poiché tale ultima attribuzione di competenze è stata effettuata senza alcuna eccezione e poiché i **tempi processuali** sono particolarmente lunghi proprio per i giudizi che, finora, sono stati trattati dal giudice amministrativo in materia di cittadinanza o apolidia (ad esempio per naturalizzazione), non sembra vi siano motivi per limitare la competenza in materia delle suddette Sezioni specializzate, tanto più in assenza di criteri di riparto dettati dal legislatore, che invece ha manifestato l'intenzione di semplificare l'attuale situazione processuale, in considerazione della presenza di diritti fondamentali di primario rilievo.

Sappiamo che ormai da tempo al **criterio di riparto** tra le giurisdizioni rappresentato dal tipo di situazione soggettiva lesa (in base al quale, per effetto della dicotomia diritti soggettivi- interessi legittimi: dei primi conosce il giudice ordinario, dei secondi il giudice amministrativo - c.d. doppio binario) si è aggiunto il criterio della materia, attributivo di una data materia al giudice ordinario o al giudice amministrativo quale che sia il tipo di situazione soggettiva lesa.

Benché il primo sia il criterio storicamente più antico e tutt'oggi di carattere generale e residuale mentre il secondo è più recente e non ha ancora carattere generale, va però considerato che esso è nato storicamente per evitare le incertezze cui dà luogo il primo criterio¹⁷.

Da tempo la stessa giurisprudenza amministrativa ha affermato la sussistenza della giurisdizione del **giudice ordinario** nelle suddette materie rilevando che la cittadinanza (e l'apolidia) sono oggetto di diritti soggettivi, e le cause di diniego sono vincolate. Soltanto per l'ipotesi di diniego della cittadinanza (o dell'apolidia) per motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica (art. 6, co. 1, lett. c), legge n. 91 del 1992) si è affermata la permanenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sull'assunto secondo cui in questo isolato caso il diritto soggettivo degraderebbe a interesse legittimo (Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2009, n. 1891; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1355; Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2005, n. 4334). Ma è evidente che il diritto soggettivo di base resta integro.

Poiché le suddette controversie non rientrano tra quelle per le quali è prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 cod. proc. amm., a fronte dalla istituzione di un giudice specializzato e delle numerose Convenzioni internazionali sottoscritte dal nostro Stato (a partire dalla Convenzione ONU sullo statuto degli apolidi del 28 settembre 1954, ratificata e resa esecutiva con legge 1° febbraio 1962, n. 306, art. 32) ci impongono di **semplificare ed accelerare** le procedure in materia di cittadinanza e apolidia, è auspicabile che alla nuova normativa sia data attuazione nel senso di unificare la giurisdizione nelle neo-istituite Sezioni specializzate.

¹⁷ R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti esterni*, www.treccani.it 2013

Questa esigenza che non nasce dalla necessità di avere risposte di migliore qualità quanto piuttosto da quella di rendere il nostro **sistema processuale migliore** e più chiaro, sarebbe utile perseguirla anche per tutta la materia dell'immigrazione, pure per rispettare in modo migliore la CEDU.

Del resto con l'attuale riparto di giurisdizione in materia di immigrazione non si fa altro che perpetuare una situazione nella quale quelli che sono i due aspetti **fisiologicamente coesistenti** nella situazione dei migranti, cioè la tutela umanitaria e quella dell'ordine e della sicurezza pubblica – che la Corte costituzionale ha sempre invitato a trattare in modo unitario – risultano invece separati e neanche in modo chiaro e immediatamente intellegibile, visto che spesso i diversi giudizi che si sovrappongono e si intrecciano. E i tempi burocratici e processuali si allungano.

È noto che dopo l'introduzione del **nuovo sistema di protezione internazionale** di derivazione UE, la giurisprudenza della Corte di cassazione, seguendo l'indirizzo di offrire al migrante strumenti di carattere procedurale volti a facilitarne l'esercizio dei propri diritti fondamentali si è mossa su due principali direttrici: *a)* quella del tendenziale riconoscimento delle differenti situazioni sulla cui base viene richiesta la protezione in termini di **diritto soggettivo** alla protezione internazionale invocata, (ovviamente, in accordo con le diverse modificazioni del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento che si sono succedute nel tempo); *b)* la conseguente tendenziale devoluzione dei relativi procedimenti alla **giurisdizione del giudice ordinario** (vedi, per tutte: Cass., SU 26 maggio 1997, n. 4674; Cass., SU 17 dicembre 1999, n. 907; Cass., 23 dicembre 2010, n. 26056; Cass., 9 dicembre 2011, n. 26480), corrispondente al netto favore legislativo per l'esame unico delle condizioni e delle ragioni umanitarie del richiedente asilo e/o protezione internazionale.

Purtroppo l'attribuzione delle controversie in materia di protezione internazionale o umanitaria alla giurisdizione del giudice ordinario non si è tradotta in una vera e propria **semplificazione della complessiva disciplina processuale** e quindi nel riconoscimento di un effettiva e agevole tutela del diritto di difesa degli interessati.

Ma ora, dopo l'istituzione delle suddette Sezioni specializzate, contenente una importante modifica in materia di giurisdizione per i giudizi in materia di cittadinanza e apolidia, non sembra più eludibile un **ulteriore intervento legislativo** volto ad accentrare nella giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie in materia di immigrazione e quindi anche quelle relative a ingresso, soggiorno, trattenimento, accompagnamento e allontanamento degli stranieri e a diritto di asilo in genere, essendo, all'evidenza, in tutti questi ambiti prevalente l'incidenza di diritti fondamentali degli interessati, rispetto ad eventuali atti di carattere discrezionale della P.A.

Una simile modifica consentirebbe anche di limitare i costi per lo Stato in materia.

Infatti, la situazione attuale comporta la necessità per l'interessato di munirsi di una **adeguata difesa tecnica**, il che, il più delle volte, avviene con il **patrocinio a spese dello Stato**,

strumento che non sempre offre una garanzia di accesso al giudice reale e commisurata ai relativi costi per il bilancio statale.

12.- La protezione dei migranti “forzati” in Italia.

Quello fin qui tratteggiato, per sommi capi, è lo scenario in cui va inquadrata la protezione in Italia, che si applica soltanto ai migranti “forzati”.

Nel nostro Paese sono disciplinate **tre forme di protezione, di cui due internazionali, rappresentate dallo status di rifugiato e dalla protezione sussidiaria e una terza nazionale, cioè la protezione umanitaria**, disciplinata dagli artt. 5, comma 6, e 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, nonché dall’art. 32 della legge n. 189 del 2002.

Per il relativo riconoscimento è prevista una **procedura bifasica**: con una **prima fase amministrativa** e una **seconda giurisdizionale**, solo eventuale, nel senso che ad essa si accede solo nell’ipotesi in cui la fase amministrativa si sia conclusa con una decisione negativa (ma che non rappresenta una fase di impugnazione del provvedimento conclusivo della prima fase).

Oggi la legge prevede una **procedura unificata per tutte le forme di protezione**.

Nella **prima fase amministrativa** le autorità competenti in materia di protezione sono la Polizia — uffici di frontiera e uffici sul territorio (Questure) per quanto riguarda l’accesso alla procedura e le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale nonché per quanto riguarda il colloquio e la decisione e la Commissione Nazionale per il diritto di asilo, competente a decidere della revoca e cessazione della protezione.

Nella fase amministrativa, tra l’altro, **la Questura (Unità Dublino)** avvia la procedura per la **determinazione dello Stato competente**, secondo il regolamento CE n. 343/2004 (c.d. regolamento Dublino II) e decide sulle misure di accoglienza o trattenimento, rilasciando un attestato nominativo che certifica la qualità di richiedente o, a seconda dei casi, un **permesso di soggiorno valido per tre mesi, rinnovabile**.

La **fase amministrativa si conclude con la decisione della Commissione territoriale** che può:

- a) riconoscere lo status di rifugiato;
- b) riconoscere la protezione sussidiaria;
- c) rigettare la domanda di protezione internazionale ma, per gravi motivi di carattere umanitario, trasmettere gli atti al Questore per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell’articolo 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998;
- d) rigettare la domanda per mancanza dei requisiti o per esclusione della protezione;
- e) dichiarare la domanda inammissibile.

Se il richiedente riceve una decisione negativa o se ritiene che la forma di protezione ricevuta non sia adeguata alla propria situazione ovvero se riceve una decisione di revoca o cessazione della misura da parte della Commissione nazionale, può fare ricorso avverso la decisione della Commissione e chiedere che il tribunale territorialmente competente riesamini il caso.

Lo status di rifugiato presuppone che una persona abbia un timore fondato di essere perseguitata, nel proprio Paese di origine o, se non ha una cittadinanza, di residenza abituale, per motivi: - di razza, o meglio di etnia, (ad esempio, per il colore della pelle o per la appartenenza a un gruppo etnico, a una tribù/comunità o a una minoranza); - di religione (ad esempio, per il fatto di professare o di non professare una determinata religione o di appartenere ad un determinato gruppo religioso); - di nazionalità (ad esempio, per la sua appartenenza ad una minoranza etnica o linguistica); - di appartenenza ad un gruppo sociale (gruppo di persone che condividono una caratteristica comune o che sono percepite come un gruppo dalla società in base, ad esempio, a sesso, genere, orientamento sessuale, famiglia, cultura, educazione, professione); - di opinione politica (ad esempio, per le opinioni politiche, per le attività politiche, per le opinioni politiche attribuite, per l'obiezione di coscienza); e non vuole o non può ricevere protezione e tutela dallo Stato di origine o dallo Stato in cui abbia risieduto abitualmente. Per persecuzione si intendono, per esempio, le minacce alla vita, la tortura, le ingiuste privazioni della libertà personale, le violazioni gravi dei diritti umani. Per essere riconosciuti rifugiati, non è indispensabile essere già stati effettivamente vittime di persecuzioni. Può essere riconosciuto rifugiato anche chi abbia fondati motivi per temere che, in caso di rimpatrio, si troverebbe esposto ad un serio rischio di persecuzione. La definizione di rifugiato si trova nell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951, secondo la quale è rifugiato colui che "temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo una cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di siffatti avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra".

In generale, le difficoltà economiche, anche se reali e in alcuni casi molto gravi, non costituiscono motivi per il riconoscimento dello status di rifugiato.

La protezione sussidiaria viene accordata ad un cittadino non appartenente all'Unione Europea, o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che se tornasse nel Paese di origine, o nel Paese nel quale aveva la propria dimora abituale correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno, e il quale non può o non vuole, a causa di tale rischio, avvalersi della protezione di detto Paese.

La protezione umanitaria: le Questure possono rilasciare un permesso di soggiorno per motivi umanitari tutte le volte in cui le Commissioni Territoriali, pur non ravvisando gli estremi per la protezione internazionale, rilevino "gravi motivi di carattere umanitario" a carico del richiedente asilo.

13.- I permessi per motivi umanitari.

Da quel che si è detto risulta evidente che la difficoltà maggiore che si ha nel decidere se e quale misura di protezione concedere è rappresentata dalla esatta individuazione della situazione dell'interessato e del suo Paese di origine.

Detto questo, mi sembra interessante, in questa sede, limitarmi ad illustrare quella che è la forma di protezione caratteristica del nostro sistema, cioè la “**protezione umanitaria**”, che da sempre è un istituto molto dibattuto, tanto che già nella citata sentenza delle Sezioni Unite **26 maggio 1997, n. 4674** in materia di asilo è stato stabilito, in ordine ai presupposti e alla natura dei **permessi di soggiorno per motivi umanitari**, che il relativo rilascio non costituisce atto meramente consequenziale del procedimento introdotto con la domanda di asilo ma, al contrario, presuppone che sia stata accertata la sussistenza di condizioni che richiedono protezione, anche se siano diverse da quelle proprie della protezione sussidiaria o correlate a condizioni temporali limitate e circoscritte, come previsto dall'art. 32, terzo comma, del d.lgs. n. 25 del 2008, ai sensi del quale le Commissioni territoriali, quando ritengano sussistenti gravi motivi umanitari (evidentemente inidonei ad integrare le condizioni necessarie per la protezione sussidiaria) devono trasmettere gli atti al Questore per il rilascio del conseguente permesso di soggiorno (orientamento poi consolidatosi, vedi, in tal senso, fra le tante: **Cass., SU 27 marzo 2008, n. 7933** nonché **Cass., 18 febbraio 2011, n. 4139, Cass., 21 novembre 2011, n. 24544**).

Inoltre, la protezione umanitaria, nata come residuale, oggi costituisce una delle soluzioni più frequenti adottate dalle Commissioni territoriali competenti a decidere sulle istanze di protezione internazionale, ancorché sia indubitabile che la normativa UE, da sempre, si rivolge solo ai richiedenti protezione internazionale (asilo, rifugio o protezione sussidiaria) e che, pertanto, essa non contempli tra i destinatari coloro che in Italia chiedono od ottengono il riconoscimento dello status di protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 6, del t.u. n. 286 del 1998 in materia di immigrazione.

La **direttiva qualifiche** — sia nel testo originario (recepito nel d.lgs. n. 251 del 2007) sia nel nuovo testo (ancora in fase di recepimento) — **esclude** espressamente dal proprio ambito applicativo i cittadini di Paesi terzi o gli apolidi «cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per **motivi umanitari riconosciuti su base discrezionale**» (vedi: *Considerando* n. 9 nel preambolo della direttiva 2004/83/CE e *Considerando* n. 14, nel preambolo della direttiva 2011/95/UE).

Inoltre, l'art. 3 della direttiva stessa attribuisce agli Stati membri la «**facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli** in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone ammissibili alla protezione sussidiaria nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva».

E, a tale ultimo riguardo, la **Corte di giustizia UE, nella sentenza della Grande Sezione 9 novembre 2010 (nelle cause riunite C-57/09 e C-101/09)**, ha precisato che il suddetto art. 3 deve

essere interpretato nel senso 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 (commissione di un reato grave di diritto comune o atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite) di tale direttiva, purché quest'altro tipo di protezione non comporti un rischio di confusione con lo *status* di rifugiato ai sensi di quest'ultima.

La chiara scelta della UE nel senso suindicato da un lato rappresenta un ulteriore ostacolo, probabilmente insormontabile, per un **successivo reinsediamento legale** in un altro Paese – il che può anche determinare un aumento del numero degli stranieri che, pur avendo titolo per chiedere ed ottenere uno status di protezione internazionale o umanitaria, potranno trovarsi in una condizione di soggiorno irregolare – ma, d'altra parte, è anche da considerare che grazie a questa soluzione comunque si offre una forma di protezione – e quindi una chance di inserimento – a persone che, altrimenti, dovrebbero essere rimandate nel Paese di provenienza.

Del resto, è bene considerare che la “protezione umanitaria” nell'ordinamento italiano è stata prevista molto tempo prima del recepimento della direttiva qualifiche, come possibilità di evitare il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno in caso di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (**art. 5, comma 6, della legge 6 marzo 1998, n. 40, poi divenuto art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998**).

Il **decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89** (convertito dalla legge 2 agosto 2011, n. 129) ha aggiunto al suddetto comma 6 un ultimo periodo, che rafforza le garanzie del destinatario della protezione, stabilendo che: «il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal Questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione».

Va anche tenuto presente che il **d.lgs. n. 251 del 2007** (Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta), nel testo risultante dalle modifiche di cui al d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18:

1) da un lato considera l'insussistenza di «gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine» come una condizione indispensabile da valutare per respingere la domanda di protezione internazionale (art. 3, comma 4) ovvero per disporre la cessazione dello status di rifugiato (art. 9, comma 2) o la cessazione dello status di protezione internazionale (art 15, comma 2);

2) dall'altro lato, nell'art. 34, commi 4 e 5, stabilisce che «allo straniero con permesso di soggiorno umanitario di cui all'articolo 5, comma 6, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni, rilasciato dalla Questura su richiesta dell'organo di esame della istanza di riconoscimento dello status di rifugiato, prima dell'entrata in vigore del presente decreto, è rilasciato al momento del rinnovo il permesso per protezione sussidiaria di cui

al presente decreto» e che «ai titolari del permesso di soggiorno umanitario di cui al comma 4 sono riconosciuti i medesimi diritti stabiliti dal presente decreto a favore dei titolari dello *status* di protezione sussidiaria».

Inoltre, **l'art. 36, comma 4, della direttiva 2005/85/CE** (non annullato dalla nota **sentenza 6 maggio 2008 della Grande Sezione nella causa C-133/06, Parlamento europeo c/ Consiglio dell'Unione europea**) espressamente afferma che gli Stati membri interessati stabiliscono nel diritto interno le modalità di applicazione delle disposizioni dettate dalla direttiva stessa in materia di esame delle domande di asilo «e le conseguenze di decisioni adottate a norma delle disposizioni stesse, in conformità del principio di *non refoulement* a norma della convenzione di Ginevra, prevedendo altresì le eccezioni all'applicazione del presente articolo per motivi umanitari o politici o di diritto internazionale».

Conseguentemente, **l'art. 32, comma 3, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25** (Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato), come modificato da ultimo dal d.l. 22 agosto 2014, n. 119 (decreto procedure) ha stabilito che le neo-istituite Commissioni territoriali se, pur non accogliendo la domanda di protezione internazionale, ritengano tuttavia che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, trasmettono « 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 ».

Al riguardo va anche considerato che — come osservato da **Cass., SU 9 settembre 2009, n. 19393** — il quadro normativo di riferimento complessivo deve essere integrato anche dagli artt. art. 2 e 10, terzo comma, Cost., dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 (resa esecutiva con legge n. 722 del 1954), dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, nonché dall'art. 3 della CEDU e dall'analogo art. 18 della c.d. Carta di Nizza.

Va altresì tenuto presente che la questione dei permessi per motivi umanitari si collega a quella del **divieto di espulsione e respingimento in caso di pericolo di persecuzione** (disciplinata dall'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998), sicché è facile comprendere che si tratta di una questione estremamente delicata, che ha creato — e, in parte, continua a creare — molti problemi di tipo politico e giudiziario (vedi per tutte sul punto: **Cons. Stato, sez. VI, n. 2036 del 2010** cit.).

I problemi di tipo giudiziario si sono tradotti sia in **conflitti di giurisdizione** tra giudice ordinario e giudice amministrativo, sia in **contrastanti interpretativi**, sia in **importanti sentenze delle Corti supreme europee (UE e CEDU)**, culminate nella **nota sentenza della Corte di Strasburgo del 23 febbraio 2012, nel caso Hirsi e altri**, di condanna dell'Italia per i respingimenti in massa verso la Libia, seguita dalla sentenza 1 settembre 2015, **Khlaifia e altri c. Italia**, riguardante un caso di respingimento collettivo verso la Tunisia di alcuni cittadini tunisini, effettuato dal nostro Paese a ridosso delle c.d. primavere arabe.

I suddetti problemi “interni” di tipo processuale — la maggior parte dei quali può considerarsi attualmente risolta — sono stati principalmente originati dal **succedersi di diverse**

modifiche legislative, con risvolti anche sulla qualificazione della situazione soggettiva (interesse legittimo o diritto soggettivo) da riconoscere all'interessato.

Non sono invece ancora completamente risolti i problemi interpretativi di **tipo sostanziale** e ciò dipende principalmente dal fatto che l'individuazione delle fattispecie meritevoli di protezione umanitaria – regolata dalla disciplina nazionale – ha notevoli interferenze con la normativa sulle espulsioni e quindi anche con le disposizioni internazionali e sovranazionali che si collegano al **principio fondamentale di non refoulement** enunciato dall'art. 33 della Convenzione dell'Aja del 1951.

14.- Presupposti sostanziali per il riconoscimento della protezione umanitaria e conseguente soluzione delle relative questioni di giurisdizione.

Ovviamente, la prima questione che si pone, nell'ambito materiale di cui si discute, è quella delle **condizioni in base alle quali può essere riconosciuta la protezione umanitaria** che, come si è detto, ha **carattere residuale** rispetto alle qualifiche più favorevoli di rifugiato e di titolare di protezione sussidiaria.

Tale questione è stata affrontata da **Cass., 14 maggio 2012, n. 7492** la quale, come risulta dalla motivazione, ha stabilito che: «il riconoscimento della protezione umanitaria è consentito solo in presenza dei **presupposti previsti dalla legge, fra i quali non rientra la situazione di instabilità di un Paese o la generica limitazione delle libertà civili**, mentre anche la previsione generale di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 richiede la riscontrata sussistenza del pericolo di persecuzione ai danni del richiedente, “per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali”, nei limiti in cui tale persecuzione non giustifichi addirittura il riconoscimento dei più favorevoli status di rifugiato o di protezione sussidiaria».

Conseguentemente, la Corte ha respinto il motivo di ricorso con il quale si sosteneva che la situazione di **compromissione della stabilità di un Paese** — nella specie, il Pakistan — che si traduce nella quasi totale inesistenza delle minime libertà civili che devono essere assicurate da un ordinamento democratico integra i seri motivi umanitari previsti dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 a fondamento del rilascio del permesso di soggiorno, anche in mancanza di atti di persecuzione individuale ai sensi dell'art. 19, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 286 del 1998.

La suddetta sentenza è del tutto conforme alla copiosa giurisprudenza della Corte di cassazione (vedi, per tutte: **Cass., SU 16 settembre 2010, n. 19577; Cass., 3 maggio 2010, n. 10636; Cass., 17 febbraio 2011, n. 3898**) successiva alle **decisioni delle Sezioni unite 9 settembre 2009, n. 19393, n. 19394, n. 19395 e n. 19396** grazie alla quale ormai possono dirsi acquisiti i seguenti principi:

1) **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, collegata all'espressa disciplina contenuta nell'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, il quale individua la situazione che impone il divieto di espulsione e

respingimento (e che pertanto legittima il diritto al soggiorno per un motivo che non può non definirsi di natura umanitaria) con riferimento alla possibilità che lo straniero subisca persecuzioni per le ragioni dalla norma indicate, con formulazione solo marginalmente diversa da quella utilizzata dalla Convenzione di Ginevra per descrivere i presupposti per la concessione dello *status* di rifugiato;

2) utilizzabilità, a tal fine, del criterio dell'**interpretazione costituzionalmente orientata (con riferimento all'art. 2 Cost.) della disciplina interna, anche previgente al 20 aprile 2005**, sulla base delle norme interne di attuazione delle direttive 2004/83/CE e 2005/85/CE, di cui, rispettivamente, al d.lgs. n. 251 del 2007 e al d.lgs. n. 25 del 2008 (parzialmente modificato con il d.lgs. n. 159 del 2008) e, in particolare, in riferimento sia all'art. 32 del d.lgs. n. 251 del 2007 — che ha attribuito le valutazioni relative ai presupposti per la concessione dei permessi di soggiorno umanitari alle stesse Commissioni territoriali competenti per l'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e la concessione della "protezione sussidiaria" di cui all'art. 2, lett. e) e ss., del d.lgs. n. 25 del 2008 — sia all'art. 34, il quale ha stabilito l'equivalenza degli effetti delle dette misure di "protezione sussidiaria" e dei permessi di soggiorno per ragioni umanitarie;

3) **superamento del precedente indirizzo secondo cui si riteneva che l'art. 19 TU dovesse essere letto in connessione con il successivo art. 20**, il quale prevede, come limite all'apprezzamento del giudice l'avvenuta adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con tutti i Ministri interessati, di misure temporanee da adottare, anche in deroga della disciplina generale dell'immigrazione, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità, con valorizzazione del diverso indirizzo (seguito da **Cass., 25 luglio 2007, n. 16417** e da **Cass. 20 settembre 2012, n. 15981** cit., relative ad ipotesi in cui in Senegal, Paese di provenienza, l'omosessualità era prevista come reato) in base al quale l'accertamento del giudice in ordine alla sussistenza del fatto persecutorio deve essere del tutto autonomo. Del resto, anche nella più volte citata sentenza della Grande Sezione della CGUE in data 6 settembre 2017 è stato sottolineato che la disciplina sulla protezione temporanea – dettata, in ambito UE dalla direttiva 2001/55– attribuisce uno status cui si collegano diritti più limitati rispetto alla protezione internazionale e, può aggiungersi, anche rispetto alla protezione umanitaria;

4) valorizzazione dei persuasivi rilievi della dottrina, secondo cui **l'art. 20 riguarda situazioni collettive** ed autorizza deroghe alla ordinaria disciplina dell'immigrazione in favore della generalità di soggetti nei cui confronti si siano verificati gli eventi indicati nella disposizione stessa, mentre l'art. 19 ha ad oggetto situazioni meramente individuali;

5) configurazione dell'istituto del **divieto di espulsione o di respingimento previsto dall'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 come misura di protezione umanitaria a carattere negativo**, che non conferisce, di per sé, al beneficiario alcun titolo di soggiorno in Italia, ma solo il diritto di non vedersi nuovamente immesso in un contesto di elevato rischio personale, spettando al giudice di valutare in concreto la sussistenza delle allegate condizioni ostative all'espulsione o al

respingimento, sicché ove l'interessato abbia inoltrato istanza di riconoscimento dello *status* rifugiato, ottenendo permesso di soggiorno per richiesto asilo politico, e tuttavia il **provvedimento della Commissione centrale per il riconoscimento di tale *status* sia stato negativo**, il giudice non può da tale situazione trarre la conseguenza della regolare emissione nei confronti del ricorrente del decreto di espulsione sul rilievo che lo straniero non sia risultato essere in possesso di alcun permesso di soggiorno senza pronunciarsi sul concreto pericolo, prospettato dall'opponente, di essere sottoposto a persecuzione o a trattamenti inumani e/o degradanti in caso di espulsione nel Paese di origine, pericolo concreto che, se accertato, comporta una situazione ostativa all'espulsione dello straniero stesso, in base al citato art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 e ai principi di diritto in precedenza enunciati;

6) necessità, per evidenti ragioni di rispetto del **principio di ragionevole durata dei giudizi di cui all'art. 111 Cost.**, di **non attribuire a giudici appartenenti a plessi giurisdizionali diversi la cognizione di situazioni giuridiche** tra loro strettamente connesse, come quelle sulle quali si basa la domanda di asilo o di riconoscimento dello *status* di rifugiato e quella diretta a ottenere la protezione per ragioni umanitarie, diversamente da quanto era disposto dalla normativa vigente anteriormente al 20 aprile 2005, secondo cui il giudice ordinario poteva conoscere della domanda di protezione umanitaria, soltanto ove al Questore fosse stato preventivamente richiesto il rilascio del relativo permesso dopo il rigetto, da parte della Commissione nazionale, del riconoscimento dello status di rifugiato politico (**Cass., 23 dicembre 2010, n. 26056**);

7) configurazione come diritto soggettivo – da annoverare tra i diritti umani fondamentali garantiti dagli art. 2 Cost. e 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e, pertanto, non degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo – della situazione giuridica soggettiva del migrante che richiede il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo il rigetto della domanda di riconoscimento dello "status" di rifugiato, con conseguente sussistenza della **giurisdizione del giudice ordinario** non essendo più attribuita al questore **alcuna discrezionalità valutativa** in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari (vedi: **Cass., SU 19 maggio 2009, n. 11535; Cass. SU 28 febbraio 2017, n. 5059**):

Va anche aggiunto che la suddetta giurisprudenza si è formata sull'esplicito presupposto secondo cui la disciplina di cui agli artt. 5, comma 6, e 19 del d.lgs. n. 286 del 1998 e all'art. 28, lettera *d*), del relativo regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 394 del 1999 era destinata ad avere ancora **breve applicazione**, in quanto l'art. 34, comma 3, della legge 30 luglio 2002, n. 189, nel dettare la disciplina transitoria, ha stabilito che la nuova disciplina del diritto d'asilo — e in particolare l'art. 32 che ha attribuito alle nuove Commissioni territoriali il potere, anche officioso, di effettuare la valutazione (di natura tecnica, data la composizione delle Commissioni stesse) dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 — dovesse trovare applicazione dalla data di entrata in vigore (20 aprile 2005) del regolamento approvato con d.P.R. n. 303 del 2004, il quale, a sua volta, all'art. 21 ha espressamente previsto che le richieste di riconoscimento dello status di rifugiato, proposte anteriormente al 20 aprile 2005 sono decise in applicazione della disciplina precedente.

Di conseguenza, in varie circostanze la giurisprudenza di legittimità:

a) ha sottolineato che, per effetto del **d.lgs. n. 251 del 2007**, l'istituto della protezione umanitaria (di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998) è divenuto un **istituto "ad esaurimento"**, visto che i relativi permessi in sede di rinnovo devono essere sostituiti con **permessi per la protezione sussidiaria** e, nella loro residua permanenza, comportano il riconoscimento dei diritti propri di tale ultima qualifica (vedi, per tutte: **Cass., 21 novembre 2011, n. 24544**);

b) ha chiarito che il provvedimento negativo della **Commissione territoriale** è impugnabile, ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 25 del 2008, davanti al giudice ordinario, il quale, in caso di accoglimento del ricorso provvede alla trasmissione degli atti al Questore (vedi **Cass., 9 dicembre 2011, n. 26481**);

c) ha affermato che, in tema di valutazione degli elementi di prova, anche con riguardo alla protezione umanitaria assumono centrale rilievo la mancanza di prove del racconto dell'interessato o **quantomeno la credibilità soggettiva del medesimo**, "analogamente a quanto è previsto quanto al riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria" (**Cass. 21 dicembre 2016, n. 26441**).

Dal punto di vista sostanziale, sulla base dei suddetti principi è stato anche precisato che la tutela di tipo umanitario, avente carattere residuale (**Cass., 19 aprile 2012, n. 6197; Cass., 6 marzo 2012, n. 3492; Cass., 18 febbraio 2011, n. 4139; Cass., 18 febbraio 2011, n. 4130**), non casualmente correlata ad un predeterminato arco di tempo, spetta quando le gravi ragioni di protezione accertate — aventi gravità e precisione pari a quelle sottese a forme di tutela maggiore — siano solo **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).

Ma la Corte ha altresì rilevato che il diritto alla protezione umanitaria si deve sempre collegare alla **grave violazione dei diritti umani** subita dal richiedente nel Paese di provenienza, sicché esso non può essere riconosciuto per il semplice fatto che l'immigrato versi in non buone **condizioni di salute** se tali condizioni non sono l'effetto dell'anzidetta violazione. Né, in assenza delle condizioni per il riconoscimento del suddetto diritto, possono rilevare le buone prospettive di integrazione in Italia (**Cass. 21 dicembre 2016, n. 26441**).

La protezione umanitaria è fatta per adattarsi alle **contingenze storiche** così mutevoli

In esito alla descritta evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione **anche la giurisprudenza amministrativa** è ormai orientata nel senso che "sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione del provvedimento del Questore di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari" (vedi, per tutte, **Cons. Stato, sez. III, 5 giugno 2012, n. 3309**).

15.- Criticità del sistema delle quote.

Come si è detto, il regime “ordinario” in materia di ingresso e soggiorno dei migranti – non forzati – stranieri nel territorio nazionale dal 2010 in poi – anche a causa della crisi economica – è entrato in crisi, in quanto, anche se gli arrivi in Italia per ragioni economiche siano raddoppiati e il bilancio demografico italiano sia sempre più negativo (con perdite annuali di popolazione italiana stimate tra le 100 e le 150 mila persone), tuttavia il Governo ha, di fatto, continuato a bloccare gli ingressi legali per lavoro, emanando **mini decreti flussi annuali**, contenenti per la maggior parte quote per lavoro stagionale e solo per una minoranza quote per lavoro subordinato ordinario, che invece sono quelle più richieste.

Pertanto, di anno in anno, si registra anche per tale ragione – oltre che per il permanere del reato di immigrazione clandestina – un aumento delle persone che si trovano in **situazione di irregolarità** nel territorio nazionale, mentre il **caporalato** – cioè l’intermediazione illecita del lavoro – continua ad essere molto diffuso non solo nei settori “tradizionali” dell’agricoltura e dell’edilizia, ma anche in altri settori come il commercio ed i servizi alla persona.

Eppure sia la normativa nazionale sia quella UE sanzionano il caporalato nonché gli imprenditori che assumono stranieri irregolari, ma ciononostante i caporali continuano a dimostrarsi più efficienti – benché certamente più spietati – dei servizi pubblici per l’impiego.

In Italia le sanzioni sono divenute anche più severe grazie alla **legge 29 ottobre 2016, n. 199** specificamente finalizzata al contrasto del caporalato, che era attesa da decenni.

In questo **primo periodo di applicazione** sembra che tale legge abbia funzionato bene sul fronte penalistico, ma che stenti a produrre risultati soddisfacenti sul fronte dei controlli ispettivi, che infatti il Governo ha detto di voler potenziare.

Gli stessi operatori hanno evidenziato le loro **difficoltà operative**.

Infatti, Fabio Vitale, Capo della Direzione centrale Vigilanza, Prevenzione e Contrasto all’economia sommersa dell’INPS, ha affermato che il caporalato è “un vero e proprio **schiaffismo del terzo millennio**” e che nell’ambito del lavoro agricolo nei campi muoiono molti braccianti che sono del tutto “trasparenti” perché clandestini e privi di familiari che possano denunciarne la scomparsa come accade, invece, per i lavoratori italiani che fanno la stessa fine.

Questa complessiva situazione – che può riguardare anche rifugiati – dimostra che l’inefficienza del sistema delle quote può avere drammatiche conseguenze, ma siccome nel corso degli anni la situazione occupazionale degli italiani non è certo diventata migliore **non si pensa a cambiamenti**.

Eppure tutto questo anche se non ha sempre epiloghi tragici porta ad ingrassare il **mercato illegale dei permessi**, come è dimostrato indirettamente da un numero di domande presentate annualmente per lavoro subordinato, che è di circa sei volte maggiore rispetto alle quote previste nei decreti flussi, quote che, a loro volta, non vengono assegnate tutte, per problemi burocratici.

D'altra parte, le modifiche più significative del sistema si sono avute per effetto di un progressivo aumento dei casi **"fuori quota"**, cioè delle situazioni lavorative che non rientrano nel decreto annuale di programmazione dei flussi, originariamente incluse nel c.d. lavoro "in casi particolari" di cui all'art. 27 TUI.

Così nel corso del tempo fra i **"fuori quota"** si sono fatti rientrare: l'ingresso e soggiorno per volontariato, per ricerca scientifica, per lavoratori altamente qualificati provenienti da Paesi oltre i confini UE cui viene rilasciata la Carta blu UE (ai sensi del d.lgs. 20 giugno 2012, n. 108, che ha dato attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati), l'ingresso e soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari (permesso di soggiorno ICT - intra-corporate transfer, rilasciato dall'Italia o da altro Stato membro UE) e da ultimo ingresso e soggiorno di lavoratori autonomi beneficiari del programma Italia Startup Visa nonché ingresso e soggiorno per investitori stranieri.

Come si vede, si tratta di una immigrazione di elite, mentre per i casi ordinari, il sistema delle quote già di per sé inefficiente – tanto da determinare **ben otto sanatorie** dall'entrata in vigore del TUI, alle quali il legislatore nazionale è stato, in un certo senso, costretto dalla rigidità della disciplina che genera irregolari, obbligati per varie ragioni a restare in Italia – nel corso degli anni ha sempre di più dimostrato la sua **inadeguatezza**, consentendo a minoranze di migranti molto esigue di ottenere un soggiorno regolare e quindi di realizzare la propria aspirazione a svolgere, in condizioni di legittimità, un lavoro dignitoso, come lo intendono la nostra Costituzione e le Carte internazionali.

D'altra parte, anche per i **migranti "forzati"** l'ottenimento di un lavoro regolare non è certo facile né immediato.

Sappiamo che l'attribuzione sia del permesso di soggiorno per asilo politico (riconoscimento dello status di rifugiato), sia di quello per protezione sussidiaria sia di quello per protezione umanitaria, consentono di svolgere **attività lavorativa**, anche se a condizioni, rispettivamente, diverse e per periodi di tempo differenti (che dipendono dalla diversa durata dei permessi e dalle diverse condizioni per il rinnovo).

Tuttavia, prima di ottenere uno dei suddetti permessi di soggiorno al migrante non è consentito di svolgere attività lavorativa subito dopo aver **presentato la domanda** di protezione internazionale e asilo politico.

Poiché spesso i **tempi necessari** per l'esame delle domande sono lunghi, dopo alcune incertezze il Ministero del Lavoro con il **parere prot. n. 14751 del 26 luglio 2016** ha fornito indicazioni operative al riguardo stabilendo che la ricevuta attestante la presentazione della richiesta di protezione internazionale costituisce permesso di soggiorno provvisorio che consente di espletare attività lavorativa (subordinata oppure autonoma) decorsi **60 giorni dalla presentazione** della domanda di protezione, laddove il relativo procedimento non si sia concluso ed il ritardo non sia ascrivibile al richiedente.

Tale permesso di soggiorno però **“non può essere convertito** in permesso per motivi di lavoro”, essendone diversi i presupposti.

Inoltre sono previste sanzioni anche severe per chi assume lavoratori “in nero”, all’esito dei controlli degli ispettori.

Il sistema è molto articolato, ma non risulta certamente efficiente – né di immediata comprensione e chiara applicazione – e **genera eserciti di irregolari** o comunque di sbandati e che, pur avendo un titolo di protezione o avendolo chiesto a buon diritto, diventano **ombre** visibili solo come “prede” per i datori di lavoro, nella maggior parte dei casi italiani, che non rispettano la normativa loro imposta né per le retribuzioni, né per l’orario di lavoro né per i contributi previdenziali e assistenziali.

Ovviamente, non si hanno notizie precise sul **numero di queste persone**, ma da rilevazioni attendibili¹⁸ si stima che siano più di 400 mila, ivi compresi i richiedenti asilo e i già rifugiati attualmente presenti nel sistema di accoglienza dello Stato italiano, che include le persone ospitate nei diversi Centri di accoglienza e nel sistema SPRAR di accoglienza diffusa (che sono 174 mila, secondo i dati del Ministero dell’Interno aggiornati al 20 marzo 2017) e i migranti “ufficialmente” irregolari, ospitati nei CIE in attesa di espulsione.

In sintesi, la suddetta situazione, caratterizzata dalla chiusura solo formale degli ingressi di migranti economici cui si accompagna la gestione superficiale dell’arrivo di richiedenti protezione (circa 10 mila minori scomparsi l’anno scorso, di cui metà in Italia; strutture di accoglienza che non coprono nemmeno il 50% del fabbisogno, migliaia di rifugiati lasciati per strada), determina il manifestarsi nel mercato del lavoro di forti fenomeni di **dumping lavorativo e sociale**, oltre ai gravi casi di sfruttamento e caporalato, di italiani e migranti.

Ed anche a causa di tale situazione la sicurezza sul lavoro tende a diminuire, specialmente per i lavoratori irregolari spesso immigrati.

16.- Orientamenti della giurisprudenza di merito in materia di protezione umanitaria.

L’insieme di questi elementi si traduce in un vertiginoso aumento delle situazioni di disagio sociale dei migranti che sono nel nostro territorio, con l’effetto collaterale non secondario della crescita dell’insofferenza da parte degli italiani, con casi anche gravi di **xenofobia**.

Anche a causa di tale complessiva situazione, nella giurisprudenza di merito, si è affermata – e si va rafforzando – la tendenza alla **concessione della protezione umanitaria** per situazioni estranee già in origine alla protezione internazionale (motivi di salute, risalente presenza in Italia, ecc.), facendo riferimento all’art. 5, comma 6, del TU immigrazione, che ha un ambito applicativo specifico e autonomo, più ampio rispetto a quello dell’art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25 del 2008 (di attuazione della direttiva procedure).

¹⁸ Ventiduesimo Rapporto sulle Migrazioni 2016 della Fondazione ISMU - Iniziative e Studi sulla Multietnicità (per un commento, vedi: F. Colombo, Quanti sono, in tutto, gli stranieri in Italia? in www.lenius.it 23 marzo 2017

È noto che vi sono alcune ipotesi in cui è lo stesso TU per l'immigrazione, nel testo risultante dalle modifiche di cui al d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119 a consentire la concessione della protezione umanitaria per fattispecie non necessariamente collegate alla protezione internazionale.

Questo, ad esempio, si verifica per:

a) per il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale in favore degli stranieri vittime di accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento o di tratta, la cui incolumità sia in pericolo cui si voglia consentire di sottrarsi alle suddette situazioni criminali e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale (art. 18 TU);

b) per il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica, cui si voglia consentire di sottrarsi alla violenza stessa (art. 18-bis TU). Anzi, per questa fattispecie, la Corte di cassazione ha stabilito 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 statale", ai sensi dell'art. 5, lett. c), del decreto citato, come il marito della ricorrente, lo Stato di origine sia in grado di offrire alla donna adeguata protezione. Di conseguenza, è stata cassata la sentenza impugnata che, con riguardo alla vicenda di una cittadina marocchina vittima di abusi e violenze – proseguiti anche dopo il divorzio – da parte del coniuge, punito dalla giustizia marocchina con una blanda sanzione penale, aveva negato il riconoscimento della protezione internazionale valorizzando elementi quali la condanna penale, l'ottenimento del divorzio e l'appoggio della famiglia di origine della donna, circostanze tutte ritenute dalla Corte di cassazione di per sé non necessariamente indicative di un'adeguata protezione da parte del Paese di origine (**Cass. 17 maggio 2017, n. 12333**);

c) per il permesso per motivi umanitari nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo, penalmente accertato (art. 22, commi 12-bis, 12-quater e 12-quinquies TU).

Tutte le suindicate situazioni – da valutare, ovviamente, caso per caso – presuppongono il riconoscimento dell'esistenza di una situazione di sfruttamento o di violenza e quindi dovrebbero essere accompagnate dall'invio ai **servizi sociali** per l'attivazione di specifici programmi, altrimenti la concessione del permesso resta una misura meramente formale, che nasconde la sostanziale negazione della tutela di diritti fondamentali, foriera di gravissimi danni per le/gli interessate/i.

Comunque questi casi non esauriscono certo l'ambito applicativo della protezione umanitaria, visto che, in molti casi, tale misura viene applicata – a prescindere dagli orientamenti della giurisprudenza di legittimità – perché si ritiene che la **storia personale** del richiedente asilo e/o il suo **percorso migratorio** meritino attenzione e protezione.

Così – con riguardo alla storia personale – valorizzandosi le ragioni per le quali l'interessato ha lasciato il Paese di provenienza, anche se non pertinenti per la protezione internazionale, si può

pervenire a considerarle motivo di protezione umanitaria. In questa ottica, ad esempio, si può dare rilievo alla giovane età, alle condizioni sociali del Paese stesso e, in particolare, all'assenza di welfare che non consente di avere risorse contro l'emarginazione o la vulnerabilità e anche alle condizioni di povertà in cui si trova il richiedente, e così via.

Quanto al **percorso migratorio**, possono essere prese in considerazione le condizioni disumane alle quali sono assoggettate le persone nei viaggi della migrazione o nei Paesi di transito, come la Libia, in quanto le sofferenze ed i rischi di sopravvivenza sono sicuramente situazioni protette dal permesso per motivi umanitari.

Alle suddette ipotesi possono aggiungersi anche il **tempo trascorso** in Italia e gli indici di **inserimento** (lavorativo o progettuale) al fine di arrivare ad una valutazione della sussistenza di gravi ragioni umanitarie.

Ebbene, se alcune delle suindicate situazioni – come la condizione di povertà – per quanto frequentemente valorizzate destano **perplexità**, perché non sempre nei relativi provvedimenti emerge il collegamento, sia pure indiretto, con la protezione internazionale, va aggiunto che ancor più problematica appare la concessione della protezione umanitaria per altre situazioni quali le **truffe subite** in sede di regolarizzazione ovvero la presenza di minori e/o di familiari o anche lo sfruttamento lavorativo, non collegato ad ipotesi criminose nei confronti del datore di lavoro.

Del resto, molti dei suindicati casi spesso non sono riconosciuti meritevoli di protezione dalle **questure**, come accade in genere per i motivi di salute, oppure per la **risalente irregolare** presenza in Italia di tante persone rom e, d'altra parte, sono anche pochi i tentativi degli avvocati di portare in giudizio tali provvedimenti.

Quel che è certo è che la tendenza dei Giudici di merito a “largheggiare” nella concessione della protezione umanitaria – soprattutto in alcune ipotesi, come quella dell'avvenuto **inserimento socio-lavorativo** del richiedente – nasce dalla sostanziale chiusura degli ingressi legali per ragioni di lavoro, di cui si è detto.

Mentre per altre situazioni come quelle dei “migranti climatici e/o ambientali” e delle condizioni disumane e delle violenze subite durante il **percorso migratorio** nasce da inadeguatezze della impostazione delle misure di protezione internazionale le quali:

a) attribuiscono rilievo soltanto alla situazione del migrante nel Paese di origine e non in quelli di transito o di partenza;

b) non fanno rientrare nella figura di rifugiato riconosciuta dalla Convenzione di Ginevra i migranti climatici o ambientali, sicché essi non hanno alcun titolo per la protezione internazionale, mentre è noto che si tratta di un fenomeno molto imponente, che spesso viene sottovalutato o configurato come “migrazione economica” senza considerare che molte migrazioni economiche hanno una prima **causa climatica creata dall'uomo**. Basta pensare al caso del **Ghana** e delle sue coltivazioni di pomodoro. Fino all'arrivo sul mercato locale dei **pelati sottocosto italiani** ed europei

venduti a un prezzo più basso di quelli prodotti e inscatolati in loco esisteva una piccola fiorente industria conserviera ghanese, alimentata dai pomodori coltivati dai contadini del posto.

Dopo il suddetto arrivo, reso possibile grazie ai notevoli contributi UE, il prodotto europeo ha soppiantato quello locale e portato molta gente a restare senza lavoro. Quella stessa gente, magari, è stata costretta a salire **su un barcone per arrivare in Italia**, dove non è raro sia finita a raccogliere i pomodori, spesso in condizioni poco dignitose.

Allora come si fa a considerare simili casi semplici “migrazioni economiche”, quando è evidente che senza il “provvido” **intervento europeo** – che ha modificato irreversibilmente la situazione ambientale mettendo alla fame le persone che prima avevano un lavoro produttivo di un reddito sufficiente per mantenersi – nessuno avrebbe pensato a lasciare il proprio Paese ?

Per tutte queste ragioni, da più parti, si chiede di **superare la definizione di rifugiato prevista dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dai Protocolli successivi** al fine di includervi anche questa categoria di migranti e si auspica che l’Europa si faccia promotrice presso l’ONU di tali modifiche.

Ma, in attesa, è del tutto comprensibile che in questi casi possa essere concessa, dai nostri giudici, la **protezione umanitaria**, trattandosi di persone che fuggono da condizioni di inabitabilità del proprio territorio, determinata o da eventi disastrosi ed improvvisi o dal lento trasformarsi delle condizioni ambientali e che, in un caso come nell’altro, sono vittime dei cambiamenti climatici.

Questo può verificarsi – per quanto riguarda l’Italia – specialmente nei confronti dei **bengalesi**, i quali, stando ai dati diffusi dal Viminale a settembre 2017, sono sulla rotta del Mediterraneo **il terzo gruppo di migranti più numeroso** nel Paese mentre fino a qualche anno fa non comparivano tra i primi dieci.

Il suddetto aumento è dovuto principalmente al fatto che il **Bangladesh** è stato fortemente interessato dal **cambiamento climatico**, quindi è molto facile che dietro a una migrazione di un bengalese vi sia un **motivo ambientale** perché in Bangladesh sono molte le zone vicine a fiumi che sono esondati e hanno allegato casa e campi. Ma, non è facile risalire a una causa di questo tipo perché anche da parte di chi è stato colpito “**non c’è la consapevolezza di un evento ambientale** che viene considerato quasi normale”¹⁹.

Nella descritta situazione le **prassi giudiziarie “generose”** nel riconoscere la protezione umanitaria, pur potendo risultare il frutto di una interpretazione eccessivamente estensiva del dato normativo, tuttavia – proprio in considerazione dell’aumento delle situazioni di disagio sociale che si è riscontrato negli ultimi anni, per stranieri ed italiani – possono essere considerate ammissibili, ma soltanto a condizione che siano supportate da valide motivazioni, basate su congrue valutazioni del caso esaminato.

¹⁹ Vedi: C. MACCARRONE, Profughi ambientali in cerca di protezione, www.osservatoriodiritti.it, 23 settembre 2017.

In altri termini, si deve trattare di provvedimenti che – ancorché fondati su una **esegesi evolutiva** della legge – tuttavia giustificino tale scelta ermeneutica con solidi argomenti giuridici atti a spiegare le ragioni per le quali la situazione valorizzata – ad esempio l’inserimento socio-lavorativo oppure la povertà – debba comportare il riconoscimento della protezione umanitaria.

Infatti, sono le **regole giuridiche** che contano, in questo come in tutti gli altri campi del vivere sociale, perché se, invece, il cuore del giudice – che pure è essenziale per prendere una qualunque decisione, come ci ha insegnato Piero Calamandrei – prende il sopravvento sulla ragione allora diventa molto alto il rischio della eccessiva, **incontrollata discrezionalità** dei provvedimenti, i cui risultati, non prevedibili di fatto, sono tutt’altro che conformi al **principio di uguaglianza**, sicché, nella sostanza, si viene a creare una situazione perfettamente speculare al rifiuto del migrante o al pregiudizio nei suoi confronti, che ugualmente sono atteggiamenti che spesso hanno una matrice più emotiva che razionale.

Insomma, se realmente si vuole ampliare l’ambito di applicabilità della protezione umanitaria lo si deve fare – nello stesso interesse dei migranti – rispettando i **confini delineati** dal legislatore per questa misura, in quanto il suo carattere residuale e la sua duttilità – voluti dal legislatore – non devono portare a misconoscere il carattere tecnico-giuridico che va attribuito alla locuzione “**seri motivi**, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano” adottata dal legislatore, né va dimenticato che, in base alle regole generali in materia di interpretazione, tale espressione va letta all’interno del contesto in cui è adoperata, nel quale anche alla “grave violazione di diritti fondamentali”, va attribuita una **valenza tecnica**, anche se dai contorni non predeterminati, volutamente.

Del resto, questa è la strada indicata dalla Corte di cassazione.

È vero che, come si è detto, dopo un lungo e complesso percorso giurisprudenziale, si è pervenuti a riconoscere “**l’identità della natura giuridica di tutte le situazioni soggettive inquadrabili nella categoria dei diritti umani fondamentali**” e quindi ad attribuire consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i **diritti umani fondamentali** garantiti dall’art. 2 Cost., alla situazione giuridica dello straniero che richieda il rilascio di permesso per ragioni umanitarie (vedi per tutte: **Cass. 3 maggio 2010, n. 10636**), sulla scia dell’affermazione della giurisdizione del giudice ordinario sull’impugnazione del provvedimento del Questore di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari (cui le Sezioni Unite sono pervenute con la nota **Cass., SU 19 maggio 2009, n. 11535**, superando il precedente contrario indirizzo di **Cass., SU 27 marzo 2008, n. 7933 e 31 marzo 2008, n. 8270**).

Ed è anche indubitabile che tale indirizzo ha trovato espressa conferma nelle norme interne di attuazione delle direttive 2004/83/CE e 2005/85/CE, di cui, rispettivamente, al d.lgs. n. 251 del 2007 e d.lgs. n. 25 del 2008 (parzialmente modificato con il d.lgs. n. 159 del 2008), in quanto, in particolare, l’art. 32 del primo dei suddetti testi normativi ha attribuito le valutazioni relative ai presupposti per la concessione dei permessi di soggiorno umanitari alle stesse **Commissioni territoriali** competenti per l’accertamento dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato e la concessione della “protezione sussidiaria” di cui all’art. 2, lettera e), del d.lgs. n. 25

del 2008, mentre il successivo art. 34, ha stabilito l'equivalenza degli effetti delle dette misure di protezione sussidiaria e dei permessi di soggiorno per ragioni umanitarie.

Ma tutto questo non può e non deve portare a **decisioni arbitrarie**, anche se emesse per spirito solidaristico, ma prive di approfondita motivazione, come si registra in alcune recenti sentenze di Tribunali.

Certo l'ampia e **indeterminata definizione** normativa dei motivi umanitari, rende molto difficile il compito del giudice – e anche quello dell'avvocato – perché si tratta di operare, caso per caso, un equo bilanciamento tra principi o diritti fondamentali, ma è anche evidente che il legislatore non ha voluto imporre una definizione al riguardo, proprio per consentire l'adeguamento della misura ad un dato contesto storico-sociale o a speciali situazioni, non esattamente ed efficacemente determinabili "a priori" che però il giudice del merito deve specificare in via interpretativa, con un giudizio censurabile in sede di legittimità (come accade, in altri contesti, per le c.d. "clausole generali" vedi Cass. SU 22 febbraio 2012, n. 2572).

17.- Conclusioni.

Come dimostrano anche le recenti aperture della giurisprudenza di merito in materia di protezione umanitaria, il diritto dell'immigrazione, oltre ad essere molto complesso tecnicamente, richiede ontologicamente uno **sguardo aperto** al nazionale, al comunitario e all'internazionale.

Questo richiede non soltanto l'aggiornamento di **tipo legislativo e giurisprudenziale**, ma anche la considerazione che le questioni poste sono particolarmente influenzate dalle vicende politiche nazionali (specialmente del Paese di origine) ed europee.

Ne consegue che nel parlare oggi di immigrazione in Italia non si può non tenere conto dello scenario che si sta delineando in Europa da quando l'Ungheria ha eretto il **primo muro** anti migranti nel settembre 2015 e anziché essere sanzionata dalle Istituzioni UE ha "fatto scuola" tanto che sono stati costruiti all'interno del nostro Continente altri muri dello stesso genere. E poi vi è stata la Brexit, originata sempre dalla questione migratoria.

È, infatti, evidente che una simile situazione – a parte ogni altra considerazione di tipo solidaristico per i migranti e fra gli Stati UE – inevitabilmente si traduce in un **aumento di impegno** per le nostre Polizie di frontiera e per le strutture di accoglienza e giudiziarie.

Inoltre, così vengono a rafforzarsi anche i **muri psicologici** e le situazioni di disagio sociale diventano sempre più emergenti.

Né si possono mettere da parte le patenti violazioni dei diritti umani che i migranti subiscono in **Turchia e in Libia**, in seguito agli accordi che con tali Paesi sono stati siglati.

In tutto questo è evidente che non è più procrastinabile quel **cambiamento di rotta** nella politica migratoria UE, di cui si parla da circa un decennio e che, in primo luogo, dovrebbe portare alla modifica della norma-base del Sistema Dublino che stabilisce che lo Stato responsabile per la procedura di accoglienza è quello di primo approdo, dal quale il migrante non può allontanarsi.

Questa norma è presente nel Sistema, **fin dalle sue origini** che risalgono al 15 giugno 1990, quando è stata firmata la Convenzione di Dublino, entrata in vigore il fra l'ottobre 1997 e il 1998.

In quel contesto storico la norma è stata approvata specialmente per mettere fine al fenomeno drammatico dei **“rifugiati in orbita”**: persone rinviate da uno Stato all'altro senza mai veder la loro domanda esaminata, di qui, l'esigenza di garantire l'accesso alla procedura d'asilo almeno in uno Stato membro.

Oggi il contesto è molto cambiato e, d'altra parte, dopo il varo del **sistema delle quote**, su proposta dalla Commissione UE, si può anche pensare ad una abolizione o almeno ad un mitigamento della suddetta norma, che crea tanti problemi anche nei rapporti tra gli Stati membri.

La modifica del CEAS recentemente proposta dal **Parlamento UE** si muove in questa direzione, ma la originaria versione della Commissione UE era molto diversa ed ora è necessario il vaglio del Consiglio UE che molti prevedono si possa risolvere in un “annacquamento” della posizione espressa (a maggioranza) dal Parlamento UE.

Ma se effettivamente si arrivasse ad una simile modifica, già si farebbe **un passo avanti** per ottenere una migliore qualità della immigrazione, nella quale i desideri del migrante sullo Stato di arrivo si potrebbero, con i dovuti accorgimenti, prendere in considerazione, così rendendo più facile il raggiungimento dell'obiettivo di una buona integrazione.

Questo, oltre a corrispondere agli **interessi economici** del nostro continente (dati gli stretti rapporti tra economia e immigrazione spesso non considerati nel modo dovuto), consentirebbe di tornare a porre al centro degli interessi della UE la tutela dei diritti fondamentali delle persone – qualunque sia la loro origine – a partire dalla loro **dignità**, valore fondante del progetto europeo, come concepito dai Padri fondatori.

Certo perché ciò si verifichi è anche necessario che nella complessità del quadro normativo di riferimento nazionale – che comporta necessarie interrelazioni con discipline internazionali e sovranazionali – gli operatori del settore, a partire da giudici e avvocati, riescano ad orientarsi in modo da trovare il lato – cioè la norma – che in questa **realtà prismatica** maggiormente corrisponde alla soluzione delle diverse situazioni di violazione dei diritti, di volta in volta, accertate.

Ma è anche chiaro che la vera “svolta” è rappresentata dall'obiettivo della diffusione di **comportamenti fisiologicamente** corretti delle Autorità amministrative e quindi dei comuni cittadini, il cui raggiungimento potrebbe realmente portare ad una diminuzione delle violazioni dei diritti e del relativo contenzioso,

Per raggiungere questo obiettivo sono, in primo luogo, necessarie delle **prassi delle PA** uguali in tutto il territorio nazionale e più in linea con i principi di pubblicità, trasparenza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (che sono principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, sia la tutela di

altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione).

Ma sono anche necessarie **scelte discrezionali** di medio-lungo periodo che certamente non competono ai giudici.

D'altra parte, tali scelte **non sono più rinviabili**, non solo per il grande numero di persone che vediamo soffrire ai nostri confini ma anche perché, come si desume anche dalle conclusioni dell'ultimo WEF (World Economic Forum) di Davos, una delle principali ragioni per cui il fenomeno delle migrazioni umane – da sempre esistente nella storia dell'umanità – è destinato ad incrementarsi nel futuro è rappresentato dal **crescente divario** fra fasce ricche e povere della popolazione.

Ne consegue che per la sopravvivenza di un certo benessere nel mondo occidentale è necessario perseguire l'obiettivo ambizioso di riuscire a **conciliare** l'accettazione dei migranti con il recupero di luoghi degradati esistenti un po' ovunque nel mondo e, quindi anche in Europa e negli USA, visto che hanno una matrice comune.

Per sperare di centrare il suddetto obiettivo anche tutti noi cittadini europei che componiamo i corpi elettorali degli Stati UE – di cui sono espressione i relativi Governi – siamo chiamati a fare **la nostra parte** senza ipocrisie perché quello delle problematiche connesse alla situazione delle persone vulnerabili ed emarginate, tra cui rientrano i migranti (nella maggior parte dei casi), è un tema nel quale non solo si pongono questioni giuridiche molto complesse – processuali e sostanziali – cui non è facile dare soluzione, ma è – soprattutto – un tema nel quale viene in considerazione lo stesso rispetto della **dignità umana** che, per essere effettivo, ci porta a passare dalle belle parole ai fatti.

Infatti la strada per risolvere finalmente gli effetti della crisi manifestatasi dal 2008 – e che, prima che economici, sono morali – non può certamente essere quella di calpestare i diritti fondamentali dei più deboli, creando così eserciti di **“fantasmi sociali”**.

Del resto, non va dimenticato che grazie al “progetto europeo”, fondato proprio sulla garanzia universale del rispetto della dignità umana – che è tuttora valido, anche se bisognoso di qualche “ritocco” – abbiamo raggiunto **risultati di pace** all'interno dell'Europa e di dialogo tra gli Stati impensabili per i nostri progenitori

Vale, quindi, la pena di impegnarsi per evitare che una questione – come questa della immigrazione – che, se ben gestita, potrebbe essere un'opportunità, finisca, invece, per rappresentare un elemento forte per la **dissoluzione della UE e dei nostri corpi sociali**.

E per non perdere la bussola in questo difficile cammino si devono sempre ricordare le parole di **Elie Wiesel** secondo cui nessuno di noi deve «permettere che nessuna vittima del destino

o prigioniero della società – mai dobbiamo consentirlo – si senta solo, respinto, abbandonato, rifiutato»²⁰.

²⁰ Dal discorso pronunciato dal Premio Nobel per la pace il 27 gennaio 2010 alla Camera dei deputati, in occasione della ricorrenza del decimo anniversario della istituzione in Italia della Giornata della memoria.