ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA

ANNUARIO ADiM
2025

Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione

A cura di

Giampiero Cassola
Claudio de Martino
Giulia Del Turco
Paola Pannia
Federica Passarini
Mario Savino
Serena Stacca
Elena Valentini
Flavio Valerio Virzì

Questo volume è stato realizzato con il contributo economico del progetto PRIN 2022 "Legal Pathways for Refugees in the Euro-Mediterranean Context: The Feasibility of Processing Asylum Claims outside the EU" (EUROPATHWAYS). L'iniziativa è promossa dall'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), rete scientifica che riunisce studiosi italiani e stranieri impegnati in attività di ricerca e formazione in materia di immigrazione.

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2026
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
979-12-235-0800-8

INDICE

Introduzione 8

PARTE I:
ESTERNALIZZAZIONE, FRONTIERA E STRUMENTI DI SELEZIONE

I PAESI DI ORIGINE SICURI TRA DIRITTO UE E CONTROLLO GIURISDIZIONALE

MARIO SAVINO, I Paesi di origine sicuri davanti alla Corte di giustizia: l'udienza del 25 febbraio 2025 e il nodo del controllo giurisdizionale 14
MARIO SAVINO, Disapplicazione senza freni. La sentenza della Corte di giustizia sui Paesi di origine sicuri 30
EDOARDO CATERINA, Quale spazio per un sindacato del giudice costituzionale sui "Paesi sicuri"? 49

IL MODELLO ITALIA-ALBANIA E LA PROIEZIONE ESTERNA DEL CONTROLLO

ELENA VALENTINI, La nuova frontiera del contrasto: il "trattenimento secondario" a Gjadër 58
EMILIA MAZZARA, La tutela delle vulnerabilità nelle procedure di prescreening del Protocollo Italia–Albania: criticità applicative e prospettive future 71

ACCORDI E MODELLI ESTERNI DI GESTIONE DELLE MIGRAZIONI

LORENZO MICHELUCCI, Il nuovo accordo sui migranti tra Regno Unito e Francia: profili giuridici e contesto politico europeo 79

PARTE II:
TRATTENIMENTO, PROCEDURE DI ASILO E GARANZIE GIURISDIZIONALI

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA

FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, I centri per il rimpatrio in Italia: condizioni di trattenimento e lacune normative 90
FILOMENA PISCONTI, Il vero volto della detenzione amministrativa tra natura

afflittiva e garanzie costituzionali. Note sulla recente sentenza della Corte costituzionale n. 96/2025 100
SERENA STACCA, Sui "modi" della detenzione amministrativa il Consiglio di Stato ammonisce l'amministrazione 108
FRANCESCA RONDINE, H.D.G. c. Serbia: la Corte Edu ritorna sul trattenimento nelle zone di transito aeroportuali 117
ALESSIA BASTIANELLI, Giurisdizione e competenza in transito nel procedimento di convalida del trattenimento 125

PROCEDURE DI ASILO, VALUTAZIONE INDIVIDUALE E ACCESSO ALLA TUTELA

TARAK EL HAJ, Criteri di valutazione della credibilità del richiedente asilo per motivi religiosi, alla luce della sentenza della Corte di Cassazione n. 11700/2024 135
MARIO SAVINO, Il richiedente "denegato" in Germania può avere una seconda chance in Italia? Il problematico "sì" della Prima sezione della Cassazione 143
FATIMA ZAHRA EL HARCH, At the Edge of Protection: The ECtHR's Decision in Mansouri v. Italy 162
GIOVANNA SPANÒ, Una teoria della prassi: il supporto legale tra "protezione" e strumenti 170

PARTE III:
STATUS, CITTADINANZA E INCLUSIONE SOCIALE

STATUS GIURIDICI, CITTADINANZA E ORDINE PUBBLICO FAMILIARE

YLENIA MARIA CITINO, Nemo nascitur civis? Cittadinanza e società multiculturale alla luce del fallito referendum del 2025 e del Decreto-Legge n. 36 del 2025 180
FABIO MASCI, Stranieri con disabilità e acquisizione della cittadinanza: l'esonero dalla prova di conoscenza della lingua italiana 191
MARCO RIZZUTI, Ripudio maritale e ordine pubblico: una questione non del tutto risolta 199

PERMESSI DI SOGGIORNO E TUTELA PROCEDURALE

GIAMPIERO CASSOLA, Rinnovo del permesso di soggiorno e garanzie procedurali alla luce del principio di buona fede 209

IVANA SANTORO, Migrazioni economiche e permesso di soggiorno per attesa occupazione: il "perfetto esempio" di un sistema imperfetto 217

VULNERABILITÀ, MINORI E PROTEZIONE SOCIALE

MARCO MONDELLO, Accoglienza e accertamento dell'età per i minori stranieri non accompagnati: alcune considerazioni critiche sul D.L. 133/2023 229
FRANCESCA PORCHEDDU, Radici sospese: i minori stranieri in carcere tra abbandono e tutela 236
VIKTORYIA VAITOVICH, From Emergency to Longer-Term Assistance? The EU Support for Displaced Ukrainians 245

INTEGRAZIONE E INCLUSIONE

SVETLANA RUSU, Factors Influencing the Integration of Moldovan Migrants in Italy: A Socioeconomic Analysis 254
MICHELA GIACHETTI FANTINI, L'accordo di integrazione tra persistenti criticità e nuove prospettive 262
TATIANA MARGALITADZE, TEREZA STARLING, Integration at What Cost? The CJEU Rules on Civic Integration Obligations for Refugees 291

PARTE IV:
INGRESSO, LAVORO E MOBILITÀ QUALIFICATA

POLITICHE DI INGRESSO PER LAVORO

RITA DAILA COSTA, Ancora una riforma sui flussi di ingresso. Prime note sul d.l. 3 ottobre 2025, n. 146 300
CLAUDIO DE MARTINO, La riforma degli ingressi per motivi di lavoro 308
LORENZO GROSSI, Nulla osta al lavoro subordinato e ingresso nel territorio dello Stato. Un nuovo difficile equilibrio nella materia migratoria 312

LAVORO STAGIONALE, CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E SEGMENTAZIONE DEL MERCATO

ARIANNA ABBASCIANO, Riforme, limiti e ruolo (fin troppo privilegiato) delle organizzazioni datoriali di categoria nelle procedure di ingresso per lavoro stagionale 322

ROSSELLA CIAVARELLA, Immigrazione e contrattazione collettiva. Quale ruolo per le parti sociali nella regolazione del lavoro degli stranieri? 333
SILVIA MAGAGNOLI, Segmentazione etnica del mercato del lavoro: il caso dei lavoratori del settore dell'assistenza familiare e sociosanitaria 343

MOBILITÀ QUALIFICATA E ISTRUZIONE

FRANCESCA POLLICINO, From Migration Control to Knowledge Circulation: The EU Framework for Academic Mobility 355
ELENA GIRASELLA, Migration for Education or Education for Migration? A Constitutional Inquiry into Italy's Implementation of EU Directive 2016/801 362

PARTE V:
TECNOLOGIE, DATI E INFRASTRUTTURE DIGITALI DEL CONTROLLO MIGRATORIO

DIGITALIZZAZIONE, BANCHE DATI E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

AMY BUGNOLI, La riforma del sistema Eurodac e il GDPR: quali conseguenze per i minori stranieri? 372
FRANCESCA TASSINARI, The Processing of Migrants' Health Data under the New EU Return Regulation 384
FRANCESCA TASSINARI, LUCIA BUSATTA, Migrant and Refugee Women in the European Health Data Space: A Gendered Perspective 395

PARTE VI:
CORTI, RESPONSABILITÀ E TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO DELLE MIGRAZIONI

GIURISDIZIONE, ATTO POLITICO E RESPONSABILITÀ DELLO STATO

ANIELLO NAPPI, La richiesta del pubblico ministero al tribunale dei ministri 405
MARIO SAVINO, MICHELE TRIMARCHI, La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Diciotti: una decisione equilibrata 408
VIRGINIA CAMPIGLI, Recupero della funzione giudiziaria e tutela dei diritti: itinerari contemporanei (verso il superamento?) dell'atto politico 421
FRANCESCA TAMMONE, Requiem per la giurisdizione funzionale. La decisione della Corte EDU nel caso S.S. e altri c. Italia 431

GIACINTO DELLA CANANEA, Gli USA e gli immigrati: cosa resta del due process of law? 442

OLTRE LE CATEGORIE: TRASFORMAZIONI TEORICHE E NUOVI STATUS

LORENZO PACINOTTI, Sovranità dello Stato e diritti individuali (ovvero della storicità del tema migrazioni e cittadinanza) 445
ALEXANDRA OBERMÜLLER, Semiotic Process of Differentiation: A Legal Anthropological Perspective on Italian Migration Law 452
RACHELE SCARDAMAGLIA, Structural Intersectionality and Positional Vulnerability: Reflections from the Experience of the Legal Clinic on Migration and Rights 461
ALESSIA AGOSTELLI, Verso un nuovo status di protezione per "rifugiati climatici"? I primi passi della Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli 469
KAMILLA GALICZ, On Collectiveness, Arbitrariness and Judicial Comity: The Hungarian Embassy Procedure before the ECtHR 479

INTRODUZIONE

L'Annuario ADiM 2025 raccoglie i contributi pubblicati nel corso dell'anno nell'*ADiM Blog*, spazio di confronto scientifico dedicato allo studio del diritto delle migrazioni e dell'asilo. Come nelle precedenti edizioni, il volume offre l'occasione non soltanto per conservare e ordinare gli scritti apparsi nel Blog, ma anche per rileggere, in una prospettiva unitaria, alcune delle principali trasformazioni che attraversano la materia.

Il 2025 è stato un anno di passaggio. Molte linee evolutive già visibili negli anni precedenti hanno assunto una fisionomia più netta. L'attuazione del Patto europeo sulla migrazione e l'asilo si è avvicinata alla sua fase decisiva. Le procedure di frontiera e il trattenimento hanno assunto un ruolo sempre più centrale. Il ricorso a categorie selettive, come quella dei Paesi di origine sicuri, è divenuto terreno di conflitto tra legislatori, amministrazioni e giudici. Gli accordi di cooperazione esterna e i modelli di gestione extraterritoriale hanno continuato a espandersi. Le tecnologie digitali e le banche dati hanno consolidato la loro funzione infrastrutturale nel governo della mobilità.

Questi sviluppi non descrivono solamente un rafforzamento del controllo. Mostrano una trasformazione più ambivalente. Da un lato, gli ordinamenti europei cercano di far diventare più rapida, selettiva e prevedibile la gestione dei movimenti migratori. Dall'altro, questa accelerazione rende più visibili i punti di frizione con le garanzie fondamentali: libertà personale, diritto di difesa, accesso effettivo alla protezione, non discriminazione, protezione dei dati, tutela delle persone vulnerabili. Il diritto delle migrazioni continua così a funzionare come un laboratorio: non solo di politiche pubbliche, ma anche di categorie giuridiche generali. È qui che si misura, spesso in forma anticipata e più intensa, la tenuta dello Stato di diritto di fronte a decisioni amministrative rapide, spazi giuridici ibridi, controlli tecnologici e scelte politiche ad alta esposizione.

Il filo conduttore dell'Annuario può essere individuato in questa tensione. Le migrazioni impongono agli Stati di governare fenomeni complessi, mutevoli e spesso difficili da ricondurre agli strumenti ordinari dell'amministrazione. Ma la complessità non cancella le garanzie. Obbliga, piuttosto, a precisarne la funzione. Il punto non è scegliere, in astratto, tra controllo e diritti. È comprendere quali forme di controllo siano giuridicamente sostenibili, quali garanzie debbano accompagnarle e quali limiti non debbano essere superati dalle istituzioni che esercitano poteri decisionali.

La *prima parte* del volume è dedicata all'esternalizzazione, alla frontiera e agli strumenti di selezione. In questo ambito, il tema dei Paesi di origine sicuri ha assunto nel 2025 una centralità particolare. La sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia nelle cause riunite *Alace e Canpelli* ha posto al centro del dibattito il rapporto tra discrezionalità politica, valutazione amministrativa e controllo giurisdizionale. La questione non riguarda solo la designazione di singoli paesi terzi. Riguarda, più in profondità, il modo in cui una presunzione generale di sicurezza può incidere sull'accesso alla procedura ordinaria, sulla posizione processuale del richiedente e sull'intensità del sindacato del giudice.

Accanto a questo tema, il modello Italia-Albania conferma la tendenza a spostare la gestione delle domande e del trattenimento verso spazi giuridici sempre più complessi. Non siamo di fronte a una pura fuga dalla giurisdizione, poiché le procedure restano formalmente attratte nell'orbita del diritto italiano ed europeo. Ma proprio questa ibridazione rende più delicata la verifica delle garanzie: dove si esercita il potere? Quale giudice controlla? Con quali strumenti effettivi di difesa? E con quali conseguenze per le persone vulnerabili? Gli accordi bilaterali e le forme di cooperazione esterna mostrano, inoltre, che la frontiera non sembra coincidere più con una linea territoriale. Essa diventa una funzione mobile, anticipata e distribuita, nella quale il controllo dell'ingresso comincia spesso prima dell'arrivo sul territorio statale.

La *seconda parte* affronta il trattenimento, le procedure di asilo e le garanzie giurisdizionali. Anche qui il dato di fondo è chiaro: la detenzione amministrativa non è più un istituto marginale o residuale, ma tende a collocarsi al centro delle procedure accelerate, di rimpatrio e delle nuove forme di gestione della frontiera. Questa centralità rende insufficiente ogni lettura meramente organizzativa del trattenimento. Quando l'amministrazione limita la libertà personale, il problema non si riduce all'efficienza della procedura, ma concerne la qualità della base legale, l'effettività del controllo giudiziario, le condizioni materiali dei luoghi di permanenza e la possibilità concreta per il richiedente di far valere la propria posizione.

I contributi raccolti mostrano come le corti nazionali ed europee siano sempre più spesso chiamate a intervenire su questo crinale. Ne emerge un quadro non lineare. Da un lato, la giurisprudenza continua a svolgere una funzione essenziale di presidio delle garanzie. Dall'altro, il giudice non può diventare il sostituto ordinario di un'amministrazione incapace di assicurare, già nella fase procedimentale, decisioni individualizzate, motivate e rispettose dei diritti. La tutela giurisdizionale resta decisiva, ma il suo rafforzamento non esonera il legislatore e l'amministrazione dal costruire procedure eque e affidabili prima del contenzioso.

La *terza parte* si concentra su status, cittadinanza e inclusione sociale. Qui il diritto delle migrazioni mostra una diversa, ma non meno rilevante, dimensione selettiva. La disciplina della cittadinanza, dei permessi di soggiorno, delle vulnerabilità e dell'integrazione non attiene solamente all'accesso formale a uno status. Incide sulla qualità dell'appartenenza, sulla stabilità dei percorsi di vita, sulla possibilità di partecipare alla società di accoglienza e sulla capacità dell'ordinamento di riconoscere situazioni differenziate senza produrre nuove marginalità.

Il fallimento del referendum sulla cittadinanza e la riforma dello *ius sanguinis* hanno riportato al centro del dibattito il rapporto tra discendenza, residenza e integrazione. Le questioni relative alla disabilità, al diritto di famiglia, ai minori stranieri non accompagnati, ai minori detenuti e agli sfollati ucraini mostrano, da angolazioni diverse, che lo status dello straniero dev'essere ricondotto a una condizione multiforme. La vulnerabilità non è una formula retorica, ma una categoria che richiede accertamenti seri, misure proporzionate e garanzie procedurali adeguate. Al tempo stesso, l'integrazione non può essere intesa esclusivamente come adempimento imposto allo straniero. È anche una prova di coerenza per le istituzioni, chiamate a rendere effettivi i percorsi che esse stesse pretendono di valutare.

La *quarta parte* è dedicata all'ingresso per lavoro, alla mobilità economica e a quella qualificata. Il tema dei canali legali è spesso evocato come alternativa razionale all'irregolarità. Ma l'esperienza italiana continua a mostrare uno scarto significativo tra programmazione formale e ingressi effettivi. L'aumento delle quote, da solo, non basta. Occorrono procedure amministrative capaci di funzionare, tempi compatibili con le esigenze del mercato del lavoro, controlli non meramente cartolari, strumenti di emersione della domanda reale e tutele idonee a evitare che la vulnerabilità amministrativa si traduca in vulnerabilità lavorativa.

Le riforme in materia di flussi, lavoro stagionale, nulla osta, ruolo delle organizzazioni datoriali e contrattazione collettiva rivelano che l'immigrazione per lavoro non è unicamente un problema di ingressi. È un problema di qualità della regolazione. Le politiche migratorie non possono essere separate dalle trasformazioni del mercato occupazionale, dalla segmentazione del lavoro, dal fabbisogno di cura, dalla mobilità degli studenti e dei ricercatori. Anche per questo, la mobilità qualificata e quella per studio suggeriscono una lettura meno difensiva del fenomeno migratorio: non tutto ciò che riguarda l'ingresso di cittadini stranieri può essere osservato attraverso le lenti della sicurezza.

La *quinta parte* affronta tecnologie, dati e infrastrutture digitali del controllo migratorio. È forse uno dei terreni nei quali la trasformazione appare

più profonda, anche se meno immediatamente visibile. La gestione delle migrazioni dipende sempre più dalla raccolta, dall'interconnessione e dal trattamento di dati personali: identificazione, screening, Eurodac, rimpatri, dati sanitari, interoperabilità delle banche dati. La frontiera digitale non sostituisce quella fisica, ma la precede, la accompagna e spesso la rende più efficiente.

Questa evoluzione pone questioni che non possono essere liquidate come meri problemi tecnici. Ogni infrastruttura informativa incorpora scelte di classificazione, priorità amministrative e possibili asimmetrie di potere. La protezione dei dati personali, la trasparenza, la non discriminazione e la tutela dei minori e delle persone vulnerabili diventano perciò condizioni essenziali di legittimità. Anche in questo campo, il punto non è opporre innovazione e diritti, ma evitare che l'innovazione produca decisioni meno controllabili, responsabilità più opache e garanzie più difficili da attivare.

La *sesta e ultima parte* del volume raccoglie contributi dedicati alle corti, alla responsabilità dello Stato e alle trasformazioni delle categorie giuridiche. Mostra come nel diritto delle migrazioni rilevino nozioni generali, che vanno ben oltre il settore: atto politico, giurisdizione, responsabilità pubblica, sovranità, *due process*, vulnerabilità, protezione climatica, arbitrarietà, promozione di interessi collettivi.

Le vicende *Almasri* e *Diciotti*, da questo punto di vista, confermano che la politicità delle decisioni migratorie non può essere trasformata in immunità dal controllo. Le scelte di governo in materia di immigrazione sono spesso esposte a valutazioni politiche ampie e a responsabilità istituzionali complesse. Tuttavia, quando incidono su libertà, diritti e obblighi giuridici, esse devono restare inserite in una cornice di responsabilità. Il punto di equilibrio non è semplice: un controllo giurisdizionale troppo debole rischia di lasciare senza tutela posizioni fondamentali; un controllo sostitutivo e privo di misura rischia, a sua volta, di spostare sulle corti decisioni che richiedono capacità amministrativa e responsabilità politica. Lungo questa linea sottile il diritto delle migrazioni continua a mettere alla prova lo Stato di diritto.

Nel complesso, l'Annuario restituisce l'immagine di una materia sempre più centrale per la tenuta delle democrazie costituzionali e, anche per questo, attraversata da spinte divergenti. Vi è una spinta alla selezione: tra richiedenti considerati più o meno meritevoli di accesso alla procedura ordinaria, tra ingressi desiderati e ingressi respinti, tra mobilità qualificate e mobilità sospette. Vi è una spinta all'anticipazione: il controllo si sposta prima dell'arrivo, fuori dal territorio, dentro le banche dati, nelle fasi preliminari della procedura. Vi è una spinta all'accelerazione: le decisioni devono essere più rapide, le procedure più brevi, i rimpatri più effettivi. Ma vi è anche una spinta in senso

opposto, che proviene dalle garanzie, dalla giurisprudenza e dalle pratiche sociali. E che serve ricordare che la velocità non può cancellare l'individualizzazione, che la selezione non può diventare presunzione cieca, che l'esternalizzazione non può dissolvere la responsabilità, che la tecnologia non può rendere invisibile il potere.

È su questo terreno che il contributo scientifico può ancora svolgere una funzione utile. Non per offrire risposte ideologiche o per ripetere formule di principio, ma per distinguere, precisare, valutare con misura. Il diritto delle migrazioni ha bisogno di critica, ma anche di realismo; di garanzie, ma anche di consapevolezza istituzionale; di attenzione ai diritti individuali, ma anche di comprensione dei vincoli amministrativi e politici entro cui le decisioni vengono assunte. L'Annuario ADiM 2025 prova a collocarsi in questo spazio: non come repertorio neutrale di materiali, ma come strumento di lettura di un settore nel quale le trasformazioni normative, amministrative e giurisprudenziali continuano a interrogare le categorie fondamentali del diritto pubblico europeo e nazionale.

Buona lettura.

I Curatori

PARTE I:
ESTERNALIZZAZIONE, FRONTIERA
E STRUMENTI DI SELEZIONE

I PAESI DI ORIGINE SICURI TRA DIRITTO UE
E CONTROLLO GIURISDIZIONALE

I PAESI DI ORIGINE SICURI DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA: L'UDIENZA DEL 25 FEBBRAIO 2025 E IL NODO DEL CONTROLLO GIURISDIZIONALE

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. Le cinque domande poste dalla Corte di giustizia. – 2. Sulla ammissibilità delle eccezioni personali. – 3. La questione del sindacato dei giudici nazionali sulla designazione. – 4. I dubbi inevasi: l'onere di allegazione e i margini per la disapplicazione. – 5. La pronuncia che verrà e la posta in gioco.

1. *Le cinque domande poste dalla Corte di giustizia*

Nell'udienza pubblica del 25 febbraio 2025, la Grande sezione della Corte di giustizia ha discusso i casi *Alace* e *Canpelli*[1]. Si tratta dei rinvii pregiudiziali proposti dal Tribunale di Roma con i decreti del 4 e 5 novembre 2024, con cui è stata sospesa la convalida del trattenimento del secondo gruppo di richiedenti asilo condotti in Albania dalle autorità italiane. Altri rinvii sono stati proposti sullo stesso tema, soprattutto dopo la sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre nella causa *CV* [2]. Oltre al Tribunale di Roma, anche i giudici di Firenze, Bologna e Palermo[3], nonché il Tribunale amministrativo di Berlino[4], hanno sollecitato la Corte di giustizia a intervenire per chiarire se gli Stati membri possano designare un Paese terzo come Paese di origine sicuro anche quando vi siano categorie di persone non sicure.

In vista dell'udienza, la Corte di giustizia ha posto alle parti e agli Stati membri intervenienti cinque domande: *i)* se in base al principio della certezza

* Mario Savino, Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi della Tuscia.

[1] Corte giust. (Grande sezione), 1° agosto 2025, cause riunite C-758/24 e C-759/24, *Alace* e *Canpelli*, ECLI:EU:C:2025:591.

[2] Corte giust. (Grande sezione), 4 ottobre 2024, causa C-406/22, *CV c. Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*, ECLI:EU:C:2024:841.

[3] Si veda la puntuale ricognizione compiuta da P. IANNUCCELLI, *"Paesi d'origine sicuri": la situazione processuale delle cause pendenti davanti alla Corte di giustizia*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2024, cui deve aggiungersi l'ulteriore rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte d'Appello di Palermo il 6 febbraio 2025.

[4] Tribunale di Berlino, ordinanza del 29 novembre 2024, cui la Corte di giustizia ha assegnato il numero di causa C-839/24.

del diritto sia preferibile concentrare il controllo giurisdizionale presso un unico giudice; *ii)* quale estensione abbia il sindacato giurisdizionale sulla designazione, alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2024; *iii)* quale fosse la portata della clausola di *stand still* prevista dall'art. 30, par. 5, della direttiva 2005/85/CE, poi venuta meno con la direttiva 2013/32/UE; *iv)* se la designazione di un Paese di origine come sicuro sia compatibile con la previsione di eccezioni riferite a categorie di persone non sicure, in base al diritto vigente; *v)* se tali eccezioni "personali" possano riguardare categorie più o meno ampie di individui. Tali domande – in parte sovrapponibili ai quesiti posti dal Tribunale di Roma nel rinvio pregiudiziale[5] – sono riconducibili a due questioni generali, riguardanti l'ammissibilità delle eccezioni personali e il sindacato giurisdizionale sulla designazione.

Nel ricostruire le tesi emerse dalla discussione in udienza, si evidenzierà una asimmetria: mentre rispetto alla questione della ammissibilità delle eccezioni personali sembra delinearsi una soluzione più solida e meditata, principalmente grazie al contributo della Commissione europea (§ 2), sul versante del sindacato giurisdizionale la discussione rivela la persistenza di alcune aree di incertezza (§ 3), che occorrerà approfondire (§ 4). In conclusione (§ 5), si tenterà di chiarire perché la posta in gioco trascende il tema di maggiore risonanza mediatica, legato all'attuazione del Protocollo tra Italia e Albania[6]. Che la posta in gioco sia più ampia lo conferma l'intervento in giudizio di ben 17 Stati membri.

2. *Sulla ammissibilità delle eccezioni personali*

Sotto questo profilo, la posizione di maggior peso è certamente quella della Commissione, trattandosi dell'interpretazione di norme che essa stessa ha a

[5] Nel rinvio pregiudiziale all'esame della Corte di giustizia, il Tribunale di Roma ha proposto i seguenti quesiti: *i)* se uno Stato membro possa designare un Paese terzo come Paese di origine sicuro con una legge, invece che con un atto amministrativo generale; *ii)* se tale Stato membro debba rendere accessibili e verificabili le fonti adoperate per giustificare la designazione al fine di consentire al richiedente asilo di contestarla e al giudice di esercitare il suo sindacato; *iii)* se il giudice possa, d'ufficio, utilizzare informazioni sul Paese di provenienza per «accertare la sussistenza delle condizioni sostanziali di siffatta designazione»; *iv)* se la designazione di un Paese di origine sicuro sia consentita anche «qualora vi siano, in tale Paese, categorie di persone per le quali esso non soddisfa le condizioni sostanziali di siffatta designazione».

[6] M. SAVINO e V. F. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in *ADiM Blog*, novembre 2023.

suo tempo proposto. La Commissione ha sostenuto tre tesi: *a)* la irrilevanza della preesistente clausola di *stand still* ai fini della individuazione di una chiara intenzione originaria del legislatore europeo; *b)* la compatibilità della designazione di un Paese di origine come sicuro con la previsione di eccezioni riferite a categorie di persone; *c)* la rilevanza delle sole categorie composte da un numero rilevante di persone. Rispetto a queste tesi, è emersa un'ampia convergenza da parte degli Stati membri.

a) La clausola di stand still*: qual era l'intenzione originaria del legislatore europeo?*

La direttiva 85/2005 dettava criteri per la designazione dei Paesi terzi sicuri sovrapponibili a quelli della direttiva 32/2013 vigente[7]. Tuttavia, a differenza di quest'ultima, silente sulle eccezioni, la direttiva del 2005 prevedeva due discipline parzialmente diverse per le eccezioni territoriali e personali: ammetteva le prime (territoriali) senza restrizioni (art. 30, par. 1), al contempo consentendo – in base alla clausola di *stand still* – di conservare le eccezioni (territoriali e personali) preesistenti in vigore al 1° dicembre 2005 (art. 30, par. 3). Dal combinato disposto dei paragrafi 1 e 3 dell'art. 30 si ricavava, dunque, che – a differenza delle eccezioni territoriali, sempre ammissibili, anche *ex novo* – quelle personali lo erano soltanto ove già previste in passato. La clausola di *stand still* implicava, cioè, una sostanziale moratoria sulle eccezioni relative alle categorie di persone, ammissibili per il passato ma non a regime. Nel passaggio alla direttiva 32/2013, sorge quindi il dubbio sul significato da assegnare alla soppressione di tale clausola: tale soppressione ha comportato il venire meno della moratoria, lasciando così la facoltà agli Stati membri di introdurre eccezioni personali "a regime", o, all'opposto, implica la radicale inammissibilità delle eccezioni personali, incluse quelle esistenti in passato?

In udienza, la Commissione ha sostenuto l'opportunità di accantonare il problema. A suo avviso, la soppressione della clausola di *stand still* «non è determinante», perché dai lavori preparatori della direttiva 85/2005 non si desumono le ragioni del regime differenziato tra le eccezioni territoriali e quelle personali, mentre dai lavori preparatori della direttiva 32/2013 si ricava che la clausola di *stand still* è stata eliminata a fini di armonizzazione e non per escludere la possibilità di designare un Paese di origine sicuro con eccezioni relative a categorie di persone non sicure.

[7] Si comparino, da un lato, l'art. 32, par. 2, e l'allegato II della direttiva 85/2005; dall'altro, l'art. 37 e l'allegato I della direttiva 32/2013.

Non essendo possibile ricavare dalla clausola di *stand still* – l'unica previsione previgente riferibile alle eccezioni personali – una chiara volontà del legislatore, torna al centro del discorso l'analogia con le eccezioni territoriali.

Ammissibili senza restrizioni in base all'art. 30, par. 1, della direttiva del 2005, tali eccezioni, al pari di quelle personali, non compaiono nella direttiva del 2013. Il silenzio va interpretato come preclusione o come facoltà rientrante nel margine di apprezzamento statale? Tutti gli Stati membri intervenuti hanno prevedibilmente sostenuto quest'ultima lettura, che però trova un ostacolo nella sentenza del 4 ottobre 2024 nel caso *CV*.

In quell'unico precedente sul tema, riferito alla Moldova, la Corte di giustizia ha negato, come noto, l'ammissibilità di eccezioni territoriali nel vigore della direttiva 32/2013: la designazione di un Paese di origine come sicuro non può avvenire in presenza di eccezioni relative a porzioni di territorio insicure. O la sicurezza è totale o non lo è.

A sostegno di questa conclusione, la Corte di giustizia ha invocato non solo l'argomento del silenzio della direttiva, intendendolo in senso preclusivo ("*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*"), ma anche un argomento letterale: l'espressione «generalmente e costantemente», utilizzata nell'Allegato I della direttiva 32/2013. Quei due avverbi implicherebbero «che le condizioni previste in tale allegato devono essere rispettate in tutto il territorio del Paese terzo considerato affinché quest'ultimo possa essere designato come Paese di origine sicuro» (punto 69).

Sennonché, tale argomento è indebolito dalla comparazione con la direttiva 85/2005. La medesima espressione («generalmente e costantemente»), infatti, era prevista dall'Allegato II, ma coesisteva con il già richiamato art. 30, par. 1, che ammetteva le eccezioni territoriali senza restrizioni. Nell'udienza del 25 febbraio, la Commissione ha segnalato l'incongruenza, asserendo: «Non necessariamente i termini di cui all'Allegato I impediscono di designare un Paese di origine come sicuro quando la sicurezza di alcune categorie di persone non è garantita. In effetti, il termine "generalmente" consente di fare delle eccezioni».

Ecco, dunque, una prima indicazione rilevante: se, ad avviso della Commissione, la soppressione della previgente clausola di *stand still* non consente di interpretare in senso preclusivo il silenzio della direttiva vigente sulle eccezioni personali; e se – stando a una più attenta ricostruzione del dato normativo – l'espressione «generalmente e costantemente» non implica la sicurezza *assoluta* del Paese di origine, perché già la direttiva 85/2005 ammetteva la coesistenza della designazione con le eccezioni; ne deriva che entrambi gli argomenti utilizzati nella sentenza del 4 ottobre per escludere l'ammissibilità delle

eccezioni territoriali risultano indeboliti, certamente in relazione alle eccezioni personali e forse anche in relazione alle eccezioni territoriali[8].

Che cosa farà, dunque, la Corte di giustizia: confermerà comunque il proprio orientamento, estendendolo alle eccezioni personali? Oppure lo sovvertirà del tutto, anche con riferimento alle eccezioni territoriali, così allineando il diritto vigente al diritto che verrà, cioè a quel regolamento 1348/2024[9] che da giugno 2026 consentirà agli Stati membri di prevedere tanto le eccezioni territoriali quanto quelle personali? O, ancora, si limiterà a trarre dalle indicazioni della Commissione implicazioni circoscritte al *thema decidendum*, cioè alle sole eccezioni personali, così differenziandone il regime rispetto alle eccezioni territoriali?

b) In base al diritto vigente, la designazione di un Paese di origine come sicuro è compatibile con la previsione di eccezioni riferite a categorie di persone?

Poiché la direttiva 32/2013 tace sulle eccezioni personali, secondo la Commissione, «gli Stati membri dispongono di un margine di valutazione discrezionale» in merito all'ammissibilità di tali eccezioni. Alla richiesta della giudice relatrice Jürimäe di chiarire se la sua posizione fosse cambiata rispetto a quanto sostenuto nella memoria scritta (memoria non consultabile, ma verosimilmente consegnata in prossimità della scadenza dello scorso 3 gennaio), la Commissione ha confermato di aver più accuratamente ponderato la questione, dichiarandosi favorevole ad ammettere che gli Stati membri possano designare un Paese di origine come sicuro pur in presenza di eccezioni personali.

In senso contrario, la difesa di *Alace* e *Canpelli* ha a più riprese rimarcato la drastica compressione delle garanzie del giusto procedimento (nonché della libertà personale, data la stretta connessione con la procedura di frontiera) che deriva dall'assoggettamento alla procedura accelerata. La compressione è innegabile, ma la questione dell'adeguatezza delle garanzie di *due process* nell'ambito della procedura accelerata andrebbe affrontata con censure specifiche, volte a valutare la legittimità delle norme nazionali ed europee che attengono al diritto di difesa. Ha avuto buon gioco, perciò, l'avvocatura dello Stato italiano a ricordare che il tema delle garanzie della procedura accelerata

[8] M. SAVINO, *La mancata convalida dei trattenimenti in Albania: alcuni dubbi sulla decisione del Tribunale di Roma*, in *ADiM Blog*, ottobre 2024, spec. §§ 4-6.

[9] Regolamento (UE)2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, in GUUE L 202, 22 maggio 2024.

non rileva come oggetto del giudizio e che, fino a prova (o pronuncia costituzionale) contraria, quelle garanzie devono presumersi sufficienti.

Una formulazione più robusta dello stesso argomento è stata avanzata dalla Germania, unico Stato membro a esprimersi, sul punto, in senso difforme. Secondo l'avvocatura tedesca, nel silenzio della direttiva sull'ammissibilità delle eccezioni personali, dovrebbe trovare applicazione il criterio interpretativo fondato sul rapporto tra regola ed eccezione: essendo la procedura accelerata una procedura di asilo speciale, derogatoria rispetto a quella ordinaria, una interpretazione sistematica, oltre che garantista, dovrebbe condurre a interpretare la nozione di Paese terzo sicuro in senso restrittivo, escludendo quei Paesi in cui vi siano categorie di persone non sicure.

La principale replica, ricavabile da alcuni interventi statali, si fonda su un argomento di tipo teleologico. Se il fine della procedura accelerata è prevenire i movimenti secondari, evitando che i richiedenti asilo "abusivi" si rendano irreperibili nelle more della procedura (fine esplicitato dal considerando 81 del regolamento 1348/2024, ma già desumibile dalla direttiva vigente[10]), tale obiettivo sarebbe vanificato dall'interpretazione proposta dalla Germania e dal Tribunale di Roma. A beneficiarne, infatti, sarebbero non solo i richiedenti appartenenti alle categorie di persone non adeguatamente protette nel Paese di origine, che comunque sarebbero tutelate dall'art. 36 della direttiva; bensì anche gli altri richiedenti provenienti da quel Paese, i quali, benché destinati a non ottenere protezione, sarebbero comunque sottratti alla procedura accelerata di frontiera e potrebbero, così, fare ingresso in Schengen.

Nello stesso senso, la Commissione ha avanzato un ulteriore argomento di tipo sistematico, imperniato sul considerando 42 della direttiva 32/2013. Da un lato, ivi si esclude che la designazione di un Paese di origine sicuro possa stabilire «una garanzia *assoluta* di sicurezza per i cittadini di tale paese», trattandosi di valutazione che, «[p]er la sua stessa natura (…) può tener conto soltanto della situazione civile, giuridica e politica *generale* in tale paese». Dall'altro, lo stesso considerando 42 vi ricollega la garanzia "complementare" approntata dall'art. 36, par. 1: proprio perché la designazione non fornisce una garanzia assoluta di sicurezza, «quando un richiedente dimostra che vi

[10] L'altro possibile obiettivo attribuibile alla parte della direttiva 32/2013 che riguarda la procedura accelerata – ridurre i tempi di accesso dei richiedenti alla protezione – avrebbe richiesto una normativa diversa, volta a individuare, come beneficiari della procedura, i richiedenti con maggiori *chance* di ottenere protezione. La direttiva, invece, prevede il contrario, sottoponendo alla procedura i richiedenti provenienti da Paesi terzi sicuri proprio sul presupposto che abbiano poche *chance* di protezione e che, perciò, nelle more della procedura l'ingresso in Schengen debba essere loro precluso.

sono validi motivi per non ritenere sicuro tale paese per la sua situazione particolare, la designazione del paese come sicuro non può più applicarsi al suo caso». Sulla scorta di tale considerando, la Commissione è giunta ad affermare che avrebbe «riserve» qualora gli avverbi «generalmente e costantemente» venissero intesi nel senso che non debba esistere alcuna situazione di rischio, giacché siffatta interpretazione sarebbe contraria sia al considerando 42, sia all'art. 36, par. 1, della direttiva.

c) Le eccezioni "personali" possono riguardare categorie più o meno ampie di persone?

A completamento della sua posizione, è soprattutto la Commissione a soffermarsi su questo interrogativo, solo in apparenza secondario. Il problema di fondo che la nozione di Paese di origine sicuro pone è, in effetti, declinabile in termini quantitativi: quante persone devono essere (non) sicure nel Paese terzo per poterlo considerare (non) sicuro?

La soluzione che la Commissione indica prescinde dall'ammissibilità delle eccezioni personali. Se la Corte di giustizia dovesse ritenere che la direttiva le ammette, «allora non si dovrebbe escludere che tali eccezioni possano riguardare un numero considerevole di persone». Per esempio, anche tutte le donne di un Paese terzo. In questa ipotesi, ciò che conta è che la categoria sia chiaramente identificabile, così da consentire alle autorità nazionali di verificare in tempi rapidi se una persona vi appartiene e sottrarre alla procedura accelerata le persone per le quali la presunzione di sicurezza è ingiustificata.

Ma lo stesso varrebbe – secondo la Commissione – anche qualora la Corte dovesse ritenere che la direttiva non consente di designare un Paese di origine come sicuro quando non sia tale per determinate categorie di persone. Anche in tale ipotesi, la condizione di insicurezza dovrebbe riguardare categorie composte da un numero rilevante di persone (giornalisti, minoranze religiose, LGBTQ+), così da salvaguardare la possibilità di designazione «in presenza di casi sporadici» di persecuzione o situazioni a rischio.

3. *La questione del sindacato dei giudici nazionali sulla designazione*

a) Gli Stati membri possono concentrare il controllo giurisdizionale presso un unico giudice, per ragioni di certezza del diritto?

La formulazione di questo interrogativo può essere correlata ad almeno

due dati "italiani". Il primo è l'elevato grado di disomogeneità nell'applicazione delle norme sulle procedure accelerate e di frontiera, sperimentato in Italia per effetto del frequente ricorso delle sezioni specializzate allo strumento della disapplicazione: si spiega probabilmente così il riferimento, nel quesito della Corte, al principio della certezza del diritto. L'altro dato riguarda la reazione del governo italiano, condensata nella scelta di affidare (a partire dal d.l. 23 ottobre 2024, n. 158) l'elenco di Paesi terzi sicuri a una legge: il passaggio da un atto amministrativo generale più "aggredibile" alla fonte legislativa dovrebbe avere l'effetto di sottrarre al giudice comune il sindacato sulla legittimità della designazione per concentrarlo nelle mani della Corte costituzionale.

La difesa dei ricorrenti ha insistito sulla illegittimità del ricorso alla fonte legislativa, sostenendo che si tratti di un caso palese di legge-provvedimento e che la Corte costituzionale non potrebbe verificare la compatibilità della designazione con i criteri dettati dalle norme europee. Numerosi Stati membri, tra i quali la Germania e la Svezia, hanno tuttavia segnalato che l'elenco dei Paesi terzi sicuri ha una portata generale, non individuale; che tale elenco è adottato con legge anche in altri Stati membri; e che lì le Corti costituzionali estendono il controllo di legittimità anche alla compatibilità con il diritto UE. Inoltre, è noto che, anche là dove la fonte è amministrativa, il controllo giurisdizionale è accentrato in capo a un unico giudice: in Francia, ad esempio, in capo al Conseil d'État[11].

Dal punto di vista della Corte di giustizia, il punto dirimente è comunque un altro: se la direttiva 32/2013 e, più in generale, il diritto UE consentano a uno Stato membro di concentrare il sindacato sulla legittimità della designazione del Paese di origine sicuro presso un'unica istanza giudiziaria.

Sotto questo profilo, la risposta degli Stati membri e della Commissione è stata convergente. I primi hanno unanimemente invocato il principio di autonomia procedurale, rivendicando la facoltà di optare per un sindacato accentrato. La Commissione ha dato loro sponda. A suo avviso, uno Stato membro può prevedere che il giudice della protezione, qualora dubiti della legittimità della designazione, «debba rinviare la questione a un organo giurisdizionale definito, ovvero un organo che sia incaricato del controllo giurisdizionale della legittimità della designazione dei Paesi sicuri». Per il diritto UE, ciò che conta è che l'ordinamento nazionale nel suo complesso assicuri una tutela giurisdizionale effettiva e, quindi, che il giudice chiamato a sindacare la designazione abbia il potere di verificare se essa vìola le condizioni previste dall'art. 37 e dall'allegato I della direttiva.

[11] G. CASSOLA, *Il controllo giurisdizionale sulla designazione dei paesi di origine sicuri: l'istruttiva esperienza della Francia*, in *ADiM Blog*, novembre 2024.

b) Come si configura il sindacato giurisdizionale sulla designazione?

La questione del sindacato giurisdizionale riguarda vari aspetti: l'oggetto di quel sindacato, i suoi limiti, le condizioni per la sua attivazione, e i possibili effetti, tra i quali la eventuale disapplicazione della (fonte che contiene la) designazione.

In proposito, la Commissione si è limitata a dichiarare di interpretare così la sentenza del 4 ottobre: «[q]uando il giudice nazionale constata che non sono soddisfatte le condizioni previste dalla direttiva 32/2013 per la designazione del Paese terzo sicuro, allora tale giudice dovrà dichiarare che la nozione di Paese terzo sicuro non può essere applicata al richiedente interessato». Questa affermazione sembra, però, confondere i piani. Se il giudice dubita della legittimità della designazione deve comunque limitarsi a disapplicare la presunzione di sicurezza nel caso concreto? Ma se è così, quand'è che si può attivare un sindacato sulla legittimità della designazione che porti al suo annullamento con efficacia *erga omnes*?

Il dubbio è amplificato dalla risposta dell'avvocatura dello Stato italiano, secondo la quale, da un lato, la possibilità di sindacare la designazione deve essere circoscritta alle «ipotesi limite» di designazione manifestamente arbitraria, secondo la formula suggerita dalla Corte di cassazione nell'ordinanza interlocutoria del 30 dicembre 2024; dall'altro, il giudice della protezione dovrebbe agire nella prospettiva del caso concreto, applicando l'art. 36 direttiva «quando ritenga che la designazione sia contraria ai criteri della direttiva». Quest'ultima affermazione – sovrapponibile a quella della Commissione testé richiamata – ha indotto ben tre giudici della Corte a chiedere un chiarimento, nel tentativo di comprendere quali margini di sindacato e di disapplicazione residuino in capo al giudice nazionale a seguito della scelta italiana di effettuare la designazione con legge (così i giudici Gratsias e Passer). Lo stesso Presidente Lenaerts è intervenuto per chiedere se, ad avviso dell'Italia, le implicazioni di una scorretta designazione debbano valere soltanto nei limiti dell'art. 36 della direttiva. L'avvocatura italiana ha confermato questa interpretazione e diversi Stati sono intervenuti per ribadire che, negli ordinamenti in cui la fonte della designazione è legislativa, il sindacato di legittimità è riservato al giudice costituzionale, mentre il giudice della protezione, qualora dubiti della designazione, può pur sempre superare la presunzione di sicurezza nel caso concreto, in base all'art. 36, par. 1, della direttiva.

Il dubbio resta, così, aperto, in due direzioni. La prima attiene al rapporto tra l'art. 36 della direttiva e il sindacato di legittimità: nel caso di designazione contraria ai criteri della direttiva, la reazione del giudice della protezione può

ridursi al mero superamento della presunzione di sicurezza nel caso concreto, cioè appunto all'applicazione dell'art. 36 della direttiva? La seconda riguarda invece la possibilità residua di disapplicare la legge interna che designa il Paese terzo sicuro in modo contrario ai criteri della direttiva 32/2013: perché nella prassi applicativa degli altri Stati membri non sembra esservi spazio per questo rimedio, che invece i giudici italiani hanno tanto valorizzato?

4. *I dubbi inevasi: l'onere di allegazione e i margini per la disapplicazione*

Prima di esaminare questi interrogativi (sub *b*), torniamo all'interpretazione della sentenza del 4 ottobre 2024 e, in particolare, del suo punto 98, che tocca un aspetto procedurale decisivo, trascurato nella discussione: in materia di protezione personale, i poteri ufficiosi del giudice riguardano l'onere di allegazione, l'onere della prova o entrambi?

a) La necessaria distinzione tra onere della prova e onere di allegazione: compatibile con il punto 98 della sentenza del 4 ottobre 2024?

La giurisprudenza della Corte di cassazione italiana ha da tempo tracciato una netta distinzione tra l'onere di allegare i fatti costitutivi della domanda di protezione e l'onere di provare l'esistenza di quei fatti. In materia di protezione internazionale, il giudice può attivare i suoi poteri d'ufficio soltanto in relazione al secondo onere (della prova), perché il richiedente in fuga da guerre o persecuzioni potrebbe non disporre della documentazione probatoria necessaria; l'onere di allegare i fatti costitutivi della domanda resta, invece, in capo al richiedente. La specialità della materia è, dunque, limitata all'onere della prova e non si estende all'onere di allegazione[12].

Della distinzione tra onere della prova e onere di allegazione non vi è traccia nelle pronunce del Tribunale di Roma e degli altri tribunali italiani che

[12] Si vedano Cass., sentenza 11 novembre 2020 n. 25311, dove si chiarisce che «l'istanza diretta a ottenere il riconoscimento della protezione internazionale *non si sottrae all'applicazione del principio della domanda, nel senso che il ricorrente ha l'onere di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli d'ufficio nel giudizio*» (conformi, *ex multis*, le sentenze n. 27336/2018, n. 3016/2019, n. 11096/2019 e n. 11312/2019); e, più di recente, Cass., sentenza del 19 dicembre 2024, n. 14533, dove, proprio in tema di Paesi di origine sicuri, si ribadisce il carattere indefettibile («*pur sempre necessario*») dell'«assolvimento, da parte del richiedente, *dell'onere di allegazione* e di presentare una domanda che possa qualificarsi quale richiesta di protezione internazionale, *in relazione ai fatti dedotti*» (§ 21).

hanno assunto la medesima posizione. Secondo quei tribunali (gli unici in Europa ad aver proceduto con sistematiche disapplicazioni), il giudice dovrebbe potersi attivare d'ufficio per sindacare la designazione del Paese di origine sicuro *a prescindere* dalle allegazioni del richiedente. Anche nei giudizi da cui traggono origine i casi *Alace* e *Canpelli*, il giudice ha sindacato la designazione "di *default*", senza esaminare le allegazioni del richiedente e, quindi, senza verificare l'esistenza di un nesso tra la posizione individuale e la categoria di persone a rischio nel Paese di origine.

Tale approccio – che prescinde dalle allegazioni e quindi dalla posizione giuridica del richiedente – viene giustificato proprio invocando il punto 98 della sentenza del 4 ottobre 2024. Siccome ivi si afferma che «il giudice competente a statuire su[l] ricorso deve esaminare, nell'ambito di quest'ultimo, la legittimità di siffatta designazione» (§ 95) e che tale giudice «deve dedurre (…) una violazione delle condizioni sostanziali di siffatta designazione, enunciate all'allegato I di detta direttiva, anche se tale violazione non è espressamente fatta valere a sostegno di tale ricorso» (§ 98), i tribunali italiani ne hanno desunto che il sindacato sulla designazione può essere attivato anche senza che il richiedente invochi quella violazione e, dunque, a prescindere dalla verifica del suo onere di allegazione. È una interpretazione accettabile?

La risposta, a mio avviso, dovrebbe essere negativa: l'onere di allegazione può essere "graduato" in relazione al motivo su cui si fonda la domanda di asilo, ma non può mai venir meno. Se la domanda si fonda su motivi *individuali*, è pacifico che l'onere di allegazione non è eludibile, perché senza allegazioni il giudice non ha accesso al fatto costitutivo della posizione e non può fare altro che rigettare la domanda. L'equivoco sorge, invece, quando la domanda si fonda su motivi *generali*, attinenti alla situazione del Paese di origine. Per dissiparlo, è opportuno distinguere due ipotesi.

Prima ipotesi: il richiedente invoca la sua appartenenza a una categoria di persone non protetta. In questo caso, egli può non indicare i fattori di rischio legati a quella specifica categoria, trattandosi di un dato oggettivo che il giudice può e deve desumere d'ufficio dalle fonti qualificate. Deve, però, comunque indicare al giudice i motivi individuali, cioè la connessione di quei fattori di insicurezza generale con la sua posizione individuale.

Seconda ipotesi: la domanda si fonda esclusivamente sul motivo generale dell'insicurezza del Paese di origine o di una parte del suo territorio, come nel caso del richiedente moldavo deciso dalla Corte di giustizia lo scorso 4 ottobre. In questo caso, è sufficiente – ma necessario – che il richiedente deduca, come fatto costitutivo della propria domanda di protezione, l'esistenza di quelle condizioni generalizzate di insicurezza.

In entrambe le ipotesi, l'onere di allegazione si assottiglia, ma non dovrebbe venir meno, perché altrimenti non vi sarebbe una posizione soggettiva da tutelare e l'oggetto esclusivo del giudizio diverrebbe la legalità astratta della designazione. Per evitare, dunque, che il giudice della protezione "fugga" dall'oggetto del suo giudizio e si erga a giudice di legittimità delle leggi – con inevitabili tensioni per la separazione dei poteri – basta riconoscere che l'onere di allegazione del richiedente è indefettibile (come afferma la Cassazione) e richiamare i giudici a una applicazione puntuale dell'art. 36, par. 1, della direttiva 32/2013, che impone di esaminare sempre le allegazioni del richiedente, prima di ogni altra cosa («*previo esame individuale della domanda*»: art. 36, par. 1).

Si delinea, così, una chiave interpretativa del punto 98 della sentenza del 4 ottobre. Laddove afferma che il giudice «deve sollevare, *sulla base degli elementi del fascicolo e di quelli portati a sua conoscenza nel corso del procedimento dinanzi ad esso pendente*, un'inosservanza delle condizioni sostanziali di tale designazione, di cui all'allegato I di tale direttiva, *anche se tale inosservanza non è espressamente dedotta a sostegno del ricorso*», il paragrafo 98 dovrebbe essere inteso nel senso di consentire una attenuazione dell'onere di allegazione quando siano in gioco le condizioni generali di sicurezza del Paese terzo. Il problema della generale insicurezza del Paese di origine, anche se non dedotto in termini di (il)legittimità della designazione, deve comunque emergere dagli elementi del fascicolo e del procedimento. Si potrebbe, in altri termini, intendere il punto 98 alla luce della efficace sintesi fornita dalla Cassazione nella sentenza del 19 dicembre 2024, secondo la quale, anche in questi casi, l'onere di allegazione non viene del tutto meno, in quanto occorre che il ricorrente «*sostanzialmente contest[i] che il paese di origine sia sicuro per rilievi d'ordine generale*» (§ 21.1).

b) Che cosa resta della disapplicazione?

Il chiarimento appena formulato consente di affrontare l'ultima serie di dubbi generati dall'udienza pubblica, riguardanti il rapporto tra il rimedio indicato dall'art. 36 della direttiva e gli altri rimedi generali: il sindacato di legittimità costituzionale, da un lato, e la disapplicazione della norma interna contraria al diritto UE, dall'altro. Riprendendo la domanda posta durante la discussione dal giudice Gratsias, ci si può chiedere: quali margini residuano per la disapplicazione della (norma interna sulla) designazione che sia ritenuta contraria al diritto UE (in particolare, all'art. 37 e all'allegato I della direttiva 32/2013)? Quale sarebbe la differenza rispetto alle altre aree del diritto UE, nelle quali la disapplicazione è ammessa senza contestazioni?

La risposta che si propone può essere così riassunta: in questa materia esiste un rimedio specifico, previsto dall'art. 36, par. 1, della direttiva, e tale rimedio soddisfa quelle esigenze di tutela del singolo che in altri ambiti del diritto UE giustificano il ricorso alla disapplicazione.

Per chiarire, occorre tornare all'onere di allegazione. Se il richiedente allega i motivi per i quali il suo Paese di origine non può essere considerato sicuro «nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso», si rientra appunto nello schema dell'art. 36 della direttiva. In questo ambito, il giudice può rivolgere la sua attenzione alla situazione generale del Paese di origine (e quindi consultare in autonomia le fonti qualificate, le schede paese e eventuali fonti di informazioni affidabili) quando ciò serva per accertare se le allegazioni trovino fondamento in quella situazione generale. Il suo focus principale resta fermo sulle allegazioni del richiedente, cioè sulla sua posizione soggettiva, rispetto alla quale la situazione di sicurezza del Paese di origine rileva soltanto in via mediata, perché ai fini della decisione sulla protezione ciò che conta non è la designazione, bensì l'esistenza di un rischio effettivo per lo specifico richiedente.

Perciò, se la verifica officiosa del giudice evidenzia l'esistenza di rischi individuali, l'art. 36, par. 1, impone di superare la presunzione di sicurezza del Paese di origine. È appunto questo rimedio "speciale" che, assicurando piena tutela al richiedente nel caso concreto, rende del tutto superfluo disapplicare la designazione[13].

Quand'è, allora, che il giudice della protezione può e deve esercitare (se il sindacato è diffuso) o attivare (se il sindacato è accentrato, come ormai è in Italia) la verifica di legittimità della designazione?

Nell'ordinanza interlocutoria del 30 dicembre 2024, la Cassazione ha suggerito alla Corte di giustizia di riconoscere che il giudice nazionale possa farlo «in ipotesi limite», riguardanti casi di esercizio manifestamente arbitrario del potere di designazione (§§ 17.3 e 18). Questo rimedio di chiusura servirebbe ad evitare che considerazioni politiche relative alla sicurezza e alla cura delle relazioni internazionali arrivino a determinare la designazione come sicuro di un Paese di origine quando lì manchino le più elementari condizioni di rispetto dei diritti fondamentali. Perciò, di fronte a un potere governativo o legislativo che così palesemente esonda, travolgendo gli argini posti dalle norme europee, il contropotere giudiziario è, a sua volta, legittimato a interferire.

L'attivazione di questo rimedio, però, si badi, non serve a tutelare

[13] M. SAVINO, *Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne*, in *ADiM Blog*, dicembre 2024, pp. 8-18.

direttamente i diritti del richiedente, già salvaguardati dall'art. 36 della direttiva. Serve piuttosto ad attivare un meccanismo istituzionale di correzione di una scelta abnorme che ha un impatto su larga scala: una scelta politica "viziata", che rischia di sottoporre a una procedura accelerata, con meno garanzie e un eventuale trattenimento alla frontiera, anche categorie di persone per le quali la presunzione di sicurezza è ingiustificata.

Ma se è così – se cioè il sindacato (accentrato o diffuso) sulla legittimità della designazione è ammesso al solo fine di correggere l'erroneo instradamento, su larga scala, dei richiedenti di un certo Paese verso la procedura accelerata – ne deriva un ulteriore dubbio sulla utilità della disapplicazione. Se il giudice è chiamato a esercitare o attivare quel sindacato "oggettivo" per innescare una correzione di sistema, la correzione può risolversi in una mera disapplicazione? Non è in dubbio – si intende – la spettanza in astratto del potere di disapplicare la norma interna contraria al diritto UE. È, però, fortemente dubbia la sua utilità in concreto. Quando si tratta di correggere un errore di portata sistemica, non basta un rimedio che esaurisca i suoi effetti nel singolo caso. Occorre un rimedio demolitorio, con effetti di annullamento *erga omnes*.

Ciò consente di spiegare la posizione "tetragona" manifestata dagli Stati membri intervenuti in udienza. In nessuno di quegli ordinamenti nazionali sembra esservi spazio per la disapplicazione, perché il sistema di tutela, rispetto alle procedure accelerate, ha una sua specifica completezza. Se vi sono fattori di rischio individuali, il giudice può e deve superare la presunzione di sicurezza del Paese designato ricorrendo all'art. 36, par. 1, della direttiva. Se invece emergono dubbi sulla arbitrarietà della designazione, si può e deve attivare un sindacato sulla sua legittimità che porti al suo annullamento. Anche secondo la Commissione europea, tanto basta. *Tertium non datur*.

5. *La pronuncia che verrà e la posta in gioco*

La sentenza della Corte di giustizia dovrebbe giungere entro l'estate, dopo le conclusioni dell'Avvocato generale previste entro il 10 aprile. Più autorevoli studiosi hanno avanzato un pronostico sull'esito del giudizio e sostenuto che la principale posta in gioco riguarda la sperimentazione della procedura accelerata di frontiera in Albania[14]. Resistendo alla tentazione di un altro

[14] S. PEERS, *The Italy/Albania asylum treaty reaches the CJEU: what are the issues?*, in *EU Law Analysis*, 24 February 2025.

pronostico, mi limiterò, in chiusura, a segnalare che la posta in gioco è forse più ampia, riguardando la possibilità di applicare su larga scala (ai richiedenti asilo che provengono da Paesi terzi sicuri) la procedura di asilo accelerata e, con essa, il trattenimento alla frontiera in un paese chiave come l'Italia.

L'obiettivo della procedura accelerata di frontiera è evitare l'ingresso nello spazio Schengen dei richiedenti asilo con minori *chance* di ottenere protezione. Questa procedura, però, dato il suo marcato tratto coercitivo, è stata sistematicamente osteggiata dai giudici italiani sin dalla sua compiuta regolamentazione (settembre 2023), al punto che fin qui sostanzialmente non è stata mai applicata. Lo strumento principe della "resistenza" è la disapplicazione delle norme interne, ritenute contrarie a norme o sentenze europee variamente interpretate, non solo in tema di Paesi sicuri, ma, già prima, in tema di garanzia finanziaria[15]. Senza procedura di frontiera in Italia, però, il rischio di fallimento del Nuovo Patto, che fa della obbligatorietà di quella procedura il suo architrave, è elevato. Rispetto a questo problema, la sentenza della Corte di giustizia avrà un peso importante, non solo per la parte relativa alle eccezioni personali (che, da giugno 2026, il regolamento 1348/2024 renderà comunque ammissibili), ma anche e forse soprattutto per la parte relativa ai limiti del sindacato giurisdizionale in questa materia.

Mentre negli altri Stati membri i giudici non disapplicano la designazione per motivi generali e astratti, ma soltanto per i motivi individuali indicati dall'art. 36, in Italia accade il contrario. Mentre in Germania, Francia e altri Stati membri la certezza del diritto è assicurata da un sindacato accentrato che non viene eluso, ma anzi sollecitato, in Italia i giudici comuni procedono in autonomia, disapplicando le designazioni ritenute scorrette, con inevitabili disparità di trattamento tra richiedenti provenienti dai Paesi designati. Questo stato di incertezza giuridica potrebbe consolidarsi, arrivando a compromettere l'uniforme applicazione del Nuovo Patto, con prevedibili effetti sull'intero Sistema comune europeo di asilo.

Perciò, se in tema di controllo giurisdizionale dovesse prevalere l'interpretazione auspicata dal Tribunale di Roma, la conseguenza applicativa sarebbe problematica. In Italia i giudici continuerebbero a sindacare la legittimità della designazione a prescindere dalle allegazioni, e a disapplicare direttamente le corrispondenti norme di legge. Ciò consentirebbe loro di eludere il sindacato accentrato della Corte costituzionale e di non applicare il rimedio dell'art. 36

[15] Per un approfondimento, M. SAVINO, *Ancora su procedura di frontiera e misura alternativa della garanzia finanziaria: i limiti dell'approccio del Tribunale di Catania*, in *ADiM Blog*, ottobre 2023.

della direttiva, tarato sul caso specifico. Se la procedura accelerata di frontiera continuerà a essere applicata in modo difforme e selettivo, in base all'orientamento del singolo giudice, non sarà possibile arginare i movimenti secondari dei richiedenti asilo nello spazio Schengen.

DISAPPLICAZIONE SENZA FRENI
LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUI PAESI DI ORIGINE SICURI

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. Una vittoria per i liberali? – 2. La pronuncia. – 3. Il "no" alle eccezioni personali: una scelta coerente con la *ratio legis* europea? – 4. Esiste un diritto alla corretta designazione? – 5. L'effetto diretto, dato per scontato, può cancellare la discrezionalità delle autorità statali? – 6. Verso un rinvio alla Corte costituzionale? – 7. Un regalo ai populisti.

1. *Una vittoria per i liberali?*

Il 1° agosto 2025, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha adottato l'attesa sentenza sui paesi di origine sicuri (POS) nei casi *Alace e Canpelli*[1]. Il messaggio principale è che i giudici nazionali devono disapplicare la designazione di un paese di origine sicuro quando questa non soddisfi i criteri dettati dalla direttiva 32/2013 (c.d. direttiva procedure)[2]. Né la natura discrezionale della designazione, né la sua inclusione in un atto legislativo sono rilevanti: poiché il diritto dell'Unione europea è supremo, i giudici comuni sono tenuti a fare da soli, disapplicando, senza ricorrere alle corti costituzionali.

Gli studiosi del diritto di asilo, in Italia ma non solo, hanno accolto con entusiasmo questa pronuncia, considerandola una «vittoria totale» per chi sostiene il primato dei diritti umani e l'indipendenza della magistratura[3]. La reazione è comprensibile. La designazione dei paesi di origine sicuri è il principale presupposto per l'applicazione della procedura di frontiera, che comporta il trattenimento su larga scala dei richiedenti asilo. Questo approccio coercitivo è amplificato dalla

* Mario Savino, Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi della Tuscia.

[1] Corte giust. (Grande sezione), 1° agosto 2025, cause riunite C-758/24 e C-759/24, *Alace* e *Canpelli*, ECLI:EU:C:2025:591.

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

[3] L. MARIN, C. FAVILLI, *Alace and Canpelli: the Court of Justice firmly constrains domestic extraterritorial asylum processing politics*, in *EuLawAnalysis*, 14 August 2025.

detenzione extraterritoriale che il Protocollo con l'Albania prefigura. Tutto ciò stride con l'idea di un'Europa liberale, capace di accogliere chi è bisognoso di protezione. Guardando alla riforma del Nuovo Patto UE, però, l'idea di un'accoglienza incondizionata dei richiedenti asilo sembra tramontata. Ai giuristi restano domande scomode: possono i giudici reinterpretare in una chiave "liberale" una norma che considerano "illiberale"? E possono limitarne l'impatto ricorrendo alla disapplicazione sistematica, senza passare per un giudizio di legittimità costituzionale, anche se ciò comporta una "Babele dei diritti"[4]?

Di seguito, si tenterà di rispondere, sulla base dell'analisi della sentenza *Alace*. Dopo averne ripercorso i principali contenuti (§ 2), ci si chiederà se la sentenza possa considerarsi rispettosa dell'obiettivo perseguito dalla normativa UE sui paesi di origine sicuri (§ 3); se l'art. 37 della direttiva 32/2013 fondi davvero un diritto alla corretta designazione del paese di origine sicuro (§ 4); se l'effetto diretto assegnato all'art. 37 sia compatibile con il riconoscimento di un margine di discrezionalità alle autorità statali (§ 5); quali margini di intervento residuino in capo alla Corte di Cassazione per ripristinare l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto in questa materia (§ 6). Infine, si tornerà al quesito iniziale, per chiedersi se questa sentenza possa davvero considerarsi "liberale" o se non rappresenti, piuttosto, un regalo ai populisti (§ 7).

2. *La pronuncia*

La sentenza *Alace* contiene tre affermazioni principali. In primo luogo, uno Stato membro può designare un paese di origine come sicuro (anche) con un atto legislativo, *ma* qualsiasi giudice nazionale deve riesaminare tale designazione e, se errata, disapplicarla. In secondo luogo, il legislatore nazionale deve motivare la sua decisione, indicando le fonti di informazione su cui si basa la designazione, *ma* il giudice può valutare autonomamente la sicurezza di tale paese attingendo ad altre informazioni. In terzo luogo, in assenza di indicazioni nella direttiva sulle procedure, un paese di origine può essere considerato sicuro solo se lo è per tutte le categorie di persone, *ma* il principio opposto, stabilito dal regolamento 2024/1348[5], si applicherà a partire dal

[4] S. CASSESE, *Quella della Corte di giustizia europea sui migranti è una sentenza inutile e suicida*, in *Il Foglio*, 5 agosto 2025.

[5] Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

giugno 2026 o prima, se l'Unione deciderà di anticiparne l'applicazione, come proposto dalla Commissione[6].

Ciascuno di questi precetti incorpora ed enfatizza una dicotomia radicale:

i) tra il *primato del diritto dell'Unione*, che implica un sindacato *decentrato* sulle leggi nazionali per garantire la tutela immediata dei diritti attraverso la disapplicazione, da un lato, e il sistema *accentrato* di costituzionalità, che affida a una corte speciale il potere di interferire con la funzione legislativa e mira a preservare il *principio di legalità*, cioè la sottoposizione tanto dell'amministrazione quanto dei giudici alla legge, dall'altro;

ii) tra *l'obbligo di motivare la designazione,* che la CGUE ha imposto ai legislatori (sebbene in Italia e altrove non esista un obbligo formale di motivare gli atti legislativi) per ragioni di trasparenza *nell'esercizio di un potere discrezionale*, da un lato, e la contraddittoria apertura a un *sindacato pervasivo*, che nega l'esistenza di quel potere e consente al giudice comune di sostituire la valutazione legislativa con la propria, anche tenendo conto di ulteriori informazioni autonomamente acquisite (§ 86), dall'altro;

iii) tra un concetto rigido e forse idealistico di sicurezza nei paesi di origine, basato su una logica di «tutto o niente», applicato nella sentenza *CV*[7] dell'ottobre 2024 alle eccezioni territoriali e ora esteso alle eccezioni personali, da un lato, e un concetto di sicurezza più flessibile e pragmatico, compatibile con l'esistenza di eccezioni territoriali e personali, che diversi Stati membri prevedono nelle loro leggi e il legislatore dell'UE espressamente ammette nel regolamento 2024/1348, ma che la CGUE ora respinge in riferimento alla direttiva del 2013, così creando una discontinuità nel processo di attuazione a pochi mesi dall'applicazione del Nuovo Patto, dall'altro.

Diversi attori – gli Stati membri e la Commissione europea nell'udienza pubblica del 25 febbraio 2025[8], nonché l'Avvocato generale de la Tour nelle sue conclusioni del 10 aprile 2025[9] e la Corte di cassazione nella sua ordinanza interlocutoria del 30 dicembre 2024[10] – avevano raccomandato alla CGUE

[6] COM(2025)186 del 16 aprile 2025, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2024/1348 per quanto riguarda l'istituzione di un elenco di paesi di origine sicuri a livello dell'Unione.

[7] Corte giust. (Grande sezione), 4 ottobre 2024, causa C-406/22, *CV c. Ministerstvo vnitra Ceské republiky, Odbor azylové a migrační politiky*, ECLI:EU:C:2024:841.

[8] M. SAVINO, *I Paesi di origine sicuri davanti alla Corte di giustizia: l'udienza del 25 febbraio 2025 e il nodo del controllo giurisdizionale*, in *AdiMblog*, febbraio 2025.

[9] Conclusioni dell'avvocato generale Richard de La Tour del 10 aprile 2025, cause riunite C-758/24 e C-759/24, *Alace e Canpelli*, ECLI:EU:C:2025:260.

[10] Corte cass., ord. 30 dicembre 2024, n. 34898.

soluzioni diverse, volte a superare quelle dicotomie e a conciliare gli interessi nazionali e sovranazionali ad esse sottesi. Ma la Corte di Lussemburgo ha preferito seguire la propria strada.

3. *Il "no" alle eccezioni personali: una scelta coerente con la ratio legis europea?*

Nella causa *Alace*, gli obiettivi della direttiva sulle procedure sono ridotti alla «definizione di norme procedurali comuni» e alla «garanzia che le domande di protezione internazionale siano trattate "il più rapidamente possibile (...), fatta salva la necessità di procedere a un esame adeguato e completo"», come si deduce dal considerando 18 (§ 101). Partendo da questo presupposto, la CGUE utilizza l'argomento dell'interpretazione restrittiva della *lex specialis* per confermare la logica del «tutto o niente» già affermata nella sua sentenza *CV* sulle eccezioni territoriali: o un paese terzo è completamente sicuro, oppure, se non è sicuro per una sola categoria di persone, deve essere considerato non sicuro per tutti (§ 100). È vero che la logica opposta è esplicitamente accettata dal nuovo regolamento 2024/1348, ma l'unica conseguenza che la Corte ne trae è che l'applicazione di tale regolamento, che dovrebbe iniziare il 12 giugno 2026, può essere anticipata se il legislatore dell'UE lo desidera (§ 107).

Il ragionamento della CGUE appare lineare e coerente con la giurisprudenza pregressa. Tuttavia, la premessa su cui poggia appare fallace. Le disposizioni della direttiva concernenti la nozione di paese sicuro non possono avere semplicemente lo scopo – dichiarato dalla Corte – di accelerare l'esame delle domande di asilo: se così fosse, la direttiva non avrebbe escluso dalla procedura accelerata proprio i richiedenti che, avendo maggiori possibilità di ottenere protezione (in quanto provenienti da paesi non considerati sicuri), dovrebbero essere immessi più rapidamente nel sistema di protezione. L'obiettivo specifico di quelle disposizioni è, in realtà, il medesimo della procedura di frontiera di cui costituiscono il presupposto: limitare l'abuso dell'asilo indirizzando coloro che, data la provenienza, sembrano aver presentato domande infondate verso una procedura che impedisca loro di effettuare movimenti secondari in Schengen e di sottrarsi al rimpatrio.

Alla luce di *questo* obiettivo, ammettere eccezioni sarebbe stato del tutto coerente. Quando un paese di origine non protegge un gruppo minoritario, in ipotesi pari all'1% o al 10% della popolazione, escludere solo tale gruppo dalla procedura di frontiera sarebbe stato molto più coerente che escludere anche il restante 99% o 90%. Le eccezioni non sono artifici per designare

come sicuri paesi che in realtà non lo sono. Servono piuttosto a integrare il meccanismo protettivo dell'art. 36, sottraendo alla procedura di frontiera chi appartiene a una categoria non sicura in un paese altrimenti generalmente sicuro, in conformità con la nozione *relativa* di sicurezza enunciata nel considerando 42 della direttiva.

Affermare il contrario, come ha fatto la CGUE nella sentenza *Alace*, significa ignorare quella *ratio legis* e, di fatto, comprometterla. Finora, la procedura accelerata è stata applicata ai paesi di origine che presentano eccezioni, come varie leggi nazionali espressamente consentono. Dopo *Alace*, tale procedura sarà applicabile solo ai paesi di origine che possono essere considerati sicuri in tutto il territorio e per tutta la popolazione: una soglia di sicurezza che gli stessi paesi europei avrebbero difficoltà a soddisfare.

Questa parte della pronuncia ha una portata effimera ma non è innocua. In risposta alla sentenza *Alace*, gli Stati membri potrebbero a breve approvare la proposta della Commissione di anticipare l'applicazione delle nuove norme sui paesi sicuri e adottare un elenco a livello europeo con eccezioni personali e territoriali, che il regolamento 2024/1348 espressamente ammette. Fino a quando, però, questo non avverrà (al più tardi, fino a giugno 2026), la procedura di frontiera sarà di fatto bloccata. Gli Stati membri di primo ingresso non potranno limitare i movimenti secondari di alcun richiedente asilo, nemmeno di quelli che non hanno domande fondate e dovrebbero essere rimpatriati.

4. *Esiste un diritto alla corretta designazione?*

Secondo l'art. 37 della direttiva sulle procedure, «[g]li Stati membri possono mantenere in vigore o introdurre una normativa che consenta, a norma dell'allegato I, di designare a livello nazionale paesi di origine sicuri ai fini dell'esame delle domande di protezione internazionale»; devono riesaminare periodicamente la situazione del paese designato; e devono fondare la loro valutazione di sicurezza del paese terzo sulla base di una serie di fonti di informazione, «fornite da altri Stati membri, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti». Questa norma fonda un *diritto alla corretta designazione*?

La risposta dipende dal modo in cui si ricostruisce il rapporto tra l'art. 37 e l'art. 36 della direttiva. L'art. 36, par. 1, chiarisce che un richiedente può confutare la presunzione di sicurezza del suo paese di origine, adducendo «*gravi motivi per ritenere che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso e per quanto riguarda la*

sua qualifica di beneficiario di protezione internazionale». Si tratta di ipotesi nelle quali la domanda di asilo si fonda non su ragioni individuali (ad es. minacce da parte dei familiari), ma, per l'appunto, sulla condizione di insicurezza del paese di origine, in generale o per una specifica categoria di persone alla quale il richiedente dichiari di appartenere. Soltanto allegando siffatti «gravi motivi» – che servono, ad un tempo, a vincere la presunzione di sicurezza nel caso individuale e a fondare la domanda di asilo – un richiedente può essere esentato dalla procedura di frontiera.

In astratto, il rapporto tra l'art. 36 e l'art. 37 può essere interpretato in due modi.

⇒ Opzione A: soltanto l'art. 36 conferisce un vero e proprio *diritto*, mentre l'art. 37 è una norma destinata esclusivamente agli Stati membri, obbligati a rispettare determinati criteri di designazione.

⇒ Opzione B: anche l'art. 37 crea un diritto individuale alla corretta designazione del paese di origine, in quanto gli obblighi imposti agli Stati rappresentano altrettante garanzie procedurali, attivabili indipendentemente dall'art. 36. Secondo questa interpretazione, se la designazione è errata, i richiedenti devono essere esentati dalle procedure speciali alle frontiere anche quando la loro domanda individuale è probabilmente infondata.

Le implicazioni sono molto diverse. In base all'opzione A, le garanzie procedurali previste dall'art. 37 hanno una funzione dipendente o ancillare: possono venire in rilievo *soltanto se e nella misura in cui* servano al giudice di merito per valutare la fondatezza della domanda di protezione. Il giudice può, cioè, valutare se la designazione è corretta soltanto se il richiedente invochi le «gravi ragioni» indicate dall'art. 36. In base all'opzione B, invece, la pretesa al rispetto delle garanzie procedurali è *autonoma*: il giudice può sindacare la designazione a prescindere dal fatto che il richiedente ne metta in dubbio la correttezza e, quindi, anche quando la sua domanda appaia manifestamente infondata. Nel primo caso, sarebbero tutelati soltanto i richiedenti meritevoli, che adducano seri motivi a fondamento della propria richiesta di protezione. Nel secondo, anche quelli non meritevoli.

Nella sentenza *Alace*, si coglie una ambivalenza. Da un lato, nei punti rilevanti del dispositivo, gli articoli 36 e 37 sono richiamati insieme. Questa scelta autorizza a pensare che il sindacato sulla designazione debba sempre collegarsi *anche* all'art. 36, come suggerisce l'opzione A. Dall'altro, al punto 84 della motivazione si afferma che un sindacato completo «*non deve necessariamente vertere sull'esame nel merito* delle esigenze di protezione internazionale e che esso *può dunque riguardare gli aspetti procedurali* di una domanda di protezione internazionale, fra i quali figura la designazione di un paese terzo come

paese di origine sicuro» (§ 84). Se questo passaggio implicasse che il giudice può riesaminare «gli aspetti procedurali», compresa la designazione, *indipendentemente* dall'esame nel merito della domanda e da una prima delibazione della sua fondatezza, si rientrerebbe nell'opzione B.

Questa opzione interpretativa (B) va incontro a obiezioni difficilmente superabili. In primo luogo, il rispetto dei criteri di designazione di cui all'art. 37 riflette ciò che nella teoria generale delle posizioni soggettive è qualificato come "interesse alla legalità": siffatto interesse non può fondare una pretesa individuale autonoma[11]. La legittimità della designazione può venire in rilievo soltanto quando da essa dipende la protezione internazionale, nei termini indicati dall'art. 36: il che avviene – secondo l'opzione A – per l'appunto quando il richiedente chiede protezione *perché* proviene da un paese che, a dispetto della designazione, è insicuro in generale o per la categoria di persone cui appartiene.

In secondo luogo, in base a un principio generale del procedimento amministrativo, le garanzie procedurali assumono rilievo (efficacia invalidante) soltanto se condizionano l'esito della decisione (art. 21-*octies* della legge sul procedimento amministrativo[12]). Questo principio permea anche la giurisprudenza della CGUE, che non annulla le decisioni affette da vizi procedurali quando queste non condizionano la posizione sostanziale del richiedente[13]. Rispetto alla questione in esame, ciò implica che la designazione scorretta non

[11] Il tema delle posizioni soggettive è ampiamente dibattuto nella teoria generale del diritto. Si rinvia, per una efficace sintesi, a G. PINO, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 2, 487 ss. Nell'ambito pubblicistico, il tema è stato affrontato, in particolare, con riguardo alla nozione di interesse legittimo, originariamente concepito come interesse alla legalità "occasionalmente protetto". Questa tesi, risalente a O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo, I. Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, 430 ss., è stata da tempo accantonata in favore di concezioni dell'interesse legittimo più aggiornate, necessarie per recuperare la dimensione soggettiva della posizione dell'amministrato ed equipararla, in termini di tutela, al diritto soggettivo. Su questo dibattito, B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.,* ann., II, Milano, 2008, 709 ss., e L. FERRARA, *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (dir), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5579 ss.

[12] Legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

[13] Si vedano, ad esempio, le sentenze del 5 novembre 2014, causa C-166/13, *Mukarubega*, §§ 54 e 70-71, ECLI: EU:C:2014:2336 e dell'11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Boudjlida*, § 43, ECLI:EU:C:2014:2431. Per un'indagine più ampia, riferita ad altri ambiti del diritto nazionale ed europeo, G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 259 ss.

rileva ai fini della spettanza della protezione ogni qual volta la domanda di asilo sia *comunque infondata* e, quindi, «il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» (art. 21-*octies*, comma 2). Quando è così, la designazione scorretta non può assumere rilievo nella decisione del giudice di merito, che ha a oggetto la spettanza della protezione. Anche i principi di diritto amministrativo (nazionale ed europeo) depongono, dunque, in favore dell'opzione A: se il diritto alla protezione non spetta, non spettano al richiedente neppure le garanzie procedurali a esso correlate.

In terzo luogo, la comparazione fornisce a sua volta conferme. Da un lato, finora nessuna corte di altri Stati membri, eccetto l'Italia, aveva avvertito la necessità di tutelare i richiedenti asilo oltre lo schema dell'art. 36. Si dovrebbe, dunque, ritenere che negli altri ordinamenti europei la tutela giurisdizionale non è stata effettiva? Dall'altro lato, in sistemi giuridici come quello francese, la designazione può essere autonomamente impugnata (davanti al Conseil d'Etat) soltanto da enti che rappresentano interessi diffusi e non da singoli richiedenti asilo[14]. Al di fuori dell'Italia, dunque, il giudice può sindacare *incidentalmente* la designazione e, se scorretta, non tenerne conto *ai fini dell'aggiudicazione della protezione* unicamente quando un richiedente invoca i «gravi motivi» dell'art. 36. E adesso, dopo la sentenza *Alace*?

In quarto luogo, seguire l'opzione B porterebbe a una situazione paradossale. Come la CGUE ha chiarito, sin dai tempi della sentenza *Fratelli Costanzo*[15], anche le pubbliche amministrazioni devono disapplicare il diritto nazionale contrario al diritto UE. Come i giudici, quindi, le amministrazioni dovrebbero verificare la corretta designazione del paese di origine e, se necessario, disapplicarla, prima di avviare un richiedente alla procedura accelerata di frontiera. Avrebbe senso un controllo *sistematico* di questo tipo, che rischierebbe di paralizzare l'azione amministrativa, prim'ancora di quella giurisdizionale? Il principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost., ma anche il buon senso, suggeriscono una risposta negativa. Al più, si può immaginare che, di fronte a ipotesi di manifesta arbitrarietà o obsolescenza della designazione, confortata ad esempio dal fatto notorio (l'erompere di una guerra o di un conflitto civile nel paese designato), si disapplichi la designazione e se ne solleciti un aggiornamento. Ma non si può immaginare che il controllo di

[14] G. Cassola, *Il controllo giurisdizionale sulla designazione dei paesi di origine sicuri: l'istruttiva esperienza della Francia*, in *ADiMblog*, novembre 2024.

[15] Corte Giust., sent. 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256.

conformità al diritto UE vada al di là di siffatte "ipotesi limite", secondo la felice formula indicata dalla Corte di Cassazione[16].

La quinta obiezione è dirimente: l'opzione B trova un ostacolo insormontabile nella stessa direttiva 32/2013. Il suo art. 46, par. 1, infatti, elenca le decisioni impugnabili davanti a un giudice. Tra queste, non compare la designazione del paese sicuro: *in base alla direttiva, la designazione in quanto tale non è impugnabile davanti a un giudice*.

La CGUE ha tentato di aggirare l'ostacolo letterale, richiamando il paragrafo 3 dell'art. 46, secondo cui il ricorso, per essere effettivo, deve comprendere l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto posti alla base della domanda, «*compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale*». Per la Corte, questo inciso «evidenzia il fatto che» l'esame del giudice «non deve necessariamente vertere sull'esame nel merito», ma può riguardare anche soltanto gli aspetti procedurali, come la designazione (§ 84). La forzatura interpretativa è, però, evidente. L'inciso richiamato non può essere inteso nel senso di autorizzare il giudice a ignorare la posizione sostanziale dedotta dal ricorrente e a concentrarsi unicamente sugli aspetti procedurali "a monte", come la designazione. Lo impediscono, oltre agli argomenti sopra esposti, anche più elementari ragioni di logica processuale: l'oggetto del giudizio è sempre (e solo) la posizione soggettiva dedotta.

Evidentemente, il significato da attribuire all'inciso dell'art. 46, par. 3, è diverso: esso serve ad autorizzare il pieno accesso del giudice al fatto. Il giudice deve poter, cioè, valutare le specifiche «*esigenze di protezione internazionale*» dedotte dal ricorrente, esaminando così tutti i fatti costitutivi della posizione, al fine di potersi sostituire all'amministrazione nella valutazione di *quei* fatti, ove l'aggiudicazione della protezione lo richieda («*se del caso*»). Si potrebbe obiettare che, così inteso, l'inciso non aggiunga molto, perché autorizzare il pieno accesso del giudice al fatto sarebbe superfluo. Ma non è così, se solo si considera il noto insegnamento secondo cui «oggetto del processo e del giudicato non sono *mai fatti o atti o norme, ma sempre solo diritti*: il diritto fatto valere in giudizio tramite la domanda dell'attore»[17]. Fatti, atti e norme possono essere oggetto di una valutazione incidentale del giudice soltanto se e nella misura in cui siano correlati alla posizione soggettiva dedotta dal ricorrente. Il principio processuale della domanda comporta, quindi, che i giudici possano decidere soltanto sulle questioni sollevate dal richiedente asilo: le sue

[16] Corte cass., ord. 30 dicembre 2024, n. 34898.

[17] A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato e sui suoi limiti oggettivi*, in Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Napoli, 2003, 294.

allegazioni sono l'oggetto precipuo della verifica del giudice, che non può ignorarle.

Qualora la sentenza *Alace* comportasse (o venisse interpretata nel senso) che i giudici sono tenuti a esaminare *d'ufficio* la legittimità di una designazione, la violazione del principio della domanda sarebbe manifesta. Trattandosi di un principio cardine del diritto procedurale nazionale[18], che si applica anche in materia di protezione internazionale[19], ne deriverebbe – questa l'implicazione ultima – un evidente conflitto con il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, che dovrebbe essere evitato privilegiando l'interpretazione opposta.

Pertanto, la CGUE ha commesso un grave errore giuridico nell'affermare, al punto 84 della sentenza *Alace*, che i criteri di designazione previsti dall'art. 37 della direttiva 32/2013 sono garanzie procedurali azionabili a prescindere dall'esame di merito della domanda di protezione. Questa affermazione – come si è tentato di chiarire – contrasta con la teoria generale delle posizioni soggettive, con il principio di non annullabilità delle decisioni amministrative legittime, con la prassi degli altri Stati membri e con il principio di buon andamento. Ma, soprattutto, si pone in contrasto con lo stesso diritto UE: in particolare, con l'art. 46 della direttiva 32/2013, che non include la designazione tra le decisioni autonomamente impugnabili, nonché con il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, che impedisce il sacrificio del principio processuale della domanda, tassello importante per garantire la terzietà del giudice e la separazione dei poteri.

5. *L'effetto diretto, dato per scontato, può cancellare la discrezionalità delle autorità statali?*

Molti dei 16 Stati membri partecipanti all'udienza pubblica del 25

[18] Come la Corte costituzionale ha di recente affermato (sent. n. 125 del 2025), i poteri officiosi di impulso processuale introducono una «deroga alla regola di terzietà del giudice [che] tocca il diritto di difesa alterando la normale dialettica processuale, sia perché la domanda introduttiva del giudizio, formulata dallo stesso giudice, prefigura il contenuto della decisione, sia perché il contraddittorio non si instaura in condizioni di parità tra le parti del rapporto sostanziale, bensì tra queste, da un lato, e il giudice dall'altro» (§ 7). Per questo, l'esame d'ufficio di una questione processuale si giustifica soltanto in nome di un interesse pubblico (non a tutela di diritti privati) e sulla base di una espressa autorizzazione legislativa (§ 5.1).

[19] In questa materia, come noto, è ammessa una attenuazione del principio dispositivo, ma non del principio della domanda: per tutte, Cass., sentenza 11 novembre 2020, n. 25311.

febbraio 2025 avevano sottolineato i limiti dello strumento della disapplicazione come rimedio alla designazione illegittima dei paesi di origine sicuri. La CGUE era stata invitata a considerare sia l'impatto della disapplicazione caso per caso sul principio della *certezza del diritto*, sia l'importanza di preservare i sistemi nazionali di controllo giurisdizionale *accentrato* sulla designazione (il Conseil d'Etat in Francia, le corti costituzionali in Italia, Germania e altri paesi dell'UE). L'argomento statale principale è che solo le decisioni con effetti *erga omnes* possono impedire la disapplicazione frammentaria in base all'opinione del singolo giudice e la paralisi nell'attuazione della procedura di frontiera, entrambe verificatesi in Italia.

La CGUE ha ignorato questa avvertenza, limitandosi a riaffermare il nesso tra supremazia del diritto UE e disapplicazione: il giudice nazionale ha «l'obbligo (…) di garantire la piena efficacia delle disposizioni della direttiva 2013/32, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione del diritto nazionale, anche posteriore, che sia contraria a una disposizione di tale direttiva produttiva di effetti diretti», senza dover attivare rimedi «costituzionali» (§ 63). La formula classica di *Simmenthal* (1978)[20] viene qui ripresa per ribadire il nesso tra l'obbligo di disapplicare e l'effetto diretto della normativa UE sui POS, ma con una novità: quel riferimento al «margine di discrezionalità», che però contraddice il carattere incondizionato della norma, senza che la CGUE avverta l'esigenza di chiarire.

La reticenza della CGUE sul punto è problematica. Secondo la sua giurisprudenza consolidata, l'obbligo di disapplicazione si basa non solo sul primato del diritto dell'Unione, ma anche sul suo effetto diretto[21]. La norma di una direttiva, in particolare, può essere considerata direttamente applicabile solo se è *sufficientemente precisa*, cioè stabilisce un obbligo in termini inequivocabili, e se è *incondizionata*, ossia non richiede nessuna misura nazionale di attuazione[22] e non lascia agli Stati membri un potere discrezionale[23]. L'art. 37 della direttiva sulle procedure risponde a questi requisiti?

La norma, come anticipato, consente agli Stati membri di designare un paese come sicuro sulla base di fonti di informazione qualificate e dei criteri sostanziali dettati dall'allegato I alla direttiva. Per designare, le autorità

[20] Corte giust., sent. 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49.

[21] Il *leading case* è Corte giust. (Grande Sezione), sent. 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski II*, §§ 59-69, ECLI:EU:C:2019:530. Si v., *amplius*, D. GALLO, *Direct effect in EU Law*, Oxford, 2025, spec. cap. V.

[22] Corte giust., 14 gennaio 2021, causa C-387/19, *RTS*, ECLI:EU:C:2021:13, § 46.

[23] Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Link Logistic*, ECLI:EU:C:2018:810, § 48.

nazionali devono fornire una valutazione aggiornata che tenga conto, tra l'altro, della «situazione giuridica, dell'applicazione della legge in un sistema democratico e delle circostanze politiche generali» del paese terzo nonché dell'assenza «generale e costante» di persecuzioni. Data la loro ampiezza e genericità, pare evidente che tali criteri implichino l'attribuzione agli Stati membri di un margine di discrezionalità nella designazione. Ed è altresì inconfutabile che l'art. 37 comporti l'adozione di misure di attuazione, tipicamente rappresentate dagli elenchi nazionali dei paesi di origine sicuri. Entrambe le condizioni sopra richiamate, necessarie per poter considerare una norma incondizionata, sembrerebbero mancare nel caso in esame.

Eppure, la CGUE dà per scontato che l'art. 37 sia direttamente applicabile. Sempre al punto 63, già richiamato, si afferma che «*la discrezionalità*» – evidentemente riferita al margine di apprezzamento che i criteri di designazione dell'art. 37 e dell'Allegato I lasciano agli Stati membri – «non pregiudica l'obbligo di ogni giudice nazionale di dare piena efficacia alle disposizioni della direttiva 2013/32, disapplicando d'ufficio». Nelle sentenze dell'ultimo decennio, la formula *Simmenthal* compare nel contesto di un ragionamento più ampio, che consente di chiarire ai giudici nazionali perché una certa norma europea sia dotata di effetto diretto; in questo caso, tuttavia, non è così.

Il problema che deriva da questa omissione è serio. Affermare che la supremazia del diritto dell'UE implica l'obbligo di disapplicazione e, al contempo, riconoscere che gli Stati membri hanno un margine di discrezionalità nell'attuazione di una certa norma è intrinsecamente contraddittorio. Tanto più che la CGUE non si premura di distinguere tra gli aspetti della norma che hanno carattere vincolante (ad esempio, l'obbligo di utilizzare fonti di informazione qualificate e di aggiornare periodicamente la valutazione su cui si fonda la designazione) e gli aspetti che attengono al merito della valutazione di sicurezza e che rientrano, appunto, nella sfera di apprezzamento delle autorità nazionali.

Di norma, quando una materia è disciplinata dal solo diritto interno, l'esistenza di siffatta discrezionalità (sia essa legislativa o amministrativa) comporta una limitazione del sindacato: i giudici competenti possono esaminare la legittimità della decisione, ma devono astenersi dall'interferire nella sfera della discrezionalità, per il cui esercizio la norma richiede una legittimazione democratica. Quando tale materia è disciplinata anche dal diritto dell'Unione, tale regola – volta a preservare la separazione dei poteri – rischia di vacillare. Troppo spesso i tribunali nazionali intensificano il loro sindacato, interpretando l'effetto diretto del diritto dell'Unione come un'autorizzazione a sostituire la propria valutazione a quella degli altri poteri.

La stessa CGUE è consapevole del problema. In uno dei rari casi in cui ha negato l'applicabilità diretta di una direttiva, la Corte ha riconosciuto di dover effettuare un rigoroso vaglio sul diretto effetto della norma UE e, in particolare sul suo carattere non incondizionato. Altrimenti, la disapplicazione effettuata in base a una norma UE che non è davvero incondizionata «condurrebbe, in pratica, all'eliminazione del potere discrezionale conferito ai soli legislatori nazionali» (*Link Logistic*, § 54).

Ciò nondimeno, la soppressione del potere discrezionale delle autorità nazionali è proprio il risultato cui rischia di condurre la sentenza *Alace*. La CGUE, infatti, non solo omette di chiarire perché l'articolo 37 avrebbe effetto diretto nonostante quella discrezionalità, ma ammette che il giudice di merito «possa verificare se tale designazione rispetti le condizioni sostanziali enunciate all'allegato I a detta direttiva, tenendo conto di altre informazioni da esso stesso eventualmente raccolte» (§ 86). La Corte sembra alludere, qui, a un sindacato di tipo *sostitutivo*, nel quale il giudice può, anche attingendo ad altre fonti, formulare una propria valutazione di sicurezza del paese di origine che prevale su quella approvata dal Parlamento.

Ove così fosse, il risultato sarebbe contraddittorio. Non solo dovrebbe ammettersi che l'istruttoria del singolo giudice sia più attendibile di quella effettuata dal Governo proponente, che pure può attingere alle informazioni della rete degli uffici consolari e disporre di tempi più distesi per l'analisi delle fonti indicate dall'art. 37, par. 3, della direttiva. Ma, soprattutto, dovrebbe ammettersi che il giudice possa sostituirsi ai rispettivi governi e legislatori nonostante la norma UE riconosca loro un margine di apprezzamento.

Siccome un sindacato di tipo sostitutivo è ammissibile soltanto quando non residui un margine di discrezionalità in capo all'autorità competente, a dicembre 2024 la Corte di cassazione ha coerentemente escluso questo tipo di sindacato in relazione alla designazione dei paesi di origine sicuri[24]. La CGUE sembrerebbe aver optato per la soluzione opposta, nonostante le contraddizioni rilevate. Sarà interessante verificare se la Cassazione confermerà il suo orientamento sul punto, dopo la sentenza *Alace*. E se la CGUE arriverà, a sua volta, a praticare un sindacato sostitutivo nei confronti dell'elenco europeo sui paesi di origine sicuri, quando questo sarà approvato e, in ipotesi, impugnato.

6. *Verso un rinvio alla Corte costituzionale?*

Mentre i tribunali italiani continuano, confortati dalla sentenza *Alace*, a

[24] Corte cass., I sez. civile,19 dicembre 2024, n. 33398.

disapplicare le designazioni in modo diffuso e confuso[25], la Cassazione sarà presto chiamata a pronunciarsi di nuovo sul tema. Pendono, infatti, i ricorsi del Governo contro i decreti del 18 ottobre 2024, con i quali il Tribunale di Roma ha disapplicato la designazione di alcuni paesi sicuri e negato la convalida del trattenimento di un primo gruppo di richiedenti in Albania. Quali sono le opzioni che la Suprema Corte ha a disposizione?

Innanzitutto, la Cassazione dovrà effettuare una "prova di resistenza". Dovrà, cioè, verificare quale parte del suo orientamento, messo a punto attraverso le "pronunce gemelle" di dicembre 2024[26], sia superata dalla sentenza *Alace* e quale parte, invece, possa sopravvivere.

Certamente, la Cassazione dovrà prendere atto che il suo "suggerimento" di considerare ammissibili le eccezioni relative alle categorie di persone – per le ragioni sopra illustrate (§ 3) di coerenza con la *ratio legis* europea e di continuità con il regolamento 2024/1348 di prossima applicazione – a Lussemburgo non è stato accolto. Su questo versante, dunque, la decisione del Tribunale di Roma, che aveva esteso, per analogia, la portata della sentenza *CV* dalle eccezioni territoriali a quelle personali, trova ora adeguata copertura.

Altri due profili, invece, dovrebbero considerarsi non coperti. Il primo riguarda l'onere di allegazione. Il Tribunale di Roma scelse di sindacare la corretta designazione del paese di origine *a prescindere* dall'esame della domanda di protezione, o almeno da una prima delibazione volta ad apprezzarne la non manifesta infondatezza. Dal canto suo, la sentenza *Alace* ricostruisce in modo ambivalente il nesso tra gli articoli 36 e 37 della direttiva sulle procedure: nel dispositivo li richiama insieme; nel punto 84, traccia una distinzione tra «esame nel merito» e «aspetti procedurali», comprensivi della designazione, che poggia su assunti fallaci e, soprattutto, lede il principio di autonomia procedurale degli Stati membri (si v. *supra*, § 4). La posta in gioco è il principio della domanda, cui si collega quell'onere di allegazione che la Cassazione, in entrambe le pronunce dello scorso dicembre, ha considerato "indefettibile". Ove la Cassazione ribadisse quella indefettibilità, anche sulla base del

[25] Basti richiamare l'ordinanza del Tribunale di Roma del 29 agosto 2025 (r.g. n. 37972/2025), che disapplica sul fallace presupposto che il legislatore non abbia osservato l'obbligo di motivazione della designazione affermato nella sentenza *Alace*: in realtà, il Governo ha adempiuto all'obbligo il 1° aprile 2025, pubblicando l'apposita Relazione sulla situazione dei paesi di origine sicuri inclusi nell'elenco di cui all'articolo 2-*bis*, comma 1, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 (anno 2024).

[26] Corte cass., sentenza del 19 dicembre 2024 (r.g. n. 14533/2024) e ordinanza interlocutoria del 30 dicembre 2024 (r.g. n. 22146/2024).

principio di autonomia procedurale nazionale, i decreti del Tribunale di Roma avrebbero poche possibilità di superare il suo vaglio.

L'altro profilo che non può considerarsi coperto dalla sentenza *Alace* riguarda il tipo di sindacato sulla designazione. Anche sotto questo profilo – come si è segnalato sopra (§ 5) – la sentenza *Alace* è ambivalente. Da un lato, riconosce al giudice nazionale il potere di sindacare la designazione anche ricorrendo a fonti di informazione proprie, così implicitamente alludendo a un sindacato di tipo sostitutivo. Dall'altro, però, si limita a giustapporre la «discrezionalità» degli Stati membri con l'«effetto diretto» della direttiva (§ 84). La Cassazione può dunque ripartire dalla natura discrezionale del potere di designazione per fare quello che la CGUE non ha fatto: distinguere tra i profili sostanzialmente vincolati della decisione (ad esempio, quelli riguardanti la natura qualificata delle fonti di informazione da utilizzare e il necessario aggiornamento periodico della valutazione), pienamente rivedibili dal giudice; e i profili discrezionali legati ai criteri di designazione dell'Allegato I. Trattandosi di criteri non giuridici (democraticità, situazione politica generale, assenza generale e costante di persecuzioni) e quindi non giustiziabili, la Cassazione potrebbe ribadire quanto affermato nella sentenza del 19 dicembre 2024: in presenza di margini di apprezzamento, un sindacato di tipo sostitutivo non è ammissibile. Anche da questo punto di vista, appaiono evidenti i profili di vulnerabilità dei decreti del Tribunale di Roma.

In relazione a quest'ultimo profilo, inoltre, si aprono due opzioni. La Cassazione potrebbe limitarsi a verificare se il giudice di merito abbia ecceduto i limiti del suo sindacato, invadendo l'area discrezionale riservata ad altri poteri. Ma potrebbe anche decidere di sollevare una questione di legittimità costituzionale, così da sciogliere ogni dubbio sulla corretta designazione dei paesi di origine controversi e realizzare più pienamente la sua funzione nomofilattica. Rispetto ai decreti impugnati (del 18 ottobre 2024), la designazione è stata trasferita alla fonte legislativa[27]. Spetta, dunque, alla Corte costituzionale verificare se il legislatore abbia applicato correttamente i criteri di designazione previsti dalle norme UE o se, invece, esso abbia ecceduto il margine di apprezzamento che quelle norme gli concedono.

Quest'ultima opzione avrebbe il difetto di ostacolare di nuovo l'attuazione delle norme in esame, in pendenza del giudizio e in attesa dell'applicazione del Nuovo Patto. Tuttavia, aiuterebbe a ricollocare «ogni cosa al suo posto»[28].

[27] D. L. 23 ottobre 2024, n. 158. Disposizioni urgenti in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale.

[28] M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023.

Per un verso, infatti, consentirebbe di chiarire che il sindacato sulla disapplicazione non serve a tutelare diritti individuali (già garantiti dall'art. 36 della direttiva), bensì a correggere un problema "di sistema": se la designazione è illegittima, ne deriva l'errato instradamento nella procedura di frontiera di un intero gruppo nazionale. Una situazione di questo tipo non può essere risolta con la disapplicazione caso per caso, perché l'incertezza che ne deriva determina, sul piano amministrativo, una attuazione frammentaria delle norme dell'Unione e, sul piano della libertà personale, una evidente disparità di trattamento tra richiedenti asilo di identica provenienza. Per risolvere il problema sistemico, serve una pronuncia con effetti *erga omnes*, che annulli, se occorre, la designazione legislativa arbitraria, la sottragga alla valutazione del singolo giudice e ripristini un accettabile grado di certezza del diritto.

Per altro verso, questa opzione attiverebbe un dialogo, sia pure indiretto, tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale. Nel più recente e incisivo sviluppo della sua giurisprudenza sul tema della c.d. doppia pregiudizialità, la Corte costituzionale ha affermato: «*[l]'interlocuzione con questa Corte, chiamata a rendere una pronuncia erga omnes, si dimostra particolarmente proficua, qualora l'interpretazione della normativa vigente non sia scevra di incertezze o la pubblica amministrazione continui ad applicare la disciplina controversa o le questioni interpretative siano foriere di un impatto sistemico, destinato a dispiegare i suoi effetti ben oltre il caso concreto*»[29]. Nel caso in esame, sembrano sussistere tutte le condizioni indicate: incertezza interpretativa, problemi di attuazione amministrativa, impatto sistemico. Sollevare una questione di legittimità costituzionale avrebbe, altresì, il beneficio di superare l'*empasse* sulla efficacia diretta dell'art. 37 della direttiva, generata dalla reticenza della CGUE sul tema. Nelle parole della Corte costituzionale, infatti, *«[o]ve, poi, sussista un dubbio sull'attribuzione di efficacia diretta al diritto dell'Unione e la decisione di non applicare il diritto nazionale risulti opinabile e soggetta a contestazioni, la via della questione di legittimità costituzionale consente di fugare ogni incertezza. Questa Corte potrà dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale, se accerta l'esistenza del conflitto tra la normativa nazionale e le norme dell'Unione, indipendentemente dalla circostanza che queste siano dotate di efficacia diretta*» (sempre § 6.5).

La divergenza tra l'approccio della CGUE e quello della Corte costituzionale è evidente. La prima è orientata a difendere il primato del diritto UE attraverso il dialogo diretto con i giudici comuni e ad ampliarne gli spazi di azione. Di qui, un potere di disapplicazione declinato in termini sempre più

[29] Corte Cost., sent. n. 181 del 2024, § 6.5.

ampi e, in *Alace*, addirittura svincolato da una verifica sull'effetto diretto dell'art. 37. In risposta a questa giurisprudenza europea così espansiva, la Corte costituzionale ha ormai archiviato l'approccio ossequioso della sentenza *Granital*[30] e ridefinito l'obbligo di disapplicazione in termini di "facoltà", così da riconquistare uno spazio per il giudizio di costituzionalità, a tutela della separazione dei poteri, della certezza del diritto e della stessa uniforme applicazione del diritto UE[31].

Potrebbe essere questa l'occasione per rimettere le due Corti in dialogo. E per chiarire a Lussemburgo che l'alleanza con le Alte Corti nazionali servirebbe a promuovere l'uniforme applicazione del diritto UE.

7. *Un regalo ai populisti*

La legittimazione delle democrazie liberali si basa sulla protezione effettiva dei diritti fondamentali, che hanno uno speciale legame con il valore della dignità umana. Ma si basa anche sulla capacità di preservare la separazione tra i poteri, in modo da tenere in equilibrio la componente liberale, di garanzia dei diritti individuali, e la componente democratica, di scelta maggioritaria degli obiettivi collettivi da perseguire. Questo equilibrio richiede che i giudici comuni proteggano i diritti, ma lo facciano entro i limiti stabiliti dalla legge (nazionale e dell'Unione). E lo facciano senza sostituirsi alla Corte costituzionale, cui spetta il delicato compito di verificare la compatibilità della legge con i valori fondamentali dell'ordinamento, se necessario in dialogo con la Corte di giustizia.

La CGUE sembra ignorare la complessità di questo quadro e l'importanza dei valori in gioco per il futuro delle democrazie liberali in Europa. La sua giurisprudenza espansiva sull'effetto diretto determina, a livello nazionale, un *judicial empowerment* che lede sia le prerogative del legislatore nazionale, invaso nei suoi margini di discrezionalità da un sindacato sempre più pervasivo del giudice comune; sia le prerogative della Corte costituzionale, emarginata dal perentorio *obbligo* di disapplicazione che la formula *Simmenthal* enuncia.

[30] Corte Cost. sent. n. 170/1984.

[31] Nell'ampio dibattito sul tema, si segnala l'organica ricostruzione di D. GALLO, *Superamento di* Granital *e conformità al diritto dell'Unione europea: per una ridefinizione del tono costituzionale*, in *Giur. cost.,* 2025, 267 ss. Si vedano anche i numerosi altri lavori pubblicati negli ultimi fascicoli della medesima rivista (*Giurisprudenza costituzionale*), nonché i contributi, per lo più di magistrati, raccolti in un fascicolo speciale della *Rivista del contenzioso europeo* (settembre 2025).

La Costituzione, invece, richiede che l'ingerenza dei giudici nella funzione legislativa sia l'eccezione, non la regola[32]. Il giudice comune sarebbe, perciò, tenuto a dar prova di moderazione nel ricorso alla disapplicazione, praticando le virtù della «riluttanza ermeneutica» e della «reticenza politica» che appaiono necessarie per conciliare il primato del diritto UE con il sistema accentrato di costituzionalità[33].

Emerge, qui, tutta la problematicità della sentenza *Alace*. La CGUE ha interpretato la direttiva sulle procedure *come se* l'obiettivo delle norme sui paesi sicuri (e della procedura di frontiera cui si collegano) non fosse quello di contrastare l'abuso dell'asilo e prevenire i movimenti secondari all'interno dello spazio Schengen; *come se* esistesse un diritto autonomo a una procedura di asilo più favorevole, indipendente dalla fondatezza della richiesta di protezione, che pure l'art. 36 della direttiva chiederebbe di verificare; *come se* l'art. 37 fosse una norma incondizionata e, perciò, direttamente applicabile, nonostante i margini di discrezionalità che concede agli Stati membri. Il risultato è la configurazione di un potere di disapplicazione senza freni.

Una brillante ricerca sulla separazione dei poteri ha dimostrato la correlazione tra «l'ascesa dei non eletti e l'ondata di populismo»[34]. Osservata in questa prospettiva, la sentenza *Alace* è un regalo al populismo. Trasmette l'immagine di un giudice comune quasi onnipotente che, mentre esige il necessario rispetto della propria indipendenza, invade gli spazi riservati ad altri poteri in nome dei diritti fondamentali e del diritto dell'Unione. Questo diritto, quei diritti e quel giudice finiscono, così, per essere percepiti come "ostacoli intenzionali" al processo democratico. E le stesse tensioni con i sistemi costituzionali nazionali finiscono, a loro volta, per essere esacerbate.

[32] Come affermato dall'allora Presidente della Corte costituzionale Augusto Barbera a proposito della disapplicazione, «[s]i può comprendere (ma non giustificare) che il giudice avverta l'esigenza di approntare una risposta, la più rapida ed efficace possibile, a fronte di assetti normativi reputati in contrasto con la Costituzione, e, più specificamente, di offrire una tutela ai diritti inviolabili che essa riconosce. Si tratta, però, di una risposta incompatibile con la Costituzione stessa. Infatti – ricordo brevemente – l'Assemblea costituente, dopo avere scartato il modello nordamericano della giurisdizione "diffusa", ha voluto seguire la via del sindacato accentrato, con effetti *erga omnes* delle sue decisioni; ciò anche a garanzia della "prevedibilità e certezza del diritto costituzionale"» (Relazione del Presidente della Corte Costituzionale Prof. Augusto Barbera, 18 marzo 2024).

[33] J.H.H. WEILER, *Van Gend en Loos: The individual as subject and object and the dilemma of European legitimacy*, in *I•CON*, 2014, n. 1, 97.

[34] D. KOSAŘ, J. BAROŠ, P. DUFEK, *The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism*, in *European Constitutional Law Review*, 2019;15(3):427-461.

Per contrastare la narrazione populista, è necessaria anzitutto la buona politica, che spieghi perché alcune scelte restrittive in materia di immigrazione sono sbagliate o controproducenti. Ma serve anche che la nostra cultura giuridica maturi e diventi qualcosa di più di un liberalismo *militante*, unilateralmente orientato a espandere la portata dei diritti (anche contro la volontà legislativa) e il ruolo dei giudici comuni (anche ai danni di altri poteri e delle Alte Corti). Serve, cioè, una cultura giuridica liberale che sia più autenticamente *democratica.*

QUALE SPAZIO PER UN SINDACATO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE SUI "PAESI SICURI"?

Edoardo Caterina*

SOMMARIO: 1. Il "tono costituzionale" della sentenza della Cassazione del 19 dicembre 2024. – 2. Il delicato equilibrio tra discrezionalità politica e sindacato del giudice. – 3. Un piccolo excursus tedesco. – 4. Osservazioni sul ruolo della ragionevolezza procedurale. – 5. Dal decreto ministeriale al decreto-legge: verso un intervento della Corte costituzionale? – 6. Post-scriptum a un anno di distanza

1. *Il "tono costituzionale" della sentenza della Cassazione del 19 dicembre 2024*

La sentenza della Corte di cassazione (prima sezione civile) del 19 dicembre 2024, n. 33398, rappresenta un importante momento di riflessione sui limiti della discrezionalità del decisore politico in una materia, quella del diritto di asilo, dove forti esigenze di tutela costituzionale si contrappongono a logiche di efficienza procedurale-amministrativa. Da un lato i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti e i criteri della Direttiva 2013/32/UE, dall'altro gli interessi pubblici in gioco nella complessa gestione dei flussi migratori. Il conflitto viene in sostanza risolto dalla Cassazione individuando un aspetto politico "a monte", sottratto al controllo giurisdizionale, concernente *a*) l'attribuzione al Ministero del potere di stilare una lista di paesi di origine sicuri e *b*) la scelta se inserirvi o meno un determinato paese, sulla base dei requisiti previsti dal legislatore (§ 13). Vi sono poi ulteriori profili dischiusi allo scrutinio dei giudici: «Quando si tratta – così sempre la Cassazione – di verificare la sussistenza in concreto dei criteri, normativamente predefiniti, che consentono di qualificare un paese come sicuro, la presenza di un aspetto politico non può giustificare il ritrarsi del controllo giurisdizionale».

La sentenza è già stata ampiamente discussa e commentata, anche su questo blog. Quello che vorrei qui porre in rilievo e apprezzare è che in questa pronuncia la Cassazione, invece di schermarsi esclusivamente dietro il facile (benché necessario) riferimento al diritto europeo e alla giurisprudenza della Corte di giustizia, prende di petto anche i princìpi costituzionali che vengono in rilievo in questo frangente. La ricca trama argomentativa della decisione

* Ricercatore in Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Firenze.

assume così una valenza paradigmatica che va oltre l'ambito materiale della protezione internazionale e invita il lettore a interrogarsi in termini generali sul delicato bilanciamento tra scelte politiche maturate nel circuito democratico ed effettività della tutela dei diritti fondamentali. I princìpi affermati dalla Cassazione assumono quindi un particolare significato nella prospettiva di un futuro intervento della Corte costituzionale.

L'ampio respiro del ragionamento dei giudici di legittimità può essere colto fin dall'apertura delle motivazioni, dove giustamente si richiama «il disegno personalista» della Costituzione «che lega la dignità alla solidarietà e all'accoglienza». Di seguito si parla del «volto umano della Repubblica verso i drammi delle persone più fragili e vulnerabili». Un bel passaggio, questo, in cui riecheggia l'ammonimento fatto da Saragat nel suo discorso di insediamento da Presidente dell'Assemblea costituente tenuto il 26 giugno 1946: «Fate che il volto di questa Repubblica sia un volto umano». L'umanità e l'approccio personalista dovrebbero appunto vietare che sui diritti fondamentali, siano essi dei migranti o meno, si decida secondo automatismi, formule standard, elenchi preconfezionati. Viene invece in primario rilievo la considerazione *concreta* della persona umana, della sua storia, delle sue esigenze e, in ultima analisi, della sua dignità che, come si legge al § 16 della pronuncia, non può essere sacrificata «sull'altare di interessi pubblici diversi».

2. *Il delicato equilibrio tra discrezionalità politica e sindacato del giudice*

Ciò posto, la questione oggetto della sentenza del 19 dicembre era una questione attinente alla legittimità in astratto della designazione di un paese terzo come paese sicuro, e prescindeva da possibili eccezioni personali. In tale ambito, al timore di una vanificazione del diritto d'asilo si può contrapporre la preoccupazione per una giurisprudenza di merito "disapplicativa" del diritto interno non omogenea e oscillante[1]. È difatti innegabile il *trade-off* tra tutela giurisdizionale effettiva, garantita al massimo dalla disapplicazione del diritto interno in contrasto con il diritto europeo, e la certezza del diritto, garantita al meglio da atti con effetti *erga omnes*, come ad es. una sentenza della Corte costituzionale (su cui si legga più avanti). In questo quadro l'intervento del legislatore da un lato si colloca nella prospettiva di creare una maggiore

[1] Cfr. M. SAVINO, *I Paesi di origine sicuri davanti alla Corte di giustizia: l'udienza pubblica del 25 febbraio 2025 e il nodo insoluto del controllo giurisdizionale*, in ADiM Blog, Editoriale, Febbraio 2025.

certezza del diritto, dall'altro risulta debole di fronte al fatto che i giudici possono disapplicare anche disposizioni di legge di fronte al contrasto con il diritto UE. Eppure, il legislatore ha indubbiamente un margine di discrezionalità e i giudici di questo devono tener conto, al di là di ogni altra valutazione. La stessa Cassazione afferma chiaramente che la formazione della lista dei paesi sicuri è anche il frutto di un potere discrezionale e che il giudice non può sostituirsi in tutto e per tutto al Ministero.

La ricerca di soluzioni che garantiscano il più possibile la certezza del diritto non può ad ogni modo spingersi al punto tale da compromettere lo stesso obbligo del decisore politico di agire rispettando i princìpi di ragionevolezza e proporzionalità. Ciò è tanto più vero con riferimento a quello che può essere in parte visto alla stregua di un automatismo dal volto "poco umano", date le numerose conseguenze, puntualmente messe in luce dalla Cassazione (§ 7), associate all'inclusione di un paese di provenienza nella lista dei paesi sicuri. Certo, le conseguenze sono di natura procedurale e non si ha un automatismo nel senso che si preclude l'asilo a chi provenga da un determinato paese; l'automatismo tuttavia c'è, in quanto chi proviene da un determinato paese godrà automaticamente di minori garanzie procedurali (onere di allegazione aggravato per il richiedente e minori oneri motivazionali per l'amministrazione, minori *chances* di ottenere la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato in caso di ricorso). A ciò si aggiunga che, in un quadro di ordinamento multilivello, l'intervento del legislatore avrà valore in quanto munito di una autorevolezza argomentativa e in grado di persuadere i giudici a non disapplicare.

Come tenere insieme allora indicazioni del diritto europeo, certezza del diritto, prerogative del legislatore, rispetto dei diritti fondamentali dei migranti ed effettività della tutela giurisdizionale? Quale il punto di caduta in un eventuale sindacato del giudice costituzionale?

3. *Un piccolo excursus tedesco*

In Germania – dove il concetto di "paese sicuro" è costituzionalizzato dal 1993 all'art. 16a LF – già dal 1996 il Tribunale costituzionale federale ha riconosciuto al legislatore un certo margine di apprezzamento nella designazione degli Stati terzi sicuri, soprattutto con riferimento alle fonti informative da cui ottenere gli elementi di fatto utili per la decisione (ora tuttavia su questo profilo il legislatore è vincolato dall'art. 37 della Direttiva), ma ha posto a suo carico l'onere di motivare e giustificare tale scelta: «Per designare uno Stato

come Paese di origine sicuro, il legislatore deve formulare un giudizio complessivo, fondato su plurimi elementi circostanziati, sulla base del quadro normativo, della prassi applicativa e della situazione politica generale, sulle condizioni del rispettivo Stato le quali siano significative con riferimento alla persecuzione politica» (BVerfGE 94, 115, *Leitsatz* 3). In tale contesto il Tribunale costituzionale si limita a effettuare uno scrutinio sulla "giustificabilità" (*Vertretbarkeit*) delle decisioni prese dal legislatore (cfr. anche BVerfGE 94, 49). Difatti in Germania la scelta sulla designazione di un paese come sicuro è argomentata e giustificata pubblicamente dal governo federale[2] e i giudici non hanno finora mai disapplicato questa disciplina di legge né si sono segnalati interventi di rilievo del Tribunale costituzionale federale dopo il 1996.

Tuttavia, la sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2024 (causa C-406/22) potrebbe spiegare effetti dirompenti anche nell'ordinamento tedesco, dal momento che nella lista dei paesi sicuri allegata all'*Asylgesetz* compaiono due paesi, la Moldavia e la Georgia, in cui parti del territorio non sono veramente classificabili come "sicure". Nonostante nella sentenza del 1996 il Tribunale federale avesse già chiarito che, «affinché uno Stato possa essere designato come Paese di origine sicuro, deve sussistere la certezza che non vi siano persecuzioni politiche su tutto il territorio e per tutti i gruppi di persone e di popolazione» (*Leitsatz* 2, lett. a), finora la designazione di questi paesi non era stata contestata dai giudici di merito. Risale al marzo del 2025 una decisione del Tribunale amministrativo di Berlino con cui è stato accolto un ricorso d'urgenza sul presupposto che la designazione della Georgia come paese sicuro sarebbe sospettabile di contrasto sia con la Legge fondamentale che con l'ordinamento europeo[3]. Gli sviluppi tedeschi rimangono attentamente da monitorare e non è da escludere che il Tribunale costituzionale, dopo quasi 30 anni di silenzio, torni a pronunciarsi in materia di paesi di origine sicuri.

4. *Osservazioni sul ruolo della ragionevolezza procedurale*

Tornando all'Italia, la nostra Cassazione pare essere andata oltre l'estensione del sindacato affermata in Germania dal Tribunale costituzionale quando afferma, al § 13, che «L'inserimento di un paese di origine tra quelli sicuri è guidato da requisiti e da criteri dettati dal legislatore europeo e recepiti

[2] Si legga ad es. il rapporto del 2024, pubblicato negli atti del *Bundestag:* Deutscher Bundestag, Drucksache 20/10750.

[3] VG Berlin, 11.03.2025, 31 L 473/24 A.

dalla normativa nazionale. Tali elementi devono essere considerati sulla base delle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo e da altre fonti qualificate (Stati membri dell'Unione europea, EASO, UNHCR, Consiglio d'Europa, altre organizzazioni internazionali competenti). L'esistenza di una dettagliata disciplina (procedurale e sostanziale) applicabile al relativo potere amministrativo implica che il rispetto di tali requisiti e criteri è suscettibile di verifica in sede giurisdizionale».

Senonché, a ben vedere, fatto salvo il caso di una crisi grave e improvvisa prodottasi successivamente alla formazione della lista, è difficile immaginare un vizio "sostanziale" della qualificazione di paese sicuro che non promani da una carenza istruttoria e procedurale avvenuta in sede di valutazione dei requisiti (ad es. per omessa considerazione di un importante aggiornamento sulla situazione di un dato paese). E d'altra parte «l'esigenza di verificare che il potere non sia stato esercitato arbitrariamente» e il relativo «test di coerenza» (§ 14) sembra coincidere grosso modo con quel controllo di *Vertretbarkeit* affermato dal Tribunale costituzionale in Germania.

Il decreto ministeriale del 7 maggio 2024 (poi legificato nel d.l. 158/2024) regge(va) un simile test? Al di là di quanto già rilevato dai giudici di merito, vale la pena notare che l'onere motivazionale, verosimilmente incombente sul Governo nell'adozione del decreto, non pare essere stato assolto. ASGI ha infatti messo in luce diversi elementi che ci inducono a trarre tale conclusione[4]. Il decreto nel suo preambolo richiamava documenti non pubblici (un appunto del MAECI e le schede dei paesi) che sono stati parzialmente divulgati solo grazie a una richiesta di accesso civico generalizzato. Peraltro, anche dai documenti resi pubblici non sono chiaramente desumibili le nuove circostanze di fatto che avrebbero giustificato l'aggiornamento degli elenchi, vuoi per numerosi *omissis*, vuoi per rinvii ad altri documenti non pubblici. Ciò che invece emergeva come dato oggettivo era che i paesi inclusi nel nuovo elenco erano quelli cui era dovuto l'incremento di domande di asilo avutosi nel precedente anno (così sempre ASGI). Se è vero che il governo/il legislatore dispone di un margine di discrezionalità in simili decisioni, è anche vero che ciò non lo esime dal prendere decisioni ragionate, motivate e *pubblicamente* giustificabili. L'istruttoria non solo deve essere svolta, ma dovrebbe essere resa nota al pubblico almeno nei suoi tratti principali, in modo che la decisione sui paesi sicuri sia trasparente e fondata su elementi verificabili. Il fatto che le "schede-Paese" fossero integralmente accessibili a giudici e amministrazione mitiga, a parere di chi scrive, solo in parte le criticità emerse in questo quadro. La relazione

[4] ASGI, *Accesso civico ASGI: le schede dei Paesi di origine "sicuri"*, 19 giugno 2024.

ora predisposta annualmente ai sensi del nuovo art. 2-bis, comma 4-bis, d. lgs. 25/2008 potrebbe rappresentare una novità positiva in tal senso, in quanto, se svolta e resa pubblica secondo determinate modalità, costituirebbe un momento di *accountability* importante all'interno del sistema.

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024, pur riguardando tutt'altre tematiche (l'autonomia differenziata), ha tratteggiato il quadro ideale di un legislatore che, quando si muove su questioni di particolare impatto sui diritti fondamentali, deve dimostrare di agire sulla base di una ragionevole giustificazione, dopo avere svolto «un'idonea istruttoria». Se ciò vale per l'elenco di funzioni da trasferire alle Regioni ex art. 116 Cost., forse può valere anche per l'elenco di paesi sicuri che è essenziale alla garanzia del diritto di asilo di cui all'art. 10 Cost. Perché se è vero che la nozione di paese sicuro è una nozione di diritto europeo, è anche vero che essa risulta oggi essenziale anche ai fini dell'inveramento dell'asilo costituzionale.

D'altra parte, di fronte a un *iter* decisorio tanto opaco non si può non auspicare un ampliamento del sindacato del giudice che vada a colpire non tanto il merito delle scelte in materia di politica migratoria, quanto il percorso decisionale seguito. Anche per questa via verrebbe preservato il margine di discrezionalità del legislatore nazionale (margine riconosciuto dalle fonti europee), senza tuttavia giungere agli estremi della tesi dell'atto politico insindacabile (nettamente smentita dalla Cassazione al § 13 della sentenza del 19 dicembre).

5. *Dal decreto ministeriale al decreto-legge: verso un intervento della Corte costituzionale?*

Ma quale giudice? Nonostante la legificazione della lista dei paesi sicuri, a un intervento della Corte costituzionale osterebbe la preferenza, finora mostrata dai giudici comuni, per gli strumenti del rinvio pregiudiziale e della disapplicazione diretta delle fonti interne in contrasto con il diritto UE[5]. E nondimeno, sussistono indubbiamente anche profili di legittimità costituzionale che in parte si sovrappongono a quelli di compatibilità con il diritto UE e che ben potrebbero giustificare una pronuncia della Corte costituzionale sulla legge n. 187 del 2024 e sull'atto avente forza di legge che aggiornerà la lista dei paesi sicuri ai sensi del nuovo art. 2-bis, comma 4-bis, del d.lgs. n. 25 del 2008.

[5] Tendenza giustamente criticata da C. SICCARDI, *Le procedure Paesi sicuri e il Protocollo Italia-Albania alla luce della più recente giurisprudenza: profili di diritto costituzionale*, *in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2025.

Già con riferimento al d.l. 145/2024 è stata autorevolmente auspicata una rimessione alla Corte costituzionale, anche per gli effetti *erga omnes* che avrebbe una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale[6]. In questo senso va del resto la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. sentt. nn. 181 del 2024 e 1 del 2025). In particolare, è da rammentare lo spazio aperto dalla sentenza n. 181 del 2024, in cui si legge chiaramente che «Perché questa Corte scrutini nel merito le censure di violazione di una normativa di diritto dell'Unione direttamente applicabile, è necessario che la questione posta dal rimettente presenti un "tono costituzionale", per il nesso con interessi o princìpi di rilievo costituzionale» (*considerato in diritto* 6.3). Che le questioni relative ai paesi sicuri abbiano un "tono costituzionale" mi pare fuori di ogni dubbio, come ho cercato finora di argomentare e come si evince dalle pronunce della Cassazione (qui può venire in rilievo anche l'ordinanza del 30 dicembre dove si parla diffusamente di dignità umana). Chiaramente siamo in un ambito in cui la Corte costituzionale sarebbe naturalmente chiamata a dialogare con la Corte di giustizia inserendo armonicamente la propria giurisprudenza nel quadro europeo. Vi sono nondimeno anche profili di diritto costituzionale puramente interno. Oltre a quello, su cui mi sono finora soffermato, relativo al possibile arbitrio di un legislatore che non giustifica le proprie scelte ("ragionevolezza procedurale"), ve ne sono anche di ulteriori.

Vi è innanzitutto la sospetta natura provvedimentale della fonte primaria in questione[7], che pure potrebbe andare ad alimentare il fascicolo sulla (ir)ragionevolezza. Vi è poi la questione relativa all'impiego, problematico a dir poco, della decretazione d'urgenza che, stando al già menzionato comma 4-bis d. lgs. n. 25 del 2008 (dove si parla in modo più generico di un "atto avente forza di legge"), assumerebbe una cadenza periodica che per nulla si concilia con la natura della fonte, riservata a situazioni di straordinaria necessità e urgenza, e che, anzi, le farebbe prendere le vesti, del tutto improprie e deprecate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 146 del 2024 di un "disegno di legge ad urgenza garantita". Anche in questo caso un confronto con la Germania, dove pure la lista dei paesi sicuri è legificata (contenuta nell'allegato II all'*Asylgesetz*), può essere interessante, dal momento che in quel paese, come noto, non esiste lo strumento del decreto-legge. Se è vero che i tempi

[6] M. SAVINO, *Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne*, in *ADiM Blog*, Editoriale, Dicembre 2024.

[7] C. CUDIA, *Osservazioni sul decreto legge in materia di individuazione dei paesi di origine sicuri nelle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale: quando il fine non giustifica il mezzo (e il mezzo è inidoneo a perseguire il fine)*, in *Federalismi.it*, 27/2024, 48-71.

parlamentari sono di norma più lunghi, ciò tuttavia non significa per forza di cose che la legge ordinaria sia intrinsecamente inadeguata a questo scopo. D'altra parte, neanche il governo a oggi pare avere rispettato le tempistiche previste: la relazione annuale, che doveva essere presentata entro il 15 gennaio 2025, è stata approvata dal Consiglio dei ministri solo il 28 marzo.

6. *Post scriptum a un anno di distanza*

Da quando questo contributo è stato pubblicato sul blog ADiM, nel marzo del 2025, numerose sono le novità intervenute. La sentenza della Corte di Giustizia Alace e Canpelli del 1° agosto 2025 (cause riunite C-758/24 e C-759/24) ha in sostanza ribadito quanto già era stato affermato dalla stessa Corte nella sua pronuncia del 4 ottobre 2024, e non muta più di tanto i termini di quanto esposto un anno fa. Più interessanti gli sviluppi avutisi in Germania, dove la menzionata sentenza del tribunale amministrativo di Berlino ha aperto la via a una nutrita giurisprudenza di segno analogo a quella italiana[8]. Curiosamente, la reazione del legislatore è stata inversa e nel dicembre del 2025 il *Bundestag* ha approvato una legge di delegificazione della lista dei paesi sicuri[9]. La legge è stata già impugnata davanti al Tribunale costituzionale federale[10], che avrà così modo di ritornare a pronunciarsi, a 30 anni di distanza, sul tema dei paesi di origine sicuri. Infine, altra importante novità è stata l'approvazione, nel febbraio del 2026, di rilevanti modifiche al Patto sulla migrazione e l'asilo, tra cui la predisposizione di una lista di paesi sicuri al livello UE[11]. Rimane tuttavia la potestà dei singoli Stati di redigere proprie liste, che includano ulteriori paesi sicuri, cosicché il tema del sindacato sulla designazione dei paesi non viene traslato del tutto al livello sovranazionale, ma rimane una questione da affrontare anche con le lenti del diritto costituzionale interno, in un intreccio sempre più complesso di fonti e centri decisionali.

[8] Per una rassegna: G. EBERT, *Rechtsprechung zeigt: Ghana, Senegal und Georgien sind keine »sicheren Herkunftsstaaten«*, in *ProAsyl.de*, 04.03.2026

[9] *Gesetz zur Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten durch Rechtsverordnung und zur Abschaffung des anwaltlichen Vertreters bei Abschiebehaft und Ausreisegewahrsam*, in BGBl. I 364 del 23 dicembre 2025.

[10] Cfr. *Grüne klagen gegen Neuregelung zu sicheren Herkunftsstaaten* in *Die Zeit*, 27 gennaio 2026.

[11] Cfr. criticamente: F.Z. EL HARCH, *La riforma della riforma. Gli emendamenti del 2026 al Patto europeo sulla migrazione e l'asilo*, in *Sidiblog*, 8 aprile 2026.

IL MODELLO ITALIA-ALBANIA E LA PROIEZIONE ESTERNA DEL CONTROLLO

LA NUOVA FRONTIERA DEL CONTRASTO: IL «TRATTENIMENTO SECONDARIO» A GJADËR

Elena Valentini*

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. – 2. La disciplina di riferimento e la sua evoluzione. – 3. Il decreto del 19 aprile 2025 della Corte d'appello di Roma. – 4. La risposta della Cassazione: il «trattenimento secondario» disposto a Gjadër rispetta la legge di ratifica del Protocollo? – 5. Segue: il «trattenimento secondario» disposto a Gjadër rispetta il contenuto del Protocollo? – 6. Gli sviluppi successivi. – 7. Quale conclusione?

1. *La vicenda processuale*

Con sentenza dell'8 maggio 2025[1], la Cassazione ha per la prima volta affrontato un quesito di rilevante impatto pratico: se sia possibile detenere nel centro di Gjadër gli stranieri che, già attinti da trattenimento *ex* art. 14 comma 1 TUI in Italia, una volta trasferiti in Albania ivi presentino richiesta di protezione internazionale. Questa possibilità, ora prevista dall'art. 3 comma 2 della legge 21 febbraio 2024, n. 14 (così come modificato dal d.l. 28 marzo 2025, n. 37), comporta, nell'ipotesi descritta, un mutamento del titolo giuridico legittimante la restrizione della libertà personale: restrizione non più fondata sull'art. 14 TUI ma sull'art. 6 comma 3 del d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142 (disciplinante il cosiddetto «trattenimento secondario»).

La vicenda, assai articolata, riguarda una persona presente in Italia dal 2021 e già più volte destinataria di provvedimenti espulsivi, sempre rimasti ineseguiti. Condotto nel C.P.R. di Palazzo San Gervasio in forza di un decreto impositivo del trattenimento *ex* art. 14 TUI (disposto dal Questore di Napoli), lo straniero vedeva convalidato tale decreto emesso a proprio carico dal Giudice di pace di Melfi. In seguito, ed in forza del recentemente novellato art. 3 comma 2 della l. n. 14/2024 (di ratifica del Protocollo Italia-Albania), l'11 aprile 2025 egli veniva trasferito nel centro di Gjadër, dove, il 17 aprile, presentava domanda di protezione internazionale (respinta dalla Commissione

* Professoressa Associata di Procedura penale, Università degli Studi di Bologna.

[1] Il presente commento si riferisce all'ordinanza Cass., Sez. I pen., 8 maggio 2025, n. 1600: v. https://www.intome.eu/wp-content/uploads/2025/06/PDF_Cassazione1.pdf.

territoriale di Roma il giorno dopo). Posta di fronte alla richiesta di convalidare il nuovo titolo giuridico di trattenimento, regolato non più dall'art. 14 TUI ma dall'art. 6 comma 3 d. lgs. n. 142/2015, il 19 aprile 2025 la Corte d'appello capitolina rigettava l'istanza del Questore di Roma, sulla scorta della ritenuta impossibilità di dare esecuzione, nel centro di Gjadër, a un trattenimento del richiedente protezione internazionale non assoggettato a procedura accelerata di frontiera[2].

Con sentenza del successivo 8 maggio 2025, la Prima Sezione della Corte di Cassazione penale si è mostrata di contrario avviso, annullando con rinvio il provvedimento impugnato dal Questore di Roma. Nella pronuncia, la Suprema Corte si è espressa per la prima volta sulla questione concernente il perimetro di operatività del trattenimento nel centro di Gjadër, alla luce delle modifiche apportate con il d.l. n. 37/2025. Quell'orientamento è stato, però, subito disatteso da successive decisioni, di cui daremo conto nella parte conclusiva, che delineano un nuovo contrasto interpretativo riguardante l'*affaire* Albania.

2. *La disciplina di riferimento e la sua evoluzione*

La disciplina dei centri per stranieri di Bejiin e Gjadër è definita da due diverse fonti: il Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania, siglato il 6 novembre 2023, e la l. n. 14/2024, che, nel ratificare tale accordo, a sua volta richiama altre fonti normative, italiane ed europee, atte a completare il quadro giuridico di riferimento.

Nel complesso, si tratta di regole che, redatte in modo impreciso, si prestano a provocare divergenze interpretative, come quella insorta tra la Corte d'appello di Roma e la Cassazione. Nel caso specifico, l'incertezza trae origine anche dalle variazioni che hanno investito la legge di ratifica del patto tra Italia e Albania: modifiche significative, implicanti una parziale deviazione rispetto al progetto politico iniziale, trasfuso nel Protocollo (rimasto immutato) del 6 novembre 2023.

A rischio di risultare didascalici, appare utile riportare alcuni passaggi della disciplina rilevante, ripercorrendone altresì l'evoluzione.

[2] Corte app. Roma, Sez. Famiglia, persona, minori e immigrazione, 19 aprile 2025, che si può leggere in *https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2025/04/2025_04_19_CorteAppello-Roma.pdf*.

Come noto, il Protocollo nasce per consentire il trasferimento in Albania dei richiedenti protezione internazionale da sottoporre alle procedure d'asilo di frontiera. All'art. 4 comma 3, esso stabilisce che le «*autorità albanesi consentono l'ingresso e la permanenza nel territorio albanese dei migranti […] al solo fine di effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio previste dalla normativa italiana ed europea e per il tempo strettamente necessario alle stesse*».

In linea con il piano originario, l'art. 3 comma 2 della l. n. 14/2024, di ratifica del trattato, in un primo momento stabiliva che nei centri istituiti oltremare potessero essere condotte le sole «*persone imbarcate su mezzi delle autorità italiane*» in acque extra-territoriali (anche nell'ambito di operazioni di soccorso in mare).

Con ogni probabilità, nell'intenzione dei redattori del Protocollo, il riferimento alle *procedure di rimpatrio*, racchiuso nell'art. 4 comma 3, alludeva alle procedure di rimpatrio destinate a "saldarsi" cronologicamente a un eventuale rigetto della richiesta di asilo deciso all'esito delle procedure di frontiera. Tuttavia, l'espressione *procedure di rimpatrio* è impiegata in termini generali, e dunque, come tale, si è oggettivizzata, così determinando la possibilità, per l'Italia, di sfruttare il centro di Gjadër quale luogo deputato al trattenimento "in uscita" (*ex* art. 14 TUI), anche a prescindere dal fatto che la procedura di rimpatrio sia stata preceduta da quella di frontiera.

Della legge n. 14/2024, di ratifica del patto, è poi utile richiamare l'art. 4 comma 1 a norma del quale «*[a]i migranti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera d), del Protocollo si applicano, in quanto compatibili, il testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, il decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, e la disciplina italiana ed europea concernente i requisiti e le procedure relativi all'ammissione e alla permanenza degli stranieri nel territorio nazionale*». Inoltre, secondo l'art. 3, comma 4, della stessa legge, «*[l]e strutture indicate alle lettere A) e B) dell'allegato 1 al Protocollo sono equiparate a quelle previste dall'articolo 10-ter, comma 1, 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. La struttura per il rimpatrio indicata alla lettera B) dell'allegato 1 al Protocollo* [e dunque solo la struttura di Gjadër] *è equiparata ai centri previsti ai sensi dell'articolo 14, comma 1, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998*».

Una volta completata la costruzione dei centri, l'esperimento albanese ha preso concreto avvio nell'ottobre del 2024, ma ha visto naufragare le

aspirazioni del Governo italiano per via delle note controversie relative ai "Paesi sicuri"[3].

Le difficoltà incontrate nell'avviare il funzionamento dei centri – amplificate dal clamore mediatico che ha accompagnato l'intera vicenda – hanno provocato un nuovo cambio di strategia da parte del Governo italiano. Per superare l'*empasse* (in attesa dei futuri sviluppi legati al Patto sulla migrazione e l'asilo), è intervenuto il d.l. 28 marzo 2025, n. 37, convertito con l. 23 maggio 2025, n. 75.

Si è già dato conto di come, nella sua stesura originaria, l'art. 3 comma 2 della legge di ratifica del Patto prevedesse che nei centri di Shëngjin e Gjadër potessero essere *condotte* «*esclusivamente persone imbarcate su mezzi delle autorità italiane all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea, anche a seguito di operazioni di soccorso*». Ebbene, l'art. 1 comma 1 del d.l. n. 37/2025 ha integrato tale precetto inserendovi una seconda frase, assente nella stesura iniziale della l. n. 14/2024 e riconducibile all'intento di assicurare concreta operatività ai centri allestiti oltremare: una frase che riconosce la possibilità di portare nella struttura di Gjadër anche *persone* «*destinatarie di provvedimenti di trattenimento convalidati o prorogati ai sensi dell'articolo 14* [TUI]».

Non solo: la novella del 28 marzo 2025 si è anche fatta carico di specificare che il trasferimento dal C.P.R. italiano al centro di Gjadër «*non fa venire meno il titolo del trattenimento adottato ai sensi del medesimo articolo 14, né produce effetti sulla procedura amministrativa cui lo straniero è sottoposto*». Tale ulteriore innesto risponde alla volontà di esplicitare la non necessità di un vaglio giurisdizionale sullo spostamento del trattenuto; e ciò in analogia con quanto previsto dall'ordinamento penitenziario (v. art. 42 ord. penit.), che conferisce direttamente all'amministrazione il potere di trasferire i detenuti da un istituto a un altro senza pretendere un provvedimento giudiziale (tuttavia dettando alcune condizioni a tutela del detenuto, sul cui rispetto la magistratura di sorveglianza potrebbe essere concretamente chiamata a pronunciarsi *ex* art. 35-*bis* ord. penit.).

Sennonché – il dato è essenziale per inquadrare la vicenda affrontata dalla Cassazione – una nuova convalida giudiziale diventa naturalmente necessaria per la prosecuzione del trattenimento in seguito alla presentazione di una

[3] Sulle quali v. M. SAVINO, *Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne*, in B. G. BELLO-G. CASSOLA-F. DEL TURCO-F. PASSARINI-M. SAVINO-M. TUOZZO-F.V. VIRZÌ (a cura di), *Annuario ADiM 2024*, *Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Napoli, 2025, p. 120.

domanda di protezione internazionale, secondo quanto stabilito dall'art. 6, commi 3 e 5, d. lgs. n. 142/2015.

3. *Il decreto del 19 aprile 2025 della Corte d'appello di Roma*

Il rigetto della richiesta di convalida del trattenimento deciso dalla Corte d'appello di Roma poggia su una serie di argomenti tratti tanto dal Protocollo quanto dalla legge di ratifica (nella formulazione vigente fino al 23 maggio). Basandosi su due fonti normative non omogenee, tali argomenti, qualora fondati, avrebbero potuto determinare due diversi esiti: il rigetto dell'istanza di convalida, là dove il *modus procedendi* dell'amministrazione avesse trasgredito la legge di ratifica del Protocollo; oppure, ove tale *modus procedendi* avesse violato il solo Protocollo, la necessità di sollevare un incidente di costituzionalità per sospetta violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., onde portare all'attenzione del Giudice delle leggi un'ipotetica discrasia tra la l. n. 14/2024 e il Protocollo stesso.

Il primo (e più debole) argomento fatto proprio dalla Corte d'appello di Roma muove dall'art. 3 comma 3 della l. n. 14/2024. Tale disposizione, ai fini dell'esecuzione del protocollo, equipara i due centri albanesi alle «*zone di frontiera o di transito*». Secondo il Giudice della convalida, ciò precluderebbe la possibilità di svolgervi il trattenimento *ex* art. 6 d.lgs. n. 142/2015, potendo operarvi solo il trattenimento di cui all'art. 6-*bis* del medesimo "decreto accoglienza".

In secondo luogo, la Corte d'appello di Roma fa leva su un'esegesi restrittiva dell'ultima parte dell'art. 3 comma 2 l. n. 14/2024, là dove, nel definire le categorie di persone che possono essere tradotte in Albania, esso menziona solo quelle che siano «*destinatarie di provvedimenti di trattenimento convalidati o prorogati ai sensi dell'articolo 14* [TUI]».

Infine, la Corte distrettuale interpreta l'art. 4 comma 3 del Protocollo così: visto che le uniche procedure applicabili nei centri albanesi sono la procedura d'asilo di frontiera (non operante nel caso di specie) e quella di rimpatrio, intesa soltanto come prosecuzione della procedura di frontiera e perciò destinata ad innescarsi solo una volta rigettata la domanda di protezione, secondo la Corte d'appello, a Gjadër il «trattenimento secondario» *ex* art. 6 d. lgs. n. 142/2015 non potrebbe operare.

4. *La risposta della Cassazione: il «trattenimento secondario» disposto a Gjadër rispetta la legge di ratifica del Protocollo?*

Nessuna delle ragioni esplicitate dalla Corte d'appello di Roma per giustificare la mancata convalida del trattenimento secondario è stata condivisa dalla Cassazione in sede di ricorso. È utile partire dai primi due argomenti, fondati sulla pretesa trasgressione di alcune norme della legge di ratifica del Protocollo. Infatti, sebbene la Corte d'appello e la Cassazione non abbiano svolto alcun distinguo in proposito, pare a chi scrive che le ragioni della mancata convalida fondate sul tenore della legge di ratifica e quelle fondate sul Protocollo vadano esaminate partitamente.

Il primo argomento, basato sul tenore della legge di ratifica, è stato disatteso, perché poggia su una lettura parziale del suo art. 3: se è infatti vero che il comma 3 di tale articolo etichetta i due centri albanesi quali zone di frontiera e di transito, il successivo comma 4 li equipara anche ai punti di crisi *ex* art. 10-*ter* TUI, e – ciò che più conta ai nostri fini – parifica la struttura di Gjadër ai C.P.R.

Pure il secondo argomento speso dalla Corte d'appello di Roma non è irresistibile, e come tale è stato disatteso dai giudici di legittimità. Infatti, sebbene l'art. 3 comma 2 l. n. 14/2024 menzioni (peraltro tuttora) le sole *persone «destinatarie di provvedimenti di trattenimento convalidati o prorogati ai sensi dell'articolo 14* [TUI]» – e dunque non anche quelle trattenute ai sensi dell'art. 6 del "decreto accoglienza" – bisogna considerare che la disposizione si occupa unicamente di individuare quali persone possono essere *condotte* in Albania. L'art. 3 comma 2 l. n. 14 del 2024 disciplina infatti il solo *trasferimento*, considerando (anche) i trattenuti *ex* art. 14 TUI. Viceversa, il *trattenimento* che può svolgersi a Gjadër è autorizzato dall'art. 4 comma 1 l. n. 14/2024, che estende ai centri albanesi l'operatività di svariate fonti normative, tra cui anche il d. lgs. n. 142/2015.

Dopo il d.l. n. 37/2025, fra le persone *trasferibili* in Albania rientrano, oltre ai migranti imbarcati in mare aperto, anche quelli già trattenuti in Italia ai sensi dell'art. 14 TUI: condizione, quest'ultima, in cui versava il protagonista della vicenda esaminata, visto che, nel momento in cui veniva condotto dal C.P.R. di Palazzo San Gervasio a quello di Gjadër, egli non aveva ancora presentato domanda di protezione internazionale. La circostanza che, stando all'art. 4 comma 1 l. n. 14/2024, nei centri albanesi operi anche la disciplina del "decreto accoglienza" rende possibile la variazione del titolo giuridico idoneo a legittimare la *prosecuzione* del trattenimento nel centro di Gjadër: trattenimento che, fondandosi sull'art. 14 TUI quando il migrante veniva trasferito,

solo in seguito ha visto mutare la propria fonte legittimante, in forza della presentazione della domanda d'asilo (e dunque ai sensi dell'art. 6 comma 3 del "decreto accoglienza").

In sostanza, il fatto che l'art. 3 comma 2 l. n. 14 del 2024 non menzioni i richiedenti asilo sottoposti a trattenimento resta, di per sé, privo di ricadute preclusive in ordine alla possibilità di convalidare il trattenimento *ex* art. 6 d. lgs. n. 142/2015.

Diverso sarebbe stato se, nel momento della sua conduzione in Albania, il migrante avesse già presentato domanda di asilo e fosse già attinto da un decreto di trattenimento *ex* art. 6 del "decreto accoglienza": in tale ipotesi, sarebbe infatti mancato il presupposto giuridico per trasferirlo oltremare. Ma, nel caso di specie, la disciplina posta dalla legge di ratifica del Patto può dirsi rispettata, così come ritenuto dalla Corte di cassazione, che nella parte motiva della pronuncia ha mostrato di assegnare un peso decisivo alla distinzione fra *trasferimento* e *trattenimento*.

Nella direzione indicata dai giudici di legittimità depone, del resto, anche la relazione al d.l. n. 37/2025, quando specifica che nel centro di Gjadër possono essere trattenuti anche coloro i quali, dopo essere stati oggetto di un decreto di trattenimento, abbiano presentato istanza di protezione internazionale, quando vi siano fondati motivi per ritenere che tale domanda sia stata promossa al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione.

In proposito, per dissipare ogni dubbio, la legge 23 maggio 2025, n. 75, di conversione del d.l. n. 37/2025, ha inserito un'ulteriore aggiunta nel corpo dell'art. 3 comma 4 della l. n. 14/2024, del seguente tenore: *«[l]o straniero trasferito nella struttura di cui alla lettera B) dell'allegato 1 al Protocollo vi permane, ai sensi dell'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda di protezione internazionale sia stata ivi presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione*».

Pro futuro, tale modifica supera ogni incertezza in ordine alla presunta incompatibilità del «trattenimento secondario» del migrante già condotto a Gjadër con la legge n. 14/2024. In quanto specificamente dedicato al trattenimento *ex* art. 6 comma 3 d. lgs. n. 142/2015, il nuovo precetto risulta coerente con la natura giuridica di questa specifica ipotesi di detenzione amministrativa, la cui applicazione corrisponde all'apertura di una fase incidentale, dedicata all'esame della domanda di asilo, che si innesta nella procedura esecutiva del rimpatrio, determinandone la temporanea sospensione.

5. *Segue: il «trattenimento secondario» disposto a Gjadër rispetta il contenuto del Protocollo?*

L'ultimo argomento speso dalla Corte d'appello di Roma per negare la convalida del «trattenimento secondario» muove dal tenore del Protocollo e risulta dotato di maggiore forza suggestiva rispetto ai primi due, ma non sembra essere stato adeguatamente approfondito dalla Cassazione.

Come già osservato, l'art. 4 comma 3 indica come uniche procedure applicabili nei centri albanesi quelle *di frontiera o di rimpatrio,* senza citare le procedure di esame delle domande di protezione diverse da quelle di frontiera. La Cassazione pare però non dar peso a tale aspetto, nel momento in cui omette di considerare che, a differenza di quanto previsto dall'art. 3 comma 2 l. n. 14 del 2024, disciplinante la sola *conduzione* dei migranti oltremare (e non anche il loro *trattenimento*), l'art. 4 comma 3 del Protocollo nomina contestualmente tanto il *trasferimento* quanto la *permanenza* nei centri in Albania: le «*autorità albanesi consentono l'ingresso e la permanenza nel territorio albanese dei migranti […] al solo fine di effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio previste dalla normativa italiana ed europea e per il tempo strettamente necessario alle stesse*». In proposito, la pronuncia di legittimità si limita ad affermare che da tale art. 4 comma 3 si ricaverebbe la mera specificazione che «*in Albania possono essere condotti soltanto soggetti sottoposti alle procedure di frontiera e di rimpatrio […] e non anche, ad esempio, soggetti in espiazione di pena e sottoposti a misure cautelari*».

Tale passaggio della pronuncia di legittimità risulta sbrigativo, e non fa debitamente i conti con il fatto che l'art. 4 comma 3 del Protocollo possa costituire un ostacolo all'applicazione del trattenimento secondario a Gjadër, in ipotesi determinando i presupposti per sollevare incidente di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost.

Tuttavia, per risolvere la questione va considerata la peculiare natura giuridica del trattenimento secondario, oggetto della novella richiamata in chiusura al paragrafo precedente (e introdotta in sede di conversione del d.l. n. 37/2025). Come già osservato, pur determinando la modifica del titolo legittimante la detenzione amministrativa, la presentazione di una domanda d'asilo «*al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione*» si inserisce infatti nell'ambito di una procedura di rimpatrio, che resta "congelata" per il tempo necessario ad esaminare la domanda di protezione. La circostanza che, in concreto, l'emissione di provvedimenti espulsivi (in particolare di respingimento) non di rado consegua all'abusiva elusione degli obblighi informativi dovuti ai migranti appena giunti sul

territorio nazionale – pratica nota, e da censurare con forza – non può infatti condurre a trascurare la peculiarità giuridica del «trattenimento secondario», che si innesta in una procedura esecutiva di un provvedimento di rimpatrio sospesa ma non "azzerata" (tanto che, nel caso di rigetto della richiesta di asilo, essa riprende vigore, facendo riprendere vigore pure al correlato trattenimento *ex* art. 14 TUI).

6. *Gli sviluppi successivi*

Come anticipato in premessa, l'ambiguità di alcune norme racchiuse nel Protocollo e nella legge di ratifica si presta ad alimentare incertezze. Non era dunque imprevedibile che la questione in esame potesse generare interpretazioni opposte fra loro. Sennonché, dopo la pronuncia qui in commento la vicenda si è arricchita di nuovi tasselli.

Primo tassello. Il 19 maggio 2025 la Corte d'appello capitolina è nuovamente intervenuta sulla questione e, discostandosi dalla soluzione fatta propria dai giudici di legittimità, ha disposto il rigetto dell'istanza di convalida del trattenimento di un cittadino straniero che versava in una situazione del tutto corrispondente a quella già esaminata dalla Cassazione[4].

La scelta della Corte d'appello di Roma di non adeguarsi al (fino ad allora) unico precedente della Cassazione poggia anche su una valorizzazione del quadro normativo europeo, non considerato dalle due pronunce (di merito e di legittimità) sin qui passate in rassegna. Segnatamente, la nuova mancata convalida fa leva sull'art. 9 della direttiva procedure (dir. 2013/32/UE) e sulle norme di diritto interno che assicurano al richiedente protezione internazionale il diritto di permanere sul territorio italiano fino a quando non sia conclusa la procedura innescata dalla domanda di asilo (o quantomeno sino a quando non sia negata la sospensiva del provvedimento di diniego). Tuttavia, pare a chi scrive che tali disposizioni possano essere riferite ai soli richiedenti asilo che abbiano presentato la propria domanda quando ancora si trovavano in Italia (non a caso esclusi dal novero dei "trasferibili" in Albania anche all'indomani del d.l. n. 37/2025); e non anche, come nei due casi "gemelli" esaminati nelle due pronunce emesse dalla Corte d'appello di Roma e dalla pronuncia della Cassazione, quando l'istanza di protezione venga avanzata mentre lo

[4] Il provvedimento si può leggere qui: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2024/11/Corte-appello-Roma-19.5.2025-non-convalida-trattenimento-r.a.-Albania_compressed.pdf.

straniero già si trova a Gjadër, essendovi stato condotto mentre era ancora attinto da trattenimento *ex* art. 14 TUI.

Secondo tassello. Stando a notizie di stampa, la Corte di cassazione, con pronuncia del 29 maggio 2025, avrebbe posto in dubbio la compatibilità con il diritto UE del potere, riconosciuto all'amministrazione dal d.l. n. 37/2025, di tradurre oltremare persone già attinte in Italia da trattenimento espulsivo (*ex* art. 14 TUI). Mentre vengono scritte queste pagine, non è ancora nota la motivazione del provvedimento[5]. Dal dispositivo informalmente diffuso si evincerebbe la proposizione di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenere risposta a due quesiti: *i*) se gli artt. 3, 6, 8, 15 e 16 della direttiva rimpatri ostino all'applicazione di una disciplina interna (quella di cui all'art. 3 comma 2 della l. n. 14/2024) che consente di condurre oltremare persone destinatarie di provvedimenti di trattenimento convalidati o prorogati ai sensi dell'articolo 14 TUI «*in assenza di qualunque predeterminata e individuabile prospettiva di rimpatrio*»; *ii*) in caso di risposta negativa, se l'art. 9 par. 1 della direttiva 2013/32/UE (procedure) osti all'applicazione della disciplina interna (stabilita sempre dalla l. n. 14/2024, ed esplicitata dall'art. 3 comma 4 a seguito della variazione apportata con l. n. 75/2025) che consente di disporre, in ragione del ritenuto carattere strumentale della domanda di protezione, il trattenimento oltremare del migrante destinatario di un provvedimento di espulsione che, condotto in Albania, da qui abbia presentato tale domanda.

7. *Quale conclusione?*

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia allargherebbe ulteriormente il piano dell'analisi, non più confinato (come all'inizio della saga) alla compatibilità del trattenimento secondario a Gjadër con il Protocollo e con la legge di ratifica, quanto con due diverse fonti del diritto dell'Unione europea: la direttiva rimpatri, quale fonte ostativa del trasferimento a Gjadër del già trattenuto in Italia *ex* art. 14 TUI, là dove non appaia individuabile una concreta prospettiva di rimpatrio; e – in assonanza con il ragionamento sviluppato dalla Corte d'appello di Roma nel decreto del 19 maggio 2025 – l'art. 9 par. 1 della direttiva procedure, che accorda al richiedente asilo il diritto di rimanere nello Stato membro durante l'esame della domanda.

[5] Nelle more della pubblicazione di questo scritto su *ADiM Blog*, la decisione è stata pubblicata: v. Cass. pen., Sez. I, ord. 29 maggio 2025, n. 1931 (https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/23105_06_2025_pen_oscuramento_noindex.pdf).

Alla luce di tale dispositivo, risulta prevedibile una nuova battuta d'arresto per il trattenimento extraterritoriale, le cui diverse declinazioni giuridiche (per come concepite dal legislatore italiano) sono ora tutte sottoposte all'esame della Corte di Lussemburgo.

Sullo sfondo, continuano a restare altri nodi, già emersi nel dibattito sui centri in Albania ma per ora rimasti privi di risposta giurisprudenziale. Due, su tutti, i temi ancora da affrontare, tra loro interconnessi e resi oltremodo attuali dalle modifiche intervenute con il d.l. n. 37/2025.

Innanzitutto, quello concernente la difficoltà di considerare la situazione del trattenuto in Albania equiparabile a quella dell'ospite di un C.P.R. situato sul territorio nazionale. Per quanto la generalizzazione normativa della partecipazione a distanza dei trattenuti alle udienze di convalida e di proroga contribuisca ad avvicinare la situazione dei detenuti nei C.P.R. italiani a quella di chi invece si trovi ristretto oltremare, le ragioni per dubitare di una totale sovrapponibilità tra le due posizioni soggettive sono consistenti. E riguardano, su tutto, l'effettività del diritto di difesa, fortemente penalizzata dalle regole contenute nella legge di ratifica del Protocollo[6], e ulteriormente compromessa dal drastico ridimensionamento del termine per proporre ricorso in cassazione, ridotto ad appena cinque giorni dalla legge 9 dicembre 2024, n. 187, di conversione del d.l. 11 ottobre 2024, n. 145.

Strettamente legato al primo, il secondo tema riguarda i presupposti per trasferire a Gjadër il soggetto già trattenuto in Italia. In proposito, va segnalato l'inserimento, con d.l. n. 37/2025, di un nuovo periodo nella prima parte dell'art. 14 comma 5 TUI, a norma del quale, dopo la convalida del trattenimento, resta «*salva la facoltà di disporre, in ogni momento, il trasferimento dello straniero in altro centro, ai sensi del comma 1, secondo periodo. Il citato trasferimento non fa venire meno il titolo del trattenimento adottato e non è richiesta una nuova convalida*». L'esplicitazione di tale potere in capo alla Direzione centrale del Ministero dell'interno non pare dotata di forza innovativa, visto che i trasferimenti già in precedenza operavano senza particolari vincoli (del resto, l'obbligo di disporre il trattenimento nel «*centro più vicino*» menzionato dall'art. 14 comma 1 TUI è già dal 2004 sguarnito di ricadute invalidanti: v. il comma 4 del medesimo art. 14). Tuttavia, se la situazione del trattenuto in Albania può considerarsi deteriore rispetto a quella del trattenuto in Italia per ragioni non solo materiali ma *in primis* giuridiche, allora la totale assenza di

[6] Per l'analisi dell'art. 4 l. n. 14/2024, si rinvia a E. VALENTINI, Habeas corpus sine corpore?, in B. G. BELLO-G. CASSOLA-F. DEL TURCO-F. PASSARINI-M. SAVINO-M. TUOZZO-F.V. VIRZÌ (a cura di), *AnnuArio ADiM 2024,* cit., p. 49.

presupposti o condizioni idonee a legittimare la relativa scelta da parte dell'amministrazione potrebbe esporsi a censura.

Si tratterebbe di censure fondate non tanto sull'art. 13 comma 2 Cost. (essendo specificato quali categorie soggettive di migranti possono essere condotte in Albania), quanto piuttosto sul principio di legalità processuale *ex* art. 111 comma 1 Cost., eluso dalla delega in bianco contenuta nel terzo comma dell'art. 4 della l. n. 14/2024, che consegna al responsabile del centro albanese il compito di adottare «*le misure necessarie a garantire il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa dello straniero sottoposto alle procedure di cui al comma 1 del medesimo articolo*». Siffatte censure potrebbero estendersi agli artt. 3 e 24 Cost., in forza della non equiparabilità tra le tutele difensive accordate rispettivamente allo straniero trattenuto in Italia e a quello detenuto oltremare.

In proposito, si consideri che l'art. 42 ord. penit. prevede che il trasferimento del detenuto da un istituto di pena all'altro sia disposto «*per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari*» e che «*nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. L'amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga*». Come già ricordato, l'eventuale trasgressione di queste regole può essere sottoposta a sindacato giurisdizionale grazie alla possibilità, accordata al detenuto, di presentare un reclamo ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. penit.

Il *tertium comparationis* rappresentato dalla diversa condizione del ristretto in carcere potrebbe assumere una sua rilevanza, anche in funzione di quanto sarà deciso dalla Corte costituzionale, ormai prossima a pronunciarsi sulla questione (sollevata dal Giudice di pace di Roma[7]) concernente il mancato rispetto della riserva di legge *ex* art. 13 comma 2 Cost. sui modi del trattenimento, e in gran parte basata sulla somiglianza morfologica tra la detenzione carceraria e quella che opera nel C.P.R. Se infatti, seguendo l'impostazione del giudice rimettente, il Giudice delle leggi dovesse valorizzare tale somiglianza, potrebbe discenderne l'esigenza di introdurre l'obbligo, per l'amministrazione, di dare congrua motivazione del trasferimento del trattenuto dall'Italia all'Albania, in modo simile a quanto stabilito per poter spostare il

[7] Giudice di pace di Roma, ord. 17 ottobre 2024, atto di promovimento n. 209, in *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2024/11/20/47/s1/pdf*.

detenuto da un carcere all'altro (peraltro all'interno del medesimo territorio nazionale)[8].

[8] Come noto, dopo la pubblicazione di questo scritto su *ADiM Blog*, la Corte costituzionale si è espressa sulle questioni ad essa sottoposte dal Giudice di pace di Roma optando per una declaratoria di inammissibilità – racchiusa nella sentenza n. 96 del 2025 – riconducibile alla nozione di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata*.

La ragione di tale scelta si ascrive al combinarsi di almeno due diversi fattori: da un lato, la volontà di non invadere le prerogative del Parlamento, anche sul presupposto dell'impossibilità di rinvenire, nel sistema, un istituto dal quale prendere a prestito la disciplina idonea a colmare il vuoto che si sarebbe venuto a creare in conseguenza di una declaratoria di incostituzionalità; dall'altro, quella di evitare un vuoto di disciplina in grado di porre in *stand by* i C.P.R., rendendo dunque inattuabile la detenzione amministrativa fino a che il legislatore non si fosse risolto a colmare la distanza con l'art. 13 comma 2 Cost.

In particolare, con la sentenza n. 96 del 2025 il Giudice delle leggi ha ripudiato l'idea di rinvenire nella normativa di ordinamento penitenziario – e dunque nella regolamentazione della detenzione in carcere – quelle rime adeguate (evoluzione delle rime obbligate) idonee a sanare la situazione di contrasto con la Carta fondamentale. Lo ha fatto ricorrendo a un'affermazione lapidaria, stando alla quale «la detenzione amministrativa presso il CPR [deve] restare estranea a ogni connotazione di carattere sanzionatorio» (punto 11 del «*considerato in diritto*»); e dunque valorizzando le diverse funzioni di trattenimento e cattività carceraria, al contempo lasciando in secondo piano la grande somiglianza morfologica intercorrente fra le due diverse forme di detenzione (quella penale e quella amministrativa).

LA TUTELA DELLE VULNERABILITÀ NELLE PROCEDURE DI *PRESCREENING* DEL PROTOCOLLO ITALIA–ALBANIA: CRITICITÀ APPLICATIVE E PROSPETTIVE FUTURE

Emilia Mazzara*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela delle vulnerabilità nel sistema internazionale, europeo ed italiano. – 3. L'accertamento delle vulnerabilità nell'ambito del Protocollo Italia-Albania. – 4. Quali scenari futuri? – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La gestione dei flussi migratori impone agli Stati un contemperamento tra prerogative di controllo delle frontiere e obblighi di tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte. Sotto tale profilo, assumono particolare rilievo le condizioni di vulnerabilità, intese come tutte quelle situazioni che, per la loro incidenza sulla vita e sull'integrità psico-fisica degli individui, risultano meritevoli di forme di protezione rafforzata. Ne discende un sistema di garanzie entro cui lo Stato può esercitare i propri poteri di gestione e controllo dei flussi, rimanendo però entro i vincoli dettati nel rispetto dei diritti dei richiedenti. Ciononostante, l'applicazione pratica dei principi in materia di tutela delle vulnerabilità si è spesso dimostrata di difficile attuazione, situazione che ha contribuito alla formazione di prassi di più facile gestione sul piano pratico ma di dubbia legittimità sotto il profilo giuridico e per questo sovente censurate dalla giurisprudenza nazionale e internazionale. Emblematica in tal senso è stata l'esperienza delle operazioni condotte dalle autorità italiane nell'ambito del Protocollo Italia Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria[1], ratificato con l. n. 14 del 21 febbraio 2024. L'accordo prevede l'espletamento di una fase di *screening* preventivo (detta *prescreening*) da effettuare negli istanti immediatamente successivi alle operazioni di salvataggio dei migranti con lo scopo di vagliare eventuali vulnerabilità, per poi disporre il trasferimento di coloro ritenuti non vulnerabili nei centri di

* Dottoranda di ricerca in Disuguaglianze, Differenze, Partecipazione, Università degli Studi di Palermo.

[1] Consultabile al seguente indirizzo: https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2023/12/PROTOCOLLO-ITALIA-ALBANIA-in-materia-migratoria.pdf.

Gjadër e Shëngjin per la sottoposizione ad un'ulteriore fase di *screening* e il completamento delle procedure di frontiera. Le modalità di attuazione del Protocollo hanno però dato origine ad uno scontro serrato tra esecutivo e magistratura risolto, almeno per il momento, con la decisione del 1° agosto 2025 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. L'imminente attuazione del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, mutando l'attuale assetto normativo, rischiano tuttavia di legittimare alcuni dei profili più problematici del sistema promosso dall'Accordo italo-albanese, ponendo al contempo numerosi interrogativi sul futuro della protezione dei migranti vulnerabili.

2. *La tutela delle vulnerabilità nel sistema internazionale, europeo ed italiano*

Nel contesto giuridico, la definizione di vulnerabilità presenta dei profili di ambiguità, oscillando tra una concezione "di gruppo", che individua vulnerabilità comuni a determinati soggetti, raggruppabili in categorie (si pensi alla Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità) e una "universale", intesa come *status* naturale, comune a tutti gli individui[2].

Tale incertezza non ha trovato conforto nelle fonti giuridiche internazionali, se non in tempi più recenti. Ad esempio, la Convenzione di Ginevra del 1951 non riporta alcun riferimento al tema della vulnerabilità dei richiedenti asilo. Difatti, la loro tutela può essere garantita solo se espressamente prevista da altre fonti complementari[3].

Particolarmente rilevante sul tema è stata la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha giocato un ruolo fondamentale nel definire la vulnerabilità come caratteristica di un gruppo soggetto a discriminazioni e pregiudizi[4]. A partire dalla sentenza M.S.S. c. Belgio e Grecia[5], i giudici di Strasburgo hanno infatti riconosciuto alle persone richiedenti asilo una tutela rafforzata ai sensi dell'art. 3 della CEDU, valorizzando tanto le esperienze traumatiche vissute durante la migrazione, quanto le carenze nel supporto offerto dagli Stati ospitanti. La Corte Edu ha inoltre chiarito come la

[2] M. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, 2008

[3] Si pensi al Protocollo Addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale contro la Tratta delle Persone.

[4] L. PERONI-A. TIMMER, *Vulnerable Groups: the Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, n. 4/2013.

[5] Corte EDU, sentenza 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09.

vulnerabilità sottesa all'appartenenza al gruppo dei richiedenti asilo possa intersecarsi con altri profili di vulnerabilità, quali la minore età, la presenza di disabilità, l'essere donna o l'essere una soggettività LGBTQIA+, riconoscendo obblighi positivi stringenti in capo agli Stati (si pensi, tra gli altri, alla violazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti rilevata in A.B. e altri c. Francia[6]).

Sul versante dell'Unione Europea, la tutela delle vulnerabilità ha trovato sede *in primis* nella direttiva 2011/95/UE (cosiddetta direttiva Qualifiche), che ha imposto l'obbligo per gli Stati membri di valutare le richieste di protezione internazionale anche alla luce dell'appartenenza del soggetto richiedente ad un determinato gruppo sociale esposto a processi di discriminazione, oltre a garantire apposite procedure negli iter di riconoscimento della protezione internazionale. Nel 2013, la direttiva Accoglienza (2013/33/UE) ha fornito un elenco di soggetti ritenuti meritevoli di specifica tutela, includendovi i minori, le persone con disabilità, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime di tratta, le persone affette da malattie fisiche e psichiche, le persone che hanno subito torture, stupri, forme di violenza sessuale, fisica e psicologica, comprese le vittime di mutilazioni genitali femminili, imponendo obblighi specifici relativi alle modalità di gestione delle domande di protezione internazionale. A corredo della direttiva accoglienza, la direttiva procedure (2013/32/UE) ha disposto che il personale addetto all'esperimento delle procedure di accoglienza sia formato specificamente per il riconoscimento e il trattamento delle vulnerabilità tutelate, dando precedenza alle domande proposte da soggetti in condizioni di rischio.

Sul piano nazionale, l'Italia ha recepito le direttive europee introducendo anche nell'ordinamento nazionale tutele specifiche per i gruppi vulnerabili (art. 17 e 19 TUI). Restano inoltre salvi tutti i diritti costituzionalmente garantiti a ciascun individuo.

3. *L'accertamento delle vulnerabilità nell'ambito del Protocollo Italia-Albania*

Il quadro normativo appena richiamato impone agli Stati una tutela effettiva dei diritti dei migranti vulnerabili. Tuttavia, l'applicazione di tali obblighi di salvaguardia risulta di difficile attuazione sul piano pratico, scontrandosi non di rado con le esigenze di gestione dei flussi migratori.

L'esperienza delle operazioni condotte dalle autorità italiane nell'ambito

[6] Corte EDU, sentenza 12 luglio 2016, *A.B. e altri c. Francia*, ric. n. 11593/12.

del Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della cooperazione in materia migratoria ha costituito in tal senso un laboratorio particolarmente significativo.

L'accordo prevede la possibilità per le autorità italiane di trasferire i cittadini stranieri tratti in salvo in acque internazionali nei centri appositamente predisposti nelle località di Gjadër e Shëngjin, Albania, previo esperimento di un *prescreening*. Si tratta di un'operazione di identificazione effettuata nei momenti immediatamente successivi alle operazioni di salvataggio, con lo scopo di identificare i soggetti ritenuti non idonei al trasferimento in Albania.

La normativa di riferimento non chiarisce, tuttavia, i criteri per l'individuazione delle situazioni di vulnerabilità rilevanti ai fini dell'esclusione dal trasferimento. Tali parametri sono stati infatti rimessi alla discrezione del Ministero dell'Interno, che, nell'Atto di esecuzione del Protocollo Albania[7], ha ristretto la nozione di vulnerabilità così come intesa dall'ordinamento interno e comunitario ad un numero estremamente limitato di gruppi, ovvero donne, persone visibilmente minori, persone anziane, persone con evidenti patologie fisiche o psichiche.

Le criticità sottese al ricorso a tali disposizioni sono evidenti sia sotto il profilo giuridico che operativo.

In primis, giova sottolineare come il legislatore italiano abbia scelto di ricorrere ad una fonte del diritto secondaria, pur potendo fare riferimento alla disciplina europea e nazionale, applicata solo nel secondo *screening*, previsto dopo l'arrivo dei migranti in Albania. Le procedure operative standard previste dal Ministero dell'Interno hanno infatti teso a valorizzare, nella prima fase di identificazione, tutte le caratteristiche immediatamente rilevabili nei soggetti tratti a bordo delle navi militari italiane (nello specifico, le connotazioni riferibili al sesso femminile, l'evidente minore età e l'avanzata età, lo stato di malattia), trascurando però di salvaguardare altre categorie di soggetti ugualmente meritevoli di tutela e circoscrivendo la protezione garantita ai gruppi menzionati ai soli tratti "visibili". Emblematica sul punto è stata l'identificazione relativa ai soggetti minori, destinati al trasferimento in Albania qualora non "evidentemente" fanciulli. È bene ricordare che la tutela garantita ai minori risulta essere particolarmente stringente per gli Stati, sia a livello internazionale, sia comunitario, sia interno. La Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia e della Adolescenza prevede espressamente il divieto di discriminazione, l'obbligo di rispettare l'interesse superiore del fanciullo e il diritto alla

[7] Testo consultabile al seguente link: https://inlimine.asgi.it/wp-content/uploads/2024/11/SOP-attivita-condotte-in-mare-Protocollo-Italia-Albania.pdf

tutela della vita e al sano sviluppo di tutti i minori fino al diciottesimo anno di età. Particolarmente severa sul punto è la giurisprudenza della Corte Edu, che impone agli Stati parte della Convenzione l'obbligo positivo di disporre procedure di accertamento adeguate alla tempestiva identificazione del minore anche in contesti emergenziali e ne vieta in maniera pressoché assoluta la detenzione, specie se in strutture condivise con adulti (si pensi al caso Darboe e Camara c. Italia[8], in cui il nostro Paese è stato condannato per violazione degli articoli 3, 8 e 13 della Convenzione). I principi sin qui esaminati sono peraltro ribaditi dalla legislazione comunitaria, in particolare dalle direttive Accoglienza e Procedure, le quali impongono, oltre alle già citate garanzie, il trasferimento dei minori in centri con personale qualificato e il divieto di applicazione delle procedure accelerate. Infine, sotto il profilo nazionale, gli strumenti di tutela sinora esposti sono ulteriormente predisposti e garantiti dalla legge n. 47/2017 (la cosiddetta legge Zampa).

Analoghe criticità emergono in relazione alla tutela della salute: diversi report (tra cui quello del Tavolo Immigrazione e Asilo curato da ASGI[9]) hanno evidenziato come, durante le operazioni condotte tra il 2024 e il 2025, circa il 10% delle persone ritenute idonee nella fase di *prescreening* siano poi state trasferite in Italia per la presenza di patologie. In tale contesto, preoccupa in particolare la lesione dei diritti dei soggetti coinvolti, in particolare il diritto alla salute sancito dall'articolo 32 della Costituzione e dagli articoli 2, 3 e 8 CEDU, da cui discende l'obbligo di limitare il ricorso al trattenimento qualora esso costituisca un pericolo per la salute del richiedente.

Desta inoltre preoccupazione l'esclusione dalla fase di *screening* preventivo di alcune categorie di soggetti ritenute vulnerabili dall'ordinamento e, come tali, meritevoli di tutela rafforzata. Vi rientrano certamente le soggettività LGBTQIA+, la cui situazione, già particolarmente difficile da rilevare anche in contesti ordinari, è stata del tutto ignorata in questa fase.

4. *Quali scenari futuri?*

L'esperienza dei centri in Albania ha subito una battuta d'arresto (anche) in ragione della mancata convalida dei trattenimenti da parte della Corte d'Appello di Roma, che ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una

[8] Corte Edu, sentenza 21 luglio 2022, *Darboe e Camara c. Italia*, ric. n. 5797/2017.

[9] Documento consultabile al seguente link: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2025/02/Rapporto-Albania_web_25-febbraio.pdf.

serie di questioni pregiudiziali relative all'applicazione della procedura accelerata ai richiedenti provenienti da Paesi considerati sicuri dall'Italia ma potenzialmente rischiosi per alcune categorie di persone, sulla scia di un precedente dibattito giurisprudenziale conclusosi con la sentenza della Corte di Giustizia europea del 4 ottobre 2024[10].

Nonostante il fulcro del dibattito fosse formalmente la designazione di un Paese terzo come sicuro ai fini dell'applicazione della procedura accelerata vale la pena soffermarsi sul ruolo che la tutela delle vulnerabilità ha giocato nel dialogo tra le Corti. Nel decidere sulla convalida del trattenimento di alcuni cittadini provenienti dall'Egitto e dal Bangladesh, la giurisprudenza italiana ha infatti sollevato perplessità sull'effettiva tutela di alcuni gruppi, come la comunità LGBTQIA+, le minoranze etniche e religiose, le vittime di violenza di genere, espressamente salvaguardate dal nostro ordinamento ma spesso prive di qualsiasi protezione in molti Paesi considerati sicuri.

Ebbene, nella sentenza del 1° agosto 2025[11], la CGUE ha effettivamente confermato la necessità di verificare che, ai fini della designazione di un Paese come sicuro, lo Stato in questione sia effettivamente privo di rischi per tutti i suoi cittadini, senza esclusione di individui appartenenti a gruppi con caratteristiche tali da determinare il rischio di persecuzioni e discriminazioni.

Tuttavia, il quadro legislativo che ha permesso di rilevare la fallacia del "Sistema Albania" è destinato a mutare. Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, in vigore da giugno 2026, potrebbero infatti validare i punti più controversi dell'Accordo Italia-Albania.

In primis, il Patto renderà lecito il ricorso alle procedure di *screening* per la rilevazione degli stati di vulnerabilità e dei dati, anche biometrici, dei richiedenti. A destare perplessità sono, in particolare, le condizioni predisposte per l'esperimento di tali procedure, che avranno un termine di espletamento perentorio di sette giorni.

L'esperienza italiana delle operazioni condotte tra il 2024 e il 2025 ha avuto modo di mostrare in anticipo i punti deboli di questo modello di gestione, dimostrando come condizioni logistiche precarie, personale non adeguatamente formato e tempistiche eccessivamente ristrette possano determinare una sistematica falla nell'individuazione delle vulnerabilità, con

[10] CGUE (Grande Sezione), sentenza 4 ottobre 2024, *C.V. contro Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*, C -406/22, EU:C:2024:841.

[11] CGUE (Grande Sezione), sentenza 1° agosto 2025, *LC e CP contro Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Roma – Sezione procedure alla frontiera II*, Cause riunite C-758/24 e C-759/24, EU:C:2025:591.

conseguente rischio di "invisibilizzazione" istituzionale di taluni gruppi meritevoli di tutela.

5. *Conclusioni*

Nonostante l'evoluzione normativa e giurisprudenziale abbia progressivamente ampliato e rafforzato le tutele destinate ai soggetti più fragili, le prassi poste in essere dagli Stati continuano a rivelare margini di criticità allarmanti. Le procedure di *prescreening* previste dal Protocollo Italia-Albania rappresentano un esempio paradigmatico: la riduzione dei criteri di identificazione delle vulnerabilità, il ricorso a fonti secondarie per definire gli indicatori di rischio, la mancanza di personale adeguatamente formato e la compressione delle tempistiche procedurali hanno contribuito a generare situazioni di invisibilizzazione e violenza istituzionale, soprattutto a danno di categorie non immediatamente riconoscibili o non ricomprese nelle previsioni ministeriali, come i minori non identificati come tali, le persone LGBTQIA+, le vittime di tratta o di violenza di genere, e i soggetti con patologie non immediatamente identificabili.

Il nuovo Patto Europeo su migrazione e asilo, destinato a ridisegnare in modo profondo l'architettura delle procedure di frontiera, pone interrogativi ulteriori. La riduzione dei tempi di *screening*, la possibilità per gli Stati di designare come sicuri Paesi che presentano rischi su alcune porzioni territoriali o per determinati gruppi e il più ampio ricorso alle procedure accelerate rischiano di istituzionalizzare alcune delle criticità già emerse nella prassi italiana. Sarà pertanto determinante verificare se e in che misura gli Stati membri sapranno effettivamente conciliare le esigenze di gestione dei flussi migratori con l'obbligo – inderogabile e non negoziabile – di garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti più vulnerabili, ponendo al centro del sistema non l'efficienza amministrativa, ma la dignità umana.

ACCORDI E MODELLI ESTERNI
DI GESTIONE DELLE MIGRAZIONI

IL NUOVO ACCORDO SUI MIGRANTI TRA REGNO UNITO E FRANCIA: PROFILI GIURIDICI E CONTESTO POLITICO EUROPEO

Lorenzo Michelucci*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tratti principali dell'Accordo: i soggetti coinvolti e il meccanismo *one-in, one-out*. – 2.1 Le riammissioni delle "*Small Boat*" dal Regno Unito alla Francia. – 2.2. L'ingresso volontario nel Regno Unito dei migranti soggiornanti in Francia. – 3. Vantaggio asimmetrico del Regno Unito e profili di compatibilità con il diritto dell'Unione europea. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Dopo mesi di trattative, l'*Agreement on the Prevention of Dangerous Journeys*[1] tra Regno Unito e Francia è entrato ufficialmente in vigore il 6 agosto 2025, a seguito della firma del 29 luglio e della ratifica da parte del Parlamento britannico.

Oltre all'obiettivo dichiarato di prevenire le traversate pericolose nel Canale della Manica, il Trattato mira soprattutto al contenimento dei flussi migratori irregolari provenienti dalla Francia, in netto aumento durante l'estate 2025[2].

Sul piano politico, l'iniziativa rappresenta una delle reazioni alle difficoltà incontrate dal premier Starmer[3], in calo nei sondaggi anche a causa dell'ascesa della destra populista guidata da Nigel Farage, spesso accompagnata dallo slogan provocatorio "*remigration*[4]". Va però ricordato come la cooperazione franco-britannica sul controllo della Manica sia di lunga data e trasversale ai governi, includendo tra gli obiettivi dichiarati quello di contrastare le reti criminali responsabili della tratta di migranti[5].

* Dottorando in Diritto internazionale, Dottorato di interesse nazionale (DIN) in Studi europei, Università di Genova, *Curriculum governance multilivello e diritti fondamentali*, sede di afferenza Università per Stranieri di Perugia.

[1] D'ora in avanti anche "l'Accordo" o "il Trattato". Per consultare il testo v. il sito ufficiale del Governo del Regno Unito.

[2] "*How many people cross the Channel in small boats?*", sul canale web della Bbc.

[3] "*France-UK migrant returns deal to take effect*", Le Monde.

[4] Per interessante approfondimento su questo concetto v. S. VENKATARAMAKRISHNAN*"Total remigration": Anti-migrant narratives targeting the UK*, in *ISD- Institute for Strategic Dialogue, Digital Dispatches*, 30 luglio 2025.

[5] Per uno studio aggiornato sulla cooperazione in questione e sulle prospettive di questo

Da un punto di vista giuridico, l'Accordo ha natura di trattato internazionale, con validità fino a giugno 2026 e configurato come "progetto pilota". Le parti lo collocano infatti all'interno di un quadro più ampio di cooperazione migratoria con l'Unione europea, come sottolineato dai leader Starmer e Macron in una dichiarazione congiunta antecedente alla stipula dell'accordo[6].

Alcuni commentatori[7] hanno interpretato l'Accordo anche come tentativo britannico di colmare il vuoto lasciato dall'uscita dal "sistema Dublino" post-Brexit e di preparare un eventuale riavvicinamento al nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo[8], la cui piena entrata in vigore coincide con la scadenza del Trattato.

Diversamente da Dublino, però, l'Accordo si fonda su un meccanismo bilaterale di tipo "*one-in, one-out*[9]" (art. 1): per ogni migrante irregolare riammesso in Francia, il Regno Unito si impegna ad accogliere legalmente un altro migrante, il tutto entro massimo tre mesi. Un modello che, come prontamente osservato[10], ricorda parzialmente quello della Dichiarazione UE-Turchia del 2016, sollevando anche per questo perplessità sia sotto il profilo giuridico che umanitario, come denunciato da alcune ONG[11].

In quanto parte contraente e Stato membro dell'UE, la posizione della Francia potrebbe sollevare interrogativi sul rispetto del diritto dell'Unione, in particolare nei settori di competenza in materia di migrazione e asilo. A tal riguardo, l'Accordo prevede espressamente il rispetto delle norme UE da parte francese e l'inclusione di un rappresentante della Commissione europea con funzione di osservatore nel monitoraggio attuativo (art. 17).

In linea di principio, l'intesa sembra dunque promuovere uno spirito di cooperazione equilibrata tra Regno Unito, Francia ed Unione europea[12], come

nuovo meccanismo v. M. GOWER *Unauthorised migration: UK-France border cooperation-Research Briefing*, in *Commons Library (Uk Parliament)*, 13 febbraio 2026.

[6] Dichiarazione congiunta del 10 luglio 2025.

[7] M. CUIBUS, P. WALSH *The UK-France small boats returns deal and options for further cooperation with the EU*, in *The Migration Observatory*, Oxford, 17 luglio 2025.

[8] COM (2020) 609 fin., del 23 settembre 2020. Il cd. "Patto", composto da sette regolamenti e una direttiva, è stato proposto nel 2020 e adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio nel 2024; a partire dal giugno 2026 è prevista una piena entrata in vigore.

[9] Comunicato stampa dell'Home Office.

[10] E. FRIPP *The Agreement Between the UK and France on the Prevention of Dangerous Journeys*, in *Opinio Juris,* 10/2025.

[11] Melting Pot Europa; ECRE

[12] Sull'endorsement della Commissione all'accordo v. ad esempio https://www.politico.eu/article/europe-france-uk-eu-migration-deal-emmanuel-macron-keir-starmer-asylum-nigel-farage/.

ribadito sia dalle autorità britanniche sia dalla Commissione europea, anche in risposta a un'interrogazione parlamentare[13] recentemente sollevata dall'eurodeputato Nikolaos Anadiotis sulla legittimità del Trattato rispetto al diritto europeo.

Il presente contributo si propone, innanzitutto, di analizzare i principali elementi dell'Accordo, con riguardo ai requisiti soggettivi per lo "scambio" e alle modalità pratiche di attuazione attraverso il cd. *end-to-end process* (art. 1, par. 1). Successivamente, dopo aver focalizzato l'attenzione sulla posizione di vantaggio del Regno Unito rispetto alla Francia, si offrirà una riflessione sintetica su eventuali profili di compatibilità con il diritto dell'Unione europea.

2. *Tratti principali dell'Accordo: i soggetti coinvolti e il meccanismo* one-in, one-out

Come già anticipato, il fulcro dell'Accordo è rappresentato dal meccanismo di *one-in, one-out* (o *one-for-one exchange*), che prevede, da un lato, la riammissione in Francia di migranti giunti irregolarmente nel Regno Unito e, dall'altro, l'ammissione legale nel Regno Unito di richiedenti asilo che, trovandosi in Francia, presentino domanda volontaria alle autorità britanniche. Pur essendo disciplinate dalla medesima fonte e perseguendo finalità comuni e interdipendenti, le due procedure si distinguono per natura e modalità applicative; saranno pertanto analizzate separatamente, seguendo la struttura del Trattato.

2.1. *Le riammissioni delle "Small Boat" dal Regno Unito alla Francia*

Il secondo capitolo dell'Accordo è interamente dedicato ai destinatari delle riammissioni in Francia, ossia a coloro che tentano di raggiungere illegalmente il Regno Unito attraversando il Canale della Manica.

L'art. 1, par. 1, innanzitutto, prevede che l'intero procedimento "*end-to-end*" debba svolgersi nel termine massimo di tre mesi dall'arrivo del migrante irregolare nel Regno Unito.

Al riguardo, riveste un ruolo centrale la definizione di "S*mall Boat*" contenuta nell'art. 2, par. 1, lett. f), termine ricorrente nel testo e caratterizzato da una certa flessibilità interpretativa. Tale locuzione indica un mezzo privato

[13] Interrogazione con richiesta di risposta scritta alla Commissione, MEP Nikolaos Anadiotis (E-002753/2025).

utilizzato da una o più persone prive di visto o autorizzazione, che, partendo dalla Francia, attraversano il Canale con l'intento di entrare illegalmente nel Regno Unito, sia mediante sbarco diretto sia in seguito a operazioni di soccorso o intercettazione in mare da parte delle autorità.

L'art. 3, a sua volta, individua i tre requisiti, tra loro alternativi, per l'applicazione delle disposizioni di riammissione. Oltre alla condizione di "*Small Boat*", il cittadino di un Paese terzo deve trovarsi in una di queste situazioni: essere arrivato nel Regno Unito ed aver presentato domanda di protezione internazionale; essere stato fermato dalle autorità britanniche per un attraversamento non autorizzato del confine; essere sbarcato nel Regno Unito dopo un'operazione di soccorso in mare.

L'art. 4, par. 1, disciplina i criteri soggettivi e oggettivi che determinano l'obbligo della Francia di procedere alla riammissione «*upon application by the United Kingdom and without further formalities*». In primo luogo, deve sussistere una delle situazioni previste dall'art. 3. In secondo luogo, la persona interessata deve essere un adulto o un minore accompagnato, proveniente o transitato dalla Francia immediatamente prima dell'arrivo nel Regno Unito. Questo requisito di connessione territoriale rappresenta un elemento cardine, poiché da un lato assicura il legame imprescindibile con il territorio francese e, dall'altro lato, che non vi sia stato il coinvolgimento della sovranità di altri Paesi estranei all'Accordo.

Sempre ai sensi del primo paragrafo, il Regno Unito deve confermare che la persona interessata non abbia alcun "*protection claim*" o "*human rights claim*" pendente al momento del trasferimento, così come non deve essere soggetta ad alcun procedimento giudiziario che vieti al Regno Unito di effettuare il trasferimento verso la Francia[14].

I paragrafi successivi dello stesso articolo precisano le condizioni che escludono l'obbligo francese di riammissione, reiterando alcuni principi già enunciati. Tra le esclusioni figurano: il mero transito in una zona di frontiera francese senza ingresso effettivo nel territorio; la qualifica attribuita dal Regno Unito di minaccia alla sicurezza nazionale o all'ordine pubblico; l'ingresso nel Regno Unito avvenuto oltre quattordici giorni prima della richiesta di riammissione; il superamento del termine massimo di tre mesi dall'arrivo nel Regno Unito senza che si sia concretizzato il trasferimento (anche se in tale ipotesi la Francia può comunque consentire l'accoglimento della persona). È altresì esclusa la riammissione dei minori non accompagnati.

[14] Il riferimento rimanda alle regole previste dal diritto inglese ed in particolare all'*Immigration and Asylum Act* del 2002 e alla Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato

Di particolare interesse è poi l'ipotesi secondo cui il mancato rispetto dell'equilibrio tra il numero di migranti riammessi in Francia e quello dei soggetti trasferiti nel Regno Unito, come disciplinato dal terzo capitolo dell'Accordo, possa costituire motivo di diniego della riammissione.

Infine, sempre l'art. 4 attribuisce alle autorità francesi la facoltà di rifiutare la riammissione qualora il trasferimento comporti un rischio concreto per la sicurezza dello Stato francese, in relazione a fattori quali la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute pubblica, le politiche interne o le relazioni bilaterali con altri Stati dell'area Schengen.

Sul piano procedurale, l'art. 6 stabilisce che il Regno Unito deve fornire, al momento della richiesta di riammissione, informazioni dettagliate sulla persona interessata, inclusa l'eventuale condizione di detenzione e la durata della stessa.

L'art. 8 regola i termini temporali entro cui deve svolgersi la procedura. La richiesta deve essere presentata entro quattordici giorni dall'arrivo del migrante nel Regno Unito e il mancato rispetto di tale termine comporta l'inapplicabilità dell'Accordo al caso specifico. La Francia, a sua volta, deve rispondere entro quattordici giorni dal ricevimento della domanda, con possibilità di proroga fino a ventotto giorni. L'assenza di risposta entro tali termini equivale a un rigetto tacito della richiesta.

Infine, l'art. 7 rinvia all'unico allegato del Trattato, che contiene un elenco esemplificativo di prove idonee a sostenere o contrastare la riammissione.

2.2. *L'ingresso volontario nel Regno Unito dei migranti soggiornanti in Francia*

Esaminata la procedura di riammissione in Francia e i soggetti coinvolti, è opportuno passare ora alla prospettiva francese, indagando su chi potrà accedere al Regno Unito e secondo quale procedura.

Tale tematica è affrontata nel terzo capitolo dell'Accordo, che disciplina i requisiti e le modalità di ingresso volontario dalla Francia nel Regno Unito, inteso come parte dello "scambio" con i migranti riammessi.

L'art. 12 si apre con l'impegno del Regno Unito a offrire una procedura volontaria di richiesta di ingresso per cittadini di Paesi terzi, definendo poi una serie di requisiti ed esclusioni di natura soggettiva e oggettiva, oltre a rinviare alla normativa interna britannica in materia migratoria. Il par. 1 esclude innanzitutto i familiari di cittadini dello Spazio Economico Europeo (SEE) titolari del diritto alla libera circolazione, rimandando per loro alle disposizioni dell'Unione e nazionali. Quanto ai requisiti, la procedura è riservata

esclusivamente a persone presenti fisicamente sul territorio francese al momento della domanda, ribadendo anche qui la necessaria connessione territoriale (art. 12, par. 1). Inoltre, viene posto il vincolo dell'equilibrio numerico tra ingressi e riammissioni, prevedendo un limite massimo di richieste da definire sulla base del principio di reciprocità tra le Parti. Il par. 5 conferma che il Regno Unito potrà avviare o sospendere la procedura in funzione di tale equilibrio, rinviando agli artt. 1, par. 3 e 4 per la relativa disciplina. Tuttavia, tali condizioni non sono esaustive: il secondo paragrafo richiama infatti le *Immigration Rules* britanniche, stabilendo che i richiedenti devono soddisfare anche i requisiti di idoneità previsti dalla normativa interna per ottenere il visto. È altresì prevista la possibilità, da parte del Regno Unito, di limitare o dare priorità a specifiche categorie di richiedenti, previa consultazione con la Francia, la quale potrà adottare misure analoghe, nel rispetto del principio di reciprocità. Sono infine esclusi dalla procedura i soggetti che rappresentano un rischio per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico britannico, le persone già espulse dal Regno Unito e i minori non accompagnati.

A livello strettamente pratico, occorre quindi ribadire che la procedura è volontaria e riservata ai cittadini di Paesi terzi non appartenenti al SEE e soggiornanti in Francia. A tal fine, il Governo britannico ha istituito un portale online dedicato alla cosiddetta "*expression of interest application*"[15].

Come ovvio, tutte le operazioni successive avverranno di concerto tra le autorità inglesi e francesi.

3. *Vantaggio asimmetrico del Regno Unito e profili di compatibilità con il diritto dell'Unione europea*

Dal contesto politico di cui si è parlato all'inizio e da quanto emerso nei precedenti paragrafi, risulta in maniera abbastanza chiara la posizione di vantaggio del Regno Unito rispetto alla Francia come risultato dell'Accordo. Da un lato, infatti, quest'ultima è soggetta a un vero e proprio obbligo di riammissione delle "*Small Boat*" che soddisfano i requisiti di cui all'art. 4. Dall'altro lato, come evidenziato nell'analisi dell'art. 12, spetta invece alle autorità britanniche una valutazione discrezionale e caso per caso delle richieste di ingresso, basata sulla volontarietà del richiedente e con un ampio rinvio alla legislazione interna inglese in materia migratoria. In questa ottica si colloca anche il vincolo, previsto all'art. 12, par. 1, sul numero massimo di soggetti

[15] Il tutto spiegato in un'apposita guida online sul sito web del Governo inglese.

ammessi, che si configura come un requisito strutturale per i migranti in ingresso, mentre per i soggetti da riammettere in Francia assume un rilievo decisamente più marginale.

Tale squilibrio viene comunque mitigato dal principio di reciprocità e dal meccanismo di scambio *one-in one-out*, più volte richiamato dal Trattato. A tal fine, è previsto un rigoroso monitoraggio dell'equilibrio tra i numeri di migranti riammessi e accolti, affidato a un apposito *Joint Committee* istituito dall'art. 17, cui si rinvia per i dettagli relativi ai suoi compiti specifici.

In ogni caso, la posizione di vantaggio del Regno Unito appare giustificata considerando che la necessità di questo Accordo nasce proprio dalla volontà britannica di contrastare i flussi migratori irregolari provenienti dalla Francia verso le sue coste, e non viceversa.

Se si sposta l'attenzione sulla prospettiva francese e, in quanto Stato membro dell'Unione europea, più specificamente dal punto di vista di quest'ultima, si potrebbe porre l'interrogativo sulla compatibilità dell'*Agreement* con il diritto dell'Unione.

In forza dell'art. 3, par. 2 TFUE, l'UE detiene una competenza esclusiva nella conclusione di trattati che possano incidere su norme comuni o modificarne l'ambito di applicazione. Proprio in applicazione del "sistema Dublino", alcuni Stati membri sostengono che il Trattato incida sulle norme comuni, nella misura in cui i richiedenti asilo respinti dal Regno Unito e accolti dalla Francia potrebbero successivamente essere trasferiti in Paesi cd. di primo ingresso, come Italia o Grecia[16].

A prescindere dalla complessità del funzionamento, è stato prontamente osservato come tale effetto rientrerebbe già nelle facoltà della Francia, dal momento che i migranti in questione, partiti dal suo territorio, potrebbero comunque essere ritrasferiti secondo le regole di Dublino[17].

In termini pratici, non sembrerebbe quindi configurarsi un effettivo rischio di aumento numerico dei trasferimenti. Inoltre, come già accennato, la Commissione europea è stata informata dell'Accordo fin dalle sue fasi iniziali e, come emerso dalla risposta all'interrogazione parlamentare sopra richiamata[18], ha espresso un orientamento favorevole alla sua realizzazione.

Si ricordi, infine, che l'art. 17 prevede un monitoraggio sull'attuazione e sugli effetti del meccanismo *one-in, one-out*, affidato al *Joint Committee*,

[16] Euronews.

[17] S. PEERS *The UK-France migration deal: is it legal?*, in *UK in a Changing Europe*, 7/2025.

[18] Risposta del Commissario agli affari interni e la migrazione per conto della Commissione europea nella sua interezza.

all'interno del quale potranno sedere, in qualità di osservatori, rappresentanti della Commissione e degli Stati membri.

Anche dal punto di vista della competenza esterna dell'Unione in materia di riammissioni, ai sensi dell'art. 79, par. 3 TFUE, non sembrano emergere profili di incompatibilità.

In questo senso, l'interrogativo potrebbe essere se la Francia, attraverso l'Accordo con il Regno Unito, abbia violato la competenza dell'Unione a concludere accordi simili con Paesi terzi. Tuttavia, considerata come "condizione di partenza" la natura concorrente della competenza europea in materia di accordi di riammissione (ARUE)[19], essa diverrebbe esclusiva solo nel momento in cui l'Unione avesse già concluso un ARUE con uno Stato terzo oppure nel caso in cui la Commissione avesse ricevuto dal Consiglio un mandato per avviare i negoziati. Secondo la Corte di giustizia dell'UE, tale mandato «segna l'inizio di un'azione comunitaria concertata sul piano internazionale»[20]. Da quel momento, il principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, par. 3 TUE, impedirebbe agli Stati membri di agire autonomamente e stipulare nuovi accordi bilaterali di riammissione con lo stesso Stato terzo.

Al momento della conclusione dell'Accordo tra Francia e Regno Unito, tuttavia, non sussistevano né ARUE stipulati né negoziazioni in corso tra l'Unione e il Regno Unito, né prima né dopo la Brexit.

[19] Lungi dal voler semplificare il dibattito intorno alla natura della competenza in materia di riammissioni, anche alla luce dei notevoli sviluppi sul tema, la dottrina maggioritaria concorda tuttavia per la sua natura concorrente, ponendo come argomento di partenza l'art. 4 (2)(j) TFUE ed escludendo in questo settore l'applicabilità della cd. giurisprudenza AETS. Sul punto *ex multis* v. S. AMADEO, F. SPITALERI *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022, pp. 430 ss.; F. CASOLARI, *L'interazione tra accordi internazionali dell'Unione europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, pp. 1-28; N. COLEMAN, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, 2008; M. CREMONA, *EU External Action in the JHA Domain: A Legal Perspective*, in *EUI Working Papers LAW* 2008/24; A. DI PASCALE, *Commento all'art. 79 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 856; P. EECKOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, 2011, p. 160; C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, pp. 13-35; P. GARCIA ANDRADE, *The external dimension of the EU migration policy* in P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI (eds.) *Research Handbook on Eu Migration and Asylum Law,* Cheltenham, 2022, pp. 370 ss; M. GIUFFRÉ, *Obligation to readmit? The relationship between interstate and EU readmission agreements*, in IPPOLITO F., TREVISANUT S. (eds.), *Migration in the Mediterrean. Mechanisms of International Cooperation*, Cambridge, 2015, p. 263.

[20] CGUE, sentenza del 2 giugno 2005, *Commissione c. Lussemburgo*, C-266/03, EU:C:2005:341, par. 60 e CGUE, sentenza del 14 luglio 2005, *Commissione c. Germania*, C-433/03, EU:C:2005:462, par. 66.

Anche sotto questo profilo, dunque, non sembrano emergere elementi di contrasto con il diritto dell'Unione.

4. *Conclusioni*

Il contributo ha analizzato i principali profili dell'*Agreement on the Prevention of Dangerous Journeys*, con l'obiettivo, da un lato, di illustrarne gli aspetti tecnici e, dall'altro, di inserirlo nel più ampio contesto politico e giuridico, sia interno che europeo.

In conclusione, persistono dubbi sull'efficacia deterrente del Trattato, sollevati già prima della sua entrata in vigore[21] e confermati anche recentemente sulla base degli ultimi dati[22], in particolare in relazione ai numeri delle riammissioni ritenuti effettivamente esigui rispetto all'entità degli attraversamenti illegali della Manica. Ulteriori perplessità riguardano l'effettivo *appeal* delle domande volontarie di ingresso nel Regno Unito e la sostenibilità delle tempistiche imposte per le riammissioni, alla luce dei rallentamenti burocratici connessi alle verifiche preliminari[23].

Critiche particolarmente dure sono inoltre giunte da parte di alcune ONG, sollevando perplessità sul rispetto dei diritti dei richiedenti asilo e sulla possibilità di un esame adeguato delle domande[24].

Ciononostante, dal 6 agosto 2025 il sistema *one-for-one exchange* è entrato in funzione, dando avvio ai primi ingressi legali nel Regno Unito e soprattutto alle prime riammissioni verso la Francia[25]. Proprio in Francia, tra l'altro, alcune associazioni umanitarie avevano proposto un ricorso dinanzi al Consiglio di Stato, contestando la legittimità dell'Accordo e chiedendone pertanto l'annullamento. In particolare, i motivi di illegittimità concernevano *in primis* la mancata ratifica dell'accordo da parte dell'Assemblea nazionale e, secondariamente, la sua incompatibilità con diverse disposizioni costituzionali e con i vincoli assunti dalla Francia a livello internazionale. Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha rigettato il ricorso[26] delle associazioni stabilendo, per il primo quesito,

[21] M. Rosina, *How UK-France 'one in, one out' migration deal will work – and what the challenges could be*, in *The Conversation*, 11 luglio 2025.

[22] Infomigrants.net; Commons library (Parliament Uk); Bbc.

[23] S. Lenegan *What do we know about the UK-France agreement on asylum returns?*, in *Free Movement*, 7 agosto 2025.

[24] Statewatch.

[25] Così Gov.Uk e Bbc.

[26] Conseil d'État, Décision du 30 décembre 2025, n. 508947/508948, 30 dicembre 2025.

come l'Accordo non richiedesse una legge di ratifica ai sensi dell'articolo 53 della Costituzione francese perché non introduce norme diverse da quelle già previste dalla legislazione vigente sulla disciplina dell'ingresso degli stranieri in Francia. Ha escluso, inoltre, che l'Accordo vada ad inficiare l'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali, come il diritto alla vita familiare o all'asilo, intervenendo solo a regolare un obbligo di riammissione, e che le norme regolatrici l'ingresso degli stranieri in Francia non rientrano di per sé nell'esclusiva competenza del Legislatore in forza dell'art. 34 della Costituzione. In merito al secondo quesito, il *Conseil d'État* ha invece escluso la propria competenza a giudicare la costituzionalità dei trattati o la loro compatibilità con altri obblighi internazionali, respingendo quindi le argomentazioni dei ricorrenti.

Una posizione ben diversa, sebbene sul versante più strettamente dei diritti, è invece quella pervenuta dalla *Commission nationale consultative des droits de l'homme* attraverso una dichiarazione che ha denunciato nella sua interezza l'*Agreement*[27], chiedendone altresì il mancato rinnovo e formulando raccomandazioni al Governo francese affinché adotti misure adeguate a garantire il rispetto dei diritti dei migranti minacciati dalla sua attuazione.

Resta da vedere se e quali sviluppi seguiranno, tanto sul piano giuridico quanto su quello politico, e soprattutto se a giugno 2026 l'Accordo cesserà di essere efficace o verrà rinnovato assumendo una portata sempre più stabile.

.

[27] Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, Déclaration relative à l'accord franco-britannique visant à prévenir "les traversées périlleuses", Journal officiel de la république française, 19 ottobre 2025.

PARTE II:
TRATTENIMENTO, PROCEDURE DI ASILO E GARANZIE GIURISDIZIONALI

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA

I CENTRI PER IL RIMPATRIO IN ITALIA: CONDIZIONI DI TRATTENIMENTO E LACUNE NORMATIVE

Francesca Biondi Dal Monte*

SOMMARIO: 1. I rilievi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti. – 2. La detenzione amministrativa dei migranti in Italia e le lacune relative ai "modi" del trattenimento. – 3. Le osservazioni del Governo italiano e il nuovo Capitolato 2024 – 4. Rilievi conclusivi.

1. *I rilievi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti*

Il 13 dicembre 2024 il *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti* (CPT) del Consiglio d'Europa ha pubblicato un report[107] sulla visita svolta in Italia dal 2 al 12 aprile 2024 nei centri per il rimpatrio presenti a Milano, Gradisca, Potenza e Roma. Il report tocca diversi aspetti sia attinenti alla condizione dei migranti nei centri, sia relativi agli aspetti regolatori dei centri stessi, in relazione ai quali il Governo italiano ha risposto depositando specifiche osservazioni, che hanno riguardato anche il trattenimento dei migranti in Albania.

Nello specifico, vengono riportati alcuni casi di maltrattamenti fisici e di uso eccessivo della forza da parte del personale di polizia nei confronti di persone trattenute nei CPR visitati (§§ 15 ss.), si rilevano carenze nella fornitura del cibo (§ 33) e nei servizi di igiene disponibili (§ 35 ss.), così come nelle attività ricreative che dovrebbero essere disponibili nei centri, anche in considerazione del lungo periodo di attesa dei soggetti trattenuti.

Una particolare attenzione è dedicata alla salute (§§ 42 ss.), rispetto alla quale si sottolinea l'importanza della collaborazione tra CPR e ASL territorialmente competenti. Si suggerisce, infatti, una revisione dell'attuale sistema di

* Professoressa associata in Diritto Costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna.

[107] Il CPT è stato istituito nel quadro della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti con il compito di esaminare, per mezzo di sopralluoghi, il trattamento delle persone private di libertà allo scopo di rafforzare la loro protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 1). Il report è disponibile al seguente link: https://rm.coe.int/1680b2c7e7.

certificazione dell'idoneità alla vita in comunità, garantendo il coinvolgimento di medici con previa esperienza in materia e potenziando lo *screening* al momento dell'ammissione delle persone trattenute in un CPR (con la rilevazione ad esempio di possibili disturbi mentali, malattie acute e croniche, infezioni, dipendenze, lesioni, necessità di farmaci, nonché vulnerabilità e precedenti esperienze di trauma). Al tempo stesso, si segnala la somministrazione diffusa di psicofarmaci in alcuni centri e la necessità di adottare specifici protocolli clinici per la prevenzione del suicidio, con un incremento dei servizi di mediazione e di assistenza psicologica, e per la gestione degli scioperi della fame (§ 63).

Altre raccomandazioni riguardano la formazione degli agenti di custodia, anche grazie alla creazione di gruppi dedicati alla supervisione dei migranti trattenuti (§ 73); l'accesso effettivo a un avvocato prima della convalida del trattenimento (§ 80 ss.); la disponibilità di servizi di interpretariato da parte di professionisti (§§ 82 ss.); le modalità di contatto con il mondo esterno (§ 95); l'efficacia del meccanismo di reclamo (§ 97); il ruolo delle Prefetture competenti nell'attività di controllo della gestione dei CPR (§§ 99-110). Il CPT formula, inoltre, raccomandazioni sulla necessità di identificare le vulnerabilità delle persone trattenute nei CPR (§ 92).

Particolari criticità in merito alle condizioni dei migranti presenti nei centri per il rimpatrio erano state peraltro già rilevate dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato nel rapporto del dicembre 2017[108], ove in tema di assistenza sanitaria dei trattenuti – tra i vari ambiti indagati – venivano evidenziate difficoltà nei rapporti col medico, percepito come custode; frequenti episodi di autolesionismo; assunzione di psicofarmaci, senza adeguata assistenza psichiatrica, oltre a forti disuguaglianze nella gestione delle diverse strutture. Le condizioni inaccettabili di alcuni centri erano state rilevate anche dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale nel corso delle visite effettuate sul territorio (rapporto 2018 e rapporto 2019-2020[109]). Recenti inchieste confermano, inoltre, la difficile condizione dei migranti nei CPR: si registra un ricorso massiccio a psicofarmaci, affinché i migranti, "rinchiusi e sedati", limitino le proprie richieste. Secondo i dati raccolti da *Altreconomia*[110], l'uso dei

[108] Il rapporto è disponibile al seguente link: https://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/leg19/file/repository/commissioni/dirittiumaniXVII/01_Rapporto_Cie_Cpr_dicembre_2017.pdf.

[109] I rapporti sono disponibili al sito web https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

[110] L. RONDI, L. FIGONI, *Rinchiusi e sedati: l'abuso quotidiano di psicofarmaci nei Cpr*

medicinali arbitrario, eccessivo e non focalizzato sulla presa in carico rischia di compromettere significativamente la salute di migranti già vulnerabili. Molti enti gestori non garantiscono poi le attività promesse in sede di affidamento dei servizi e il monitoraggio da parte delle Prefetture non appare capillare[111].

I rilievi del CPT, alla luce del quadro sopra delineato, sollecitano, dunque, una nuova riflessione di ordine costituzionale sulla detenzione amministrativa in Italia, in considerazione delle lacune normative che continuano a caratterizzare i "modi" del trattenimento, tenendo conto, per un verso, di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 96/2025 e, per altro verso, della disciplina adottata nel quadro del nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo.

2. *La detenzione amministrativa dei migranti in Italia e le lacune relative ai "modi" del trattenimento*

La detenzione amministrativa dei migranti nei CPR è stata prevista sin dall'entrata in vigore del Testo unico in materia di immigrazione (D.lgs. n. 286/1998, T.U. Imm.) nei casi in cui non possa eseguirsi con immediatezza l'espulsione o il respingimento del migrante che si trovi irregolarmente sul territorio. La disciplina è stata oggetto di numerose modifiche, per quanto riguarda sia i tempi di permanenza nei suddetti centri (attualmente fino a 18 mesi), sia la dilatazione dei presupposti del trattenimento, con riferimento in particolare al rischio di fuga[112].

italiani, in *Altreconomia*, n. 258, aprile 2023, pp. 10 ss. Per un approfondimento si veda altresì L. FIGONI, L. RONDI, *Gorgo CPR*, Altreconomia, Milano, 2024.

[111] Si veda L RONDI, L. FIGONI, *Le prefetture non controllano i Cpr. Inchiesta su appalti e gestione*, in *Altreconomia*, n. 270, 1 maggio 2024. Sulle condizioni del CPR di Milano e l'ispezione della Guardia di Finanza del 2023, cfr. P. REGINA, *Il "Caso CPR" alla luce del diritto europeo*, in ADiM Blog, Analisi&Opinioni, Marzo 2024, che richiama numerosi rapporti tra cui quelli di ASGI, NAGA, CILD.

[112] Si veda l'art. 13, comma 4-bis, del T.U. Imm. che richiama, tra i vari, anche il mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità e la mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato. Per un'analisi della disciplina, cfr. E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, 2018; D. LOPRIENO, *«Trattenere e punire». La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018. Per un quadro del numero dei migranti trattenuti e dei tassi di espulsione, cfr. G. FABINI, *I numeri della detenzione amministrativa in Italia*, ADiM Blog, Editoriale, marzo 2024. Per un approfondimento,

La materia è stata poi disciplinata anche dall'Unione europea, con la direttiva 2008/115/CE, che prevede la possibilità per gli Stati membri di trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento e «salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive» (art. 15). Ai sensi di tale direttiva, inoltre, il trattenimento dovrebbe avere durata quanto più breve possibile ed essere mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento delle modalità di rimpatrio, fatte salve eventuali proroghe.

Il trattenimento dello straniero presso i centri per il rimpatrio, in quanto misura sicuramente incidente sulla libertà personale, non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione: con atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli *casi* e *modi* previsti dalla legge. Si tratta dunque di una riserva di giurisdizione e di una riserva assoluta di legge che non deve coprire soltanto i casi in cui il trattenimento è disposto, ma anche le modalità, le procedure e le garanzie del trattenimento stesso. Come chiarito anche dalla Corte costituzionale, si determina, infatti, «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (sent. n. 105/2001)[113].

Occorre inoltre rammentare che ogni forma di privazione delle libertà personale deve essere altresì conforme agli obblighi internazionali, tra cui l'art. 5 della Cedu, in base al quale ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza e, pertanto, «nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge». È quindi essenziale, come chiarito dalla Corte di Strasburgo, che «le condizioni di privazione della libertà in virtù del diritto interno siano definite chiaramente e che la legge stessa sia prevedibile nella sua applicazione, in modo da soddisfare il criterio di "legittimità" stabilito dalla Convenzione» (Corte Edu, Grande Camera, sent. 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, § 92)[114]. La Corte ha inoltre ribadito, proprio in alcuni casi

anche in chiave interdisciplinare, si vedano i contributo dello special issue a cura di A. CARMINATI, C. FERRARI AGGRADI, *La sofferenza dei reclusi senza colpa. Un'analisi giuridica e psicosociale dei Centri di Permanenza per i Rimpatri (CPR)*, *Biolaw Journal*, 2S/2025.

[113] In via generale sul tema, M. BENVENUTI, *Libertà personale*, in C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 398 ss.; M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, Giuffré.

[114] Per un commento alla decisione, cfr. M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3-4/2015.

riguardanti lo Stato italiano, la necessità che le condizioni di detenzione siano conformi anche all'art. 3 Cedu, il quale proibisce la tortura e i trattamenti o le pene inumane e degradanti, chiarendo oltretutto che, «visto il carattere assoluto dell'articolo 3, le difficoltà derivanti dall'aumento dell'afflusso di migranti e richiedenti asilo, in particolare per gli Stati che formano le frontiere esterne dell'Unione europea, non esonerano gli Stati membri del Consiglio d'Europa dai loro obblighi ai sensi di tale disposizione» (Corte Edu, sent. 30.3.2023, *J. A. e altri c. Italia*, § 65)[115].

Se questo è il quadro di riferimento, non sembrano tuttavia pienamente rispettate le garanzie di cui all'art. 13 Cost. In merito al controllo giurisdizionale, si prevede che il questore del luogo in cui si trova il centro deve trasmettere copia degli atti al giudice di pace per la convalida senza ritardo del trattenimento e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. Il giudice a sua volta deve provvedere alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificati i presupposti di cui agli artt. 13 e 14 T.U. Imm. Tali disposizioni chiariscono i "casi" in cui il trattenimento può disporsi ma non anche i "modi" dello stesso, ai quali la fonte primaria dedica solo alcune generiche previsioni. L'art. 14, comma 2, T.U. Imm. si limita, infatti, a prevedere che nel centro debbano essere assicurati adeguati standard igienico-sanitari e abitativi, con modalità tali da assicurare la necessaria informazione relativa al proprio status, l'assistenza e il pieno rispetto della dignità e deve altresì essere garantita la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno[116]. Il T.U. Imm. rinvia poi ad una fonte regolamentare (art. 21 d.P.R. n. 394/1999), la quale a sua volta dispone che «le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite, sono adottate dal prefetto, sentito il questore, in attuazione delle disposizioni recate nel decreto di costituzione del centro e delle direttive impartite dal Ministro dell'interno», tra cui da ultimo la direttiva del 19 maggio 2022[117]. Si

[115] Per un'analisi della giurisprudenza della Corte Edu, cfr. R. CHERCHI, *L'approccio hotspot e i diritti umani: le condanne dell'Italia nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo J.A. e altri c. Italia e nelle successive A.E. e altri c. Italia, A.B. c. Italia, A.S. c. Italia, W.A. e altri c. Italia, M.A. c. Italia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2024.

[116] Con l'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020, all'art. 14, comma 2-bis, T.U. Imm. si prevede altresì che lo straniero trattenuto possa rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, al Garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti delle persone private della libertà personale.

[117] In precedenza si veda il decreto del Ministero dell'Interno n. 12700 del 20 ottobre 2014, c.d. Regolamento Unico CIE.

tratta dunque di atti non legislativi, in chiara violazione della riserva di legge assoluta di cui all'art. 13, comma 2, Cost.[118]

Lo stesso report del CPT – citato in apertura – rileva il problema, laddove sottolinea le carenze della legislazione primaria in relazione agli standard minimi da assicurare nei centri (§ 28), che, sin dalla loro creazione nel 1998, pur avendo cambiato denominazione in più occasioni, hanno sempre seguito un medesimo approccio in termini di isolamento e marginalizzazione dei migranti ristretti.

D'altra parte, già il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale ha in più occasioni evidenziato come l'esiguo e labile quadro normativo non offra sufficienti tutele e garanzie per assicurare il pieno e assoluto rispetto della dignità della persona e rischi di lasciare ampi spazi di discrezionalità ai pubblici poteri e ai soggetti responsabili della loro gestione, in contrasto con il dettato costituzionale. Secondo l'Autorità, la mancanza di una legge organica che regoli la vita all'interno dei CPR e definisca le modalità del trattenimento favorisce, infatti, «trattamenti differenziati e non omogenei tra le varie strutture del territorio, nonché situazioni di informalità che rischiano di mettere a repentaglio i diritti fondamentali delle persone trattenute» (Rapporto sulle visite effettuate nei centri di permanenza per i rimpatri, 2019-2020, cit., pp. 4-5) . La detenzione amministrativa continua, dunque, a soffrire di «un importante deficit di complessiva legittimità nelle sue modalità di esplicazione» (*Relazione al Parlamento 2021,* p. 224)[119].

3. *Le osservazioni del Governo italiano e il nuovo Capitolato 2024*

Nell'ambito della procedura attivata dal CPT, il Governo italiano ha depositato articolate osservazioni[120], pubblicate sul sito del Consiglio d'Europa

[118] Sul punto si veda A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2014; L. MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in *Questione Giustizia*, 10.5.2022; A. CIERVO, *Limitazioni alla libertà personale e garanzia della riserva di giurisdizione nella recente giurisprudenza costituzionale: due precedenti importanti anche per il diritto dell'immigrazione?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2023, 256 ss.

[119] Sulla condizione dei centri e i numeri delle presenze si veda anche la Relazione al Parlamento 2023. Tutte le relazioni sono disponibili al seguente link https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

[120] Per il testo si veda https://rm.coe.int/1680b2c82d.

unitamente al report. Il documento, diviso in due parti, fornisce non solo una risposta ai rilievi mossi dal CPT, ma illustra anche lo stato di avanzamento del progetto del Governo italiano relativo alla costruzione di Centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Albania, oggetto di specifiche domande da parte del CPT.

Nello specifico, il Governo fornisce indicazioni sugli episodi di maltrattamenti rilevati, sugli sviluppi delle indagini penali avviate in merito alla presunta fornitura fittizia di attività nei CPR di Milano e Potenza, e sulle attività di monitoraggio del Ministero dell'Interno e dalle Prefetture competenti, incrementate nei mesi successivi ad aprile 2024. In relazione alle numerose raccomandazioni espresse dal CPT, il Governo informa preliminarmente della costituzione presso il Ministero dell'Interno, dal 15 febbraio 2024, di «un gruppo di lavoro incaricato della raccolta e dell'analisi di dati, documenti e segnalazioni fornite dalle Prefetture presenti sul territorio nazionale, nonché dell'effettuazione di periodiche visite di monitoraggio all'interno dei CPR», con l'obiettivo di esaminare le eventuali criticità che possano insorgere nell'ambito di qualsivoglia aspetto della vita quotidiana condotta dai migranti all'interno dei Centri.

Senza entrare nel merito delle singole risposte e degli interventi intrapresi anche a seguito dei rilievi del CPT, preme qui richiamare l'adozione nel 2024 di un nuovo Capitolato, approvato con D.M. del 4 marzo 2024 e modificato il 30 luglio 2024, che – secondo quanto chiarisce il Governo – determinerà «l'incremento del personale preposto alle attività assistenziali (in particolare psicologi, mediatori linguistico-culturali ed operatori sociali) e pertanto produrrà benefici sulla qualità dei servizi e sulla presa in carico delle situazioni di bisogni specifici». Il decreto ministeriale è corredato di numerosi allegati, in relazione alle varie tipologie di centro ove saranno accolti o trattenuti i migranti. I vari disciplinari e le specifiche tecniche ivi contenute risultano assai rilevanti al fine di comprendere quali servizi potranno essere effettivamente previsti e come saranno valutati ai fini degli affidamenti.

Si tratta tuttavia ancora una volta di atti amministrativi, non in linea con la riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.

Meritevoli di particolare attenzione sono anche le risposte inviate dal Governo italiano in merito alle lacune giuridiche connesse alla natura extra-territoriale dell'operazione in Albania. Tra i vari profili affrontati vi è la procedura di *screening* dei soggetti vulnerabili, svolta a bordo, nelle fasi immediatamente successive al loro soccorso o recupero, sì da evitare il loro trasferimento in Albania, ma priva di una disciplina legislativa. Nello specifico si evidenzia che, tramite apposite procedure operative, si è stabilito di effettuare lo *screening* a

bordo di una nave *hub* dal personale sanitario ivi presente, con l'ausilio di mediatori culturali e altre figure professionali[121]. Si precisa che anche l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) concorrerà nelle operazioni svolgendo attività di monitoraggio e counseling nelle varie fasi di attuazione del Protocollo, garantendo la presenza sulla nave hub, nonché nei centri albanesi di Shengjin e Gjader.

Vengono inoltre chiariti alcuni profili relativi alle condizioni dei migranti nei centri albanesi, considerando la generale privazione della libertà personale a cui saranno sottoposti tutti i migranti, inclusi i richiedenti asilo, che saranno condotti in Albania. Si richiama a tal proposito la legge di ratifica del Protocollo, n. 14/2024, con la quale sono stati espressamente disciplinati gli aspetti attinenti alla disciplina applicabile alle procedure da espletare nei siti in Albania. In particolare, viene precisato che il trattenimento sarà sempre sottoposto alla convalida dell'Autorità giudiziaria competente e che il periodo di permanenza dei migranti nel centro di trattenimento non potrà essere superiore al periodo massimo di trattenimento previsto dalla vigente normativa italiana. Per garantire la tutela e l'effettività dei diritti dei migranti, sarà consentito l'accesso alle strutture agli avvocati, ai loro ausiliari, nonché alle organizzazioni internazionali che prestano consulenza e assistenza ai richiedenti protezione internazionale. Si evidenzia anche la possibilità per i migranti di rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, all'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

4. *Rilievi conclusivi*

Il report del CPT sollecita una generale riflessione sulla normativa nazionale in tema di detenzione amministrativa dei migranti. Sebbene il Governo italiano, nel rispondere ai rilievi, abbia mostrato uno sforzo aggiuntivo nel potenziamento dei servizi di monitoraggio e controllo dei centri, i "modi" in cui il trattenimento si svolge continuano ad essere disciplinati da atti sub legislativi e sottratti a un adeguato sistema di monitoraggio, come confermano le rilevate difficoltà nel garantire i diritti dei soggetti trattenuti e una disciplina uniforme nei vari centri. La necessità di un intervento in materia è del resto confermata

[121] I migranti soccorsi in mare verranno trasportati sulla nave hub dalle unità operanti «con esclusione delle sole persone non eleggibili in senso assoluto», quali le persone di sesso femminile, i migranti visibilmente minori di età e non accompagnati, le persone affette da patologie, ecc. (Osservazioni, p. 2).

anche dai rilievi che, si è detto, negli anni ha formulato il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, nonché dalla grave condizione dei migranti nei centri nazionali, emersa in alcune inchieste giornalistiche.

Le lacune evidenziate circa i modi del trattenimento sono state confermate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 96/2025, con la quale sono state decise alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Giudice di Pace di Roma (ordinanze 209, 210, 211 e 212 del 17.10.2024, G.U. 20.11.2024, n. 47, I serie speciale). In particolare, a parere della Corte, la normativa primaria attualmente vigente è inidonea a definire, in modo sufficientemente preciso, quali siano i diritti delle persone trattenute. Infatti, rimettendo pressoché l'intera disciplina della materia a norme regolamentari e a provvedimenti amministrativi discrezionali «il legislatore è venuto meno all'obbligo positivo di disciplinare con legge i "modi" di limitazione della libertà personale, eludendo la funzione di garanzia che la riserva assoluta di legge svolge in relazione alla libertà personale nell'art. 13, secondo comma, Cost.». La Corte ritiene, tuttavia, che spetti al legislatore adottare una disciplina che assicuri un'adeguata base legale alle enunciate istanze, «tanto più urgente in considerazione della centralità della libertà personale nel disegno costituzionale», che includa anche l'individuazione dell'autorità competente al controllo di legalità dei «modi» di privazione della libertà personale. Si tratta dunque di una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, indice del difficile equilibrio tra sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa in materia[122].

La necessità di una disciplina legislativa dei modi del trattenimento risulta ancora più urgente in considerazione dell'ampliamento dei casi stessi del trattenimento non solo dei migranti in attesa di rimpatrio ma anche dei richiedenti asilo, durante lo svolgimento della procedura in frontiera[123]. Nel quadro del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, la nuova direttiva accoglienza 2024/1346 conferma la possibilità di trattenere un richiedente asilo, tra i vari casi, anche per decidere, nel contesto di una procedura di frontiera, sul diritto di entrare nel territorio. Inoltre, il regolamento sui rimpatri alla frontiera 2024/1349 prevede la possibilità di continuare a trattenere o sottoporre a

[122] Per un commento alla decisione sia consentito rinviare a F. BIONDI DAL MONTE, *La detenzione amministrativa vìola la riserva di legge (ma spetta al legislatore rimediare)*, in *Quad. cost.*, 3/2025, 711 ss. Sugli interrogativi ancora aperti, cfr. A. CIERVO, *La quarantanovesima ora. Sulla recente giurisprudenza costituzionale in materia di trattenimento amministrativo degli stranieri*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2025, 236 ss.

[123] Cfr. art. 6 e, con riferimento specifico alle procedure di frontiera, art. 6-bis d.lgs. n. 142/2015.

trattenimento il cittadino di paese terzo o l'apolide la cui domanda è stata respinta nell'ambito della procedura di asilo alla frontiera. Il trattenimento deve avere una durata quanto più breve possibile ed essere mantenuto soltanto finché sussiste una prospettiva ragionevole di allontanamento, mentre si provvede all'espletamento delle relative modalità.

È molto probabile, dunque, che gli Stati membri si dotino di nuovi luoghi di trattenimento, anche in frontiera, non solo finalizzati al rimpatrio dei cittadini ma anche a prevenire, secondo una *fictio iuris*, l'ingresso dei richiedenti asilo sul territorio nazionale nelle more del riconoscimento dello *status*. La dilatazione dei casi del trattenimento – a prescindere dalla denominazione dei vari centri e dallo *status* dei soggetti coinvolti – impone una ancor più attenta disciplina legislativa dei "modi" del trattenimento, tanto più che in tutti questi casi la limitazione della libertà personale non consegue alla commissione di alcun reato, bensì allo svolgimento di mere procedure amministrative.

.

IL VERO VOLTO DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA TRA NATURA AFFLITTIVA E GARANZIE COSTITUZIONALI. NOTE SULLA RECENTE SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 96/2025

Filomena Pisconti*

SOMMARIO: 1. La recente sentenza costituzionale n. 96/2025: un passo ulteriore nel riconoscimento della natura coercitiva del trattenimento. – 2. Il nucleo centrale della pronuncia della Corte: il *vulnus* alle garanzie dell'art. 13 Cost. – 3. Riflessioni critiche – 4. Le ricadute applicative.

1. *La recente sentenza costituzionale n. 96/2025: un passo ulteriore nel riconoscimento della natura coercitiva del trattenimento*

Con la decisione n. 96 del 2025[1] la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale[2] sollevata dal Giudice di Pace di Roma[3], in relazione all'art. 14 co. 2 TUI, per presunto contrasto con gli artt. 13, comma 2, 117, co. 1, 3, in combinato disposto con gli artt. 2, 10 co. 2, 24, 25, co. 1, 32 e 111 co. 1 Cost.

La Corte, pur scegliendo la via dell'inammissibilità, ha compiuto un passo significativo, affermando *espressis verbis* che il trattenimento nei CPR costituisce una forma di privazione della libertà personale, soggetta alle garanzie dell'art. 13 Cost. Si tratta di un approdo che prosegue la linea inaugurata nel 2001, con la quale si riconobbe la legittimità del trattenimento solo a condizione che fosse strettamente vincolato alla legge, temporalmente limitato e sottoposto a controllo giurisdizionale effettivo e tempestivo.

Nella sentenza n. 105 del 23 marzo 2001[4], in realtà, la questione che aveva

* RtdA in diritto penale, Università degli Studi di Bari "A. Moro".

[1] Il testo è disponibile su https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2025/07/pronuncia_96_2025.pdf.

[2] Il testo è disponibile su https://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2024-11-20&atto.codiceRedazionale=24C00251.

[3] Cfr. ordinanze del 17 ottobre 2024, iscritte ai nn. 209, 210, 211 e 212 del registro ordinanze 2024 del Giudice di pace di Roma, Sezione stranieri.

[4] Il testo è disponibile su https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2001/105.

occupato la Corte riguardava il tema della convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e le disposizioni degli artt. 13 (commi 4, 5, 6) e 14 (commi 4 e 5) d.lgs. TUI. Nell'occasione, incidentalmente la Corte fu chiamata a valutare la compatibilità costituzionale del trattenimento e affermò che l'istituto integra una forma di privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 13 Cost.

Successivamente, e in senso più innovativo, non pochi autori[5] hanno invece ritenuto che, al di là dell'etichetta amministrativa, la carica punitiva insita nella particolare gravità della compressione della libertà individuale riconduca il trattenimento al concetto di materia penale. Ancora, si ribadisce la pertinenza della misura all'area della "materia penale", con conseguente applicabilità delle garanzie penalistiche anche oltre a quelle già implicate dall'applicabilità dell'art. 13 Cost.[6] Questo è confermato anche dal fatto che il trattenimento è funzionale alla tutela di un interesse – quello «al controllo delle frontiere e dei flussi migratori» – al contempo costituente il bene giuridico protetto da più d'uno fra i reati propri dello straniero irregolare[7].

Secondo tale impostazione, il trattenimento ha, dunque, una duplice finalità: preventiva, in quanto volto ad impedire agli stranieri irregolari di entrare sul territorio nazionale e, soprattutto, repressiva, in quanto reazione sanzionatoria a una mera irregolarità e non a un reato.

Le Corti, sia nazionali che sovranazionali, non hanno mai *expressis verbis* riconosciuto la natura penale della detenzione del migrante. Nello stesso senso, sia la CEDU (art. 5) sia il diritto dell'Unione Europea – in particolare la direttiva rimpatri 2008/115/CE – qualificano il trattenimento dello straniero come misura amministrativa e non penale.

L'art. 5 CEDU, infatti, distingue chiaramente la detenzione penale (art. 5, §1, lett. a: esecuzione di una condanna) dalla detenzione amministrativa per stranieri (art. 5, §1, lett. f: detenzione «per impedire l'ingresso irregolare» o «in vista dell'espulsione o estradizione»).

In coerenza, la Direttiva Rimpatri considera il trattenimento come misura

[5] In tal senso cfr. A. PUGIOTTO, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi",* in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2014; A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale,* n. 4/2022; A. DELLA BELLA, "*Trattenimento",* in *Sistema penale*, 7 giugno 2023.

[6] L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale,* Torino, 2018, p. 224 ss.

[7] L. BERNARDINI, *Il trattenimento degli stranieri sotto la lente del processualpenalista. Una misura sanzionatoria di natura penale?,* in G. DEL TURCO, C. MILANO, M. SAVINO, M. TUOZZO, D. VITIELLO (a cura di), *Annuario ADiM 2022. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione,* Napoli, 2023, p. 516 ss.

meramente strumentale all'esecuzione dell'allontanamento, non come sanzione, men che meno penale. L'art. 2, par. 2, lett. b), infatti, consente agli Stati membri di non applicare la direttiva a persone trattenute in vista di rimpatrio come sanzione penale. Inoltre, gli artt. 15 e 16 fissano la regola per cui il trattenimento deve essere ultima *ratio*, disposto solo se non è possibile garantire diversamente l'esecuzione del rimpatrio.

I criteri Engel, elaborati dalla Corte EDU[8] e applicabili in via alternativa, consentono di concludere nel senso della natura penale di misure formalmente amministrative che si caratterizzano per la gravità della privazione imposta o per la loro finalità repressiva e deterrente. Tuttavia, la Corte EDU, pur consapevole che la gravità della privazione della libertà potrebbe di per sé attrarre il trattenimento degli stranieri nell'area penale, ha scelto un approccio funzionale, affermando solo che trattasi di misura strumentale all'amministrazione del fenomeno migratorio e perciò rientrante nell'applicazione dell'art. 5 §1(f) CEDU[9].

Ne deriva una forma di ibridazione normativa che colloca il trattenimento in una zona grigia dell'ordinamento, nella quale il potere pubblico incide sulla libertà individuale senza essere pienamente assoggettato alle garanzie proprie né del diritto penale né, in senso pieno, del diritto amministrativo.

In questo contesto, il ruolo dell'autorità amministrativa – titolare di un ampio margine discrezionale – e la debolezza del controllo giurisdizionale accentuano il rischio di una compressione della libertà personale non adeguatamente giustificata né proporzionata, ponendo seri interrogativi sulla tenuta dei principi fondamentali dello Stato di diritto.

2. *Il nucleo centrale della pronuncia della Corte: il* vulnus *alle garanzie dell'art. 13 Cost.*

Il nucleo problematico della disciplina sui CPR risiede nel mancato rispetto delle garanzie costituzionali applicate al trattenimento, con particolare riguardo alla riserva di legge.

La riserva di legge, sancita dall'art. 13, co. 2, Cost., esige una disciplina

[8] Il testo è disponibile su https://hudoc.echr.coe.int/#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57479%22%5D%7D.

[9] Cfr., sul punto Corte Edu, sentenza del 29 gennaio 2008, *Saadi v. Regno Unito*, ric. n. 13229/03; Corte Edu, sentenza del 19 febbraio 2009, *A. e altri c. Regno Unito,* ric. n. 3455/05 e altri; Corte Edu, sentenza 15 dicembre 20116, *Khlaifia e altri c. Italia,* ric. n. 16483/12.

normativa dettagliata che indichi i casi e modi della restrizione della libertà[10]. Il TUI, invece, non definisce con sufficiente specificità diritti e doveri dei trattenuti, tempi e modalità della privazione.

La Corte ha avuto modo di sottolineare come l'unica disposizione dedicata alle modalità del trattenimento sia contenuta nel comma 2 dell'art. 14, d.lgs. TUI, troppo scarna e indeterminata, dal punto di vista delle prescrizioni, rinviando a fonti secondarie per la disciplina dei "modi" della detenzione amministrativa, quali il Regolamento per l'organizzazione e la gestione dei centri (il d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394), il decreto del Ministero dell'Interno n. 12700/2014 e la direttiva del Ministero dell'Interno del 19 maggio 2022, recante i criteri per la loro organizzazione. La Corte, pertanto, ha rilevato come tale quadro normativo risulti scarnamente determinato, con conseguente violazione del principio di legalità sostanziale.

Con riferimento ai casi del trattenimento, il rischio di questa indeterminatezza è che l'autorità di pubblica sicurezza si veda riconosciuto un ampio potere discrezionale in assenza, appunto, di una specifica individuazione dei casi delineati dalla legge che, come affermato in dottrina[11], oltre che poco tassativi, rischiano di essere anche «potenzialmente idonei a legittimare l'applicazione della detenzione amministrativa rispetto a una grande moltitudine di individui, [e ciò] rende assai arduo, per il giudice di pace chiamato alla convalida, discostarsi dal provvedimento applicativo emesso dal questore».

Il parallelismo con le REMS, infine, era ovvio: la Corte nel 2022[12] aveva chiarito che la legge deve contenere almeno il nucleo essenziale dei "modi" della restrizione della libertà personale, valendo ciò sia per le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza e per altri contesti nei quali si attua una restrizione della libertà personale di natura non penale; è evidente l'analogia

[10] Sulle crepe della disciplina cfr. A. CIERVO, G. SANTORO, *CPR e Costituzione: manca una legge sui modi del trattenimento*, in *Questione giustizia*, 1 ottobre 2024; L. MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in *Questione Giustizia*, 10 maggio 2022; E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero,* in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI (a cura di), *I migranti sui sentieri del diritto*, Torino, II ed., 2021, p. 199 ss. Ancor prima, A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, *in Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2014, p. 17 ss.

[11] E. VALENTINI, *Riflessioni sparse sui presupposti applicativi del trattenimento "in uscita",* in G. DEL TURCO, C. MILANO, M. SAVINO, M. TUOZZO, D. VITIELLO (a cura di), *Annuario ADiM 2022. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione,* Napoli, 2023, p. 496 ss.

[12] Cfr. Corte Cost., sentenza 27 gennaio 2022, n. 22. Il testo è disponibile su https://giurcost.org/decisioni/2022/0022s-22.html?titolo=Sentenza%20n.%2022.

rintracciabile rispetto ai CPR, entrambe misure restrittive che condividono «l'*eadem ratio*»[13]. Diversamente dalle REMS, l'art. 14, comma 1.1 TUI richiede, tuttavia, che il trattenimento sia applicato con priorità anche ai soggetti effettivamente rimpatriabili, ossia a coloro che possono essere allontanati verso paesi terzi con i quali vigono accordi di riammissione. Il trattenimento, così, riflette la propria natura cautelare, poiché può riguardare anche individui non necessariamente pericolosi.

3. *Riflessioni critiche*

Complessivamente, l'atteggiamento della Consulta appare di *self-restraint*: pur riconoscendo che la disciplina è inidonea a soddisfare la riserva di legge in materia di libertà personale, si astiene dal pronunciare l'incostituzionalità, affidandosi all'intervento futuro del legislatore. Una simile soluzione determinerebbe infatti un vero e proprio "corto circuito" del sistema, in quanto la normativa di fonte secondaria continua a far parte dell'ordinamento e, fino a quando non venga espunta con una pronuncia della Corte costituzionale, essa resta vincolante e deve essere applicata dal giudice comune.

La Corte, per il momento, ha acceso il faro, mostrando le crepe nella diga, ma non può ripararla: ora spetta al legislatore intervenire per evitare che la falla diventi una voragine.

La tentazione di qualificare in termini penalistici il trattenimento, come la dottrina già menzionata prospetta, nasce proprio dal medesimo vuoto di garanzie che la Consulta ha evidenziato.

Se la misura fosse ricondotta nell'alveo del diritto penale, troverebbero applicazione le garanzie della riserva di legge e quelle proprie della materia penale (art. 25, co. 2, Cost. e 7 CEDU), con conseguente necessità di una disciplina dettagliata e tassativa. Tuttavia, una simile soluzione rischierebbe di snaturare il trattenimento, che non persegue finalità sanzionatorie ma esclusivamente di esecuzione dell'espulsione.

La Corte costituzionale, non a caso, ha escluso la possibilità di applicare direttamente le regole dell'ordinamento penitenziario, sottolineando l'estraneità del trattenimento a qualsiasi logica afflittivo-punitiva, proprio in linea con la sua natura amministrativa, dichiarando l'intento di rafforzare il quadro

[13] Cfr. M. BENVENUTI, *Il trattenimento degli stranieri nei Centri di permanenza per i rimpatri e la c.d. direttiva Lamorgese. Problemi vecchi e prospettive nuove per i provvedimenti di convalida dei giudici di pace,* in *Questione giustizia*, 13 febbraio 2023.

normativo con una legge dettagliata che rispetti appieno l'art. 13 Cost. I CPR non sono carceri, e l'ordinamento penitenziario non si applica. Ma proprio per questo serve una disciplina specifica e dettagliata: per evitare che, in assenza di regole chiare, i CPR diventino "penitenziari di fatto", senza le garanzie del penale né quelle di un vero regime amministrativo.

4. *Le ricadute applicative*

A seguito della pronuncia, il problema applicativo è legato, tuttavia, alla scelta della Corte costituzionale di non dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 co. 2 TUI, «non rinvenendosi nell'ordinamento una soluzione adeguata a colmare la riscontrata lacuna mediante l'espansione di differenti regimi legislativi»[14].

Infatti, benché abbia ritenuto la normativa del tutto inidonea a definire, in modo sufficientemente preciso, quali siano i diritti delle persone trattenute, la Corte ha dichiarato la questione inammissibile, affermando di non disporre degli strumenti per rimediare al vuoto legislativo evidenziato sui «modi» del trattenimento dello straniero presso il CPR.

L'operatore giuridico, dunque, si trova oggi di fronte a un'alternativa difficile: da un lato applicare una disciplina che la Corte costituzionale ha qualificato come carente sotto il profilo delle garanzie costituzionali, poiché rimette a fonti sub-primarie la regolazione dei modi concreti del trattenimento; dall'altro lato, disapplicare direttamente la normativa, valorizzando il principio di legalità in materia di libertà personale dell'art. 13 Cost., nonché i parametri convenzionali dell'art. 5 CEDU[15].

Alcune fra le prime decisioni giudiziarie seguite alla decisione costituzionale hanno optato per la strada della disapplicazione. La Corte d'Appello di Cagliari[16] ha negato la proroga del trattenimento di un richiedente asilo presso il CPR di Macomer, affermando che «in assenza di quella determinazione dei "modi" della detenzione, non "ancora" disciplinati dal legislatore con fonte primaria, non può che riespandersi il diritto alla libertà personale». Nello

[14] Corte Cost., sentenza del 9 giugno 2025, n. 96, «*considerato in diritto*» n. 11.

[15] Sulle ricadute applicative, cfr., anche, C. TACCONI, *La detenzione amministrativa nei centri per il rimpatrio (Cpr): un'illegittima privazione della libertà personale*, in *Sistema penale*, 20 agosto 2025.

[16] Corte App. di Cagliari, Sez. Sassari Imm., ord. N.R.G. 290/2025, 4 luglio 2025. Il testo è disponibile su https://www.questionegiustizia.it/data/doc/4217/cda-cagliari-5-luglio-2025-oscurata.pdf.

stesso senso, anche la Corte d'Appello di Genova[17] ha rigettato una richiesta di convalida del trattenimento di un richiedente asilo, richiamando proprio la sentenza n. 96/2025.

In questa situazione di incertezza, è intervenuto l'Ufficio del Massimario della Cassazione con la Relazione n. 65/2025[18], che ha escluso che le Corti d'appello possano disapplicare le norme sui trattenimenti, paventando il rischio di un "controllo diffuso di costituzionalità" e quindi di un corto circuito del sistema.

Di fronte a una "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" dalla Consulta[19], ove i giudici investiti dell'istanza di convalida sollevassero nuovamente, e "su larga scala", la questione di legittimità costituzionale, ne deriverebbero la paralisi di tutti i giudizi e «inevitabili conseguenze sulla condizione della persona del cui trattenimento si discute».

La Consulta ha sì affermato la "inadeguatezza" della normativa primaria rispetto ai requisiti dell'art. 13, ma non ha parlato di una totale assenza della disciplina: e, allora, continua la Relazione, «sembra coerente concludere che esiste una disciplina di carattere primario della materia dei trattenimenti, sia pure inadeguata e non satisfattiva della riserva di legge assoluta rinforzata fissata dall'art. 13 Cost.».

Da un lato, dunque, la Consulta ha accertato l'insufficienza della disciplina legislativa; dall'altro, l'Ufficio del Massimario ne ribadisce l'applicabilità, impedendo soluzioni immediate di tutela attraverso la disapplicazione.

Ne deriva una pronuncia "monito", che sposta il baricentro della tutela sul legislatore e, nell'immediato, sui giudici comuni. In tal senso, la decisione produce un effetto paradossale: pur affermando il necessario rispetto delle garanzie costituzionali, lascia irrisolta la loro concreta attuazione, alimentando

[17] Cfr. Corte App. di Genova, Sez. III, Decr. N.R.G. 651/2025, 11 luglio 2025.

[18] Il testo è disponibile su https://i2.res.24o.it/pdf2010/S24/Documenti/2025/07/19/AllegatiPDF/Rel0652025.pdf.

[19] Sulle ragioni della visione conservativa della Corte cfr. A. NATALE, *I CPR e la Costituzione. Il rischio di una impasse. Il rischio di zone franche,* in *Questione giustizia*, 7 luglio 2025. Sul punto si veda anche F. PALLANTE, *L'incerta tutela della legalità costituzionale nel caso degli stranieri irregolari,* in *Questione giustizia,* 25 luglio 2025: «[è] fin troppo facile ricordare, a contrario, il ricorrere nella giurisprudenza costituzionale di moniti dai toni assai più incisivi, se non di sentenze contenenti l'assegnazione di un termine al legislatore entro cui intervenire, pena, allo scadere, l'immediata dichiarazione d'incostituzionalità della normativa viziata. A maggior ragione l'inanità della reazione della Corte costituzionale nel caso in parola costituisce, dunque, un precedente pericoloso, poiché potenzialmente suscettibile di minare alla radice la funzione di garanzia democratica della riserva di legge, trasformandola da strumento di garanzia dei diritti a strumento di abuso del legislatore contro i diritti medesimi».

un'incertezza applicativa destinata a riflettersi direttamente sulla libertà personale dei soggetti trattenuti.

Le soluzioni astrattamente prospettabili per i giudici sono le seguenti: convalidare il trattenimento, applicando norme costituzionalmente fragili ma non espunte dall'ordinamento e perciò vigenti, oppure promuovere un nuovo incidente di costituzionalità dinanzi alla Consulta, con conseguente decorso dei termini per la convalida[20]. L'ipotesi della mancata convalida per disapplicazione della normativa controversa, data la violazione dell'art. 13 comma 2 Cost. in relazione ai modi del trattenimento, pur praticata finora in alcune occasioni, è stata, invece, esclusa dal Massimario[21].

A parziale compensazione, infine, il Massimario ha affermato che può trovare applicazione il rimedio cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., nonché il criterio del risarcimento da fatto illecito *ex* art. 2043 c.c. per le violazioni dei diritti fondamentali subite dai trattenuti, qualora i danneggiati provino di aver ricevuto una lesione "in concreto" dei propri diritti.

Sino a quando il legislatore non interverrà, la disciplina dei trattenimenti nei CPR continuerà a gravare su un terreno fragile, affidando ai giudici il compito di conciliare l'applicazione di norme ancora vigenti con l'esigenza di tutelare la riserva di legge assoluta prevista dall'art. 13 Cost. In assenza di un intervento legislativo chiarificatore, la prassi giudiziaria rischia così di oscillare tra opzioni interpretative e applicative diametralmente opposte fra loro.

.

[20] Cfr., sul punto, A. RUGGIERI, *Tornando a ragionare su Corte Cost., n. 96 del 2025, in applicazione della tecnica narrativa di Sliding doors*, in *Giustizia Insieme*, 21 luglio 2025.

[21] Cfr. G. SAVIO, *Incostituzionalità accertata e non dichiarata: che fare? Note a margine della sentenza n. 96/2025 della Corte costituzionale,* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2025, «[p]eraltro, ad avviso di chi scrive, detta prospettazione sarebbe difficilmente applicabile in concreto: invero, non si comprende come potrebbe non convalidarsi il decreto amministrativo che dispone il trattenimento, disapplicando una norma regolamentare – l'art. 21, d.p.r. 394/99 – che non è affatto richiamata dal provvedimento che lo dispone. Si tratterebbe, in definitiva, di riproporre la stessa questione di legittimità costituzionale (come peraltro suggerito da Andrea Natale in una prospettiva totalmente differente dalla disapplicazione), ovvero di disapplicare *tout court* l'art. 14 TUI, la cui illegittimità, però, è stata accertata solo parzialmente».

SUI "MODI" DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA IL CONSIGLIO DI STATO AMMONISCE L'AMMINISTRAZIONE

Serena Stacca*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda processuale. – 3. La conformazione della discrezionalità al principio personalista. – 3.1. La necessità di un'istruttoria oggettivamente completa. – 3.2. La necessità di un'istruttoria soggettivamente completa. – Nota finale. Prendere sul serio l'esternalizzazione.

1. *Premessa*

La pronuncia della Terza sezione del Consiglio di Stato sui "modi" della detenzione amministrativa nei Centri di permanenza per i rimpatri (CPR)[1] è importante per due motivi. Innanzitutto, perché conferma l'urgenza di un intervento legislativo che soddisfi appieno il principio di legalità sostanziale *ex* art. 13 Cost., in coerenza con la natura afflittiva della misura amministrativa. Inoltre, perché ricorda al Ministero dell'Interno – protagonista della materia insieme ai soggetti privati gestori dei Centri – il ruolo di primo piano che pure a normativa vigente è chiamato a svolgere per la cura dei diritti delle persone trattenute.

Questo avviene nella consapevolezza del giudice di muoversi in un contesto accidentato, segnato da un lato dall'assenza di una disciplina primaria e dall'altro lato dal rilievo assunto dall'«illegittimità affermata ma non dichiarata» delle modalità di trattenimento da parte della Corte costituzionale[2],

* Professoressa associata di diritto amministrativo, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

[1] Cons. St., sez. III, sentenza del 7 ottobre 2025, n. 7839. I passaggi delle pagine successive riportati "in fatto" o "in diritto" appartengono a questa decisione.

[2] Corte Cost., sentenza del 9 luglio 2025, n. 96.

A ciò si aggiungano i problemi applicativi della pronuncia di incostituzionalità non espressamente dichiarata. Per quanto sia da escludersi la disapplicazione delle norme sui trattenimenti per accertato contrasto con l'art. 13, Cost., giacché è precluso un controllo diffuso di costituzionalità, i giudici della convalida si trovano comunque a dover scegliere tra «convalidare il trattenimento, applicando norme costituzionalmente fragili ma non invalidate e perciò vigenti, oppure promuovere un nuovo incidente di costituzionalità dinanzi alla Consulta, con conseguente decorso dei termini per la convalida» (F. PISCONTI, *Il vero volto della detenzione amministrativa tra natura afflittiva e garanzie costituzionali. Note sulla recente sentenza della Corte*

nonché dall'ampia risonanza che il tema ha acquisito nel dibattito istituzionale[3] e scientifico[4] oltre che nella società civile.

Descritta brevemente la vicenda processuale, si porterà l'attenzione sui passaggi motivazionali della pronuncia che individuano i limiti alla discrezionalità amministrativa, mettendoli in relazione con i vizi riscontrati nello schema di capitolato impugnato. Ne emergerà una concezione dell'azione amministrativa strutturalmente orientata alla tutela dei diritti fondamentali e, in ultima analisi, al servizio della Costituzione.

2. *La vicenda processuale*

Il Consiglio di Stato si è pronunciato su un ricorso presentato dall'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (Asgi) e da Cittadinanzattiva Aps. La sentenza di primo grado impugnata aveva ritenuto infondata la richiesta di annullamento del decreto del Ministro dell'Interno del 4 marzo 2024[5], con il quale si approvava lo schema di capitolato d'appalto per la fornitura di beni e servizi relativi alla gestione e al funzionamento (anche) dei Centri di permanenza per i rimpatri. Secondo il TAR Lazio, le «scelte operate dall'amministrazione» inerenti all'assistenza sanitaria e al personale medico-sanitario, confluite nel provvedimento impugnato, non solo risultavano «in linea con la Costituzione, con la normativa primaria, con quella secondaria (nello specifico

costituzionale n. 96/2025, in *ADiM Blog*, settembre 2025. Sul punto, cfr., inoltre A. NATALE, *I CPR e la Costituzione. Il rischio di una impasse. Il rischio di zone franche*, in *Questione Giustizia*, 2025 e C. TACCONI, *La detenzione amministrativa nei Centri per il rimpatrio (CPR): un'illegittima privazione della libertà personale,* in *Sistema Penale*, 2025).

[3] Sull'interessamento di diverse istituzioni pubbliche verso la misura amministrativa si rinvia all'analisi condotta da F. BIONDI DAL MONTE, *I centri per il rimpatrio in Italia: condizioni di trattenimento e lacune normative*, in *ADiM Blog*, gennaio 2025.

[4] Il dibattito sui Centri di permanenza per i rimpatri risale ai tempi della loro istituzione e riguarda sia la legittimità dell'istituto in sé e per sé considerato sia la legittimità delle modalità di detenzione. Si veda, tra altri, A. DI MARTINO, *La disciplina dei CIE è incostituzionale. Un pamphlet*, in *Dir. pen. cont.*, 2012; L. MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286_98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei modi del trattenimento nei CPR. Spunti di riflessione alla luce della recente sentenza della Corte costituzionale sulle REMS*, in *Questione Giustizia*, 2022; R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei c.p.r. secondo il decreto-legge 124/2023, o di come valorizzare le* worst practices, in *ADiM Blog*, novembre 2023.

[5] Il testo è consultabile su https://prefettura.interno.gov.it/it/prefetture/firenze/comunicazioni/dm-04032024-concernente-gestione-dei-centri-governativi-accoglienza-i-richiedenti-protezione-internazionale.

con quanto previsto dalla Direttiva del Ministero dell'interno del 19 maggio 2022[6]) e quella sovranazionale»; ma soprattutto dovevano essere considerate «frutto della ampia discrezionalità che compete al Ministero resistente (non essendovi alcuna norma né tantomeno sentenze dei giudici sovranazionali che impongano in modo specifico le misure da adottare senza lasciare margini di discrezionalità)»[7].

Il Consiglio di Stato ha ribaltato la decisione del giudice di prime cure, accogliendo il ricorso delle associazioni. Dopo un esame del quadro normativo[8], considerato insufficiente e inadeguato sulla scorta delle conclusioni raggiunte dalla Consulta[9], il collegio giudicante ha innanzitutto tenuto a puntualizzare che le «censure delle appellanti […] devono essere esaminate con riferimento a possibili contrasti del capitolato con la normativa di riferimento, con la direttiva ministeriale del 2022 o per ciò che riguarda le modalità di esercizio della discrezionalità negli spazi lasciati liberi dalla normativa e dalla direttiva ministeriale»[10].

Così, le disposizioni del capitolato impugnate dalle associazioni, in quanto ritenute del tutto «inidonee a tutelare le persone con vulnerabilità psichiatrica o sottoposte a trattamento farmacologico, anche con riferimento alla necessità di contenere atti di autolesionismo e rischio suicidario»[11], vengono censurate per «alcune difformità» rispetto alla direttiva ministeriale del 2022, recante criteri per l'organizzazione dei centri di permanenza per i rimpatri.

Il giudice ha nella specie riscontrato le stesse discrasie denunciate dalle appellanti tra lo schema di capitolato e gli artt. 3 e 4 della direttiva[12], basandosi

[6] Il testo è consultabile su https://prefettura.interno.gov.it/sites/default/files/5/2024-10/2022.05.19_direttiva_regolamento_cpr.pdf.

[7] Tar Lazio, sez. I *ter*, sentenza del 29 ottobre 2024, n. 19012, punto 11.4, in dir.

[8] Non interessa in questa sede affrontare il tema della legittimazione a ricorrere e dell'interesse a ricorrere degli enti associativi per la tutela degli interessi diffusi, nella specie del diritto alla salute delle persone straniere e degli apolidi, che pure occupa una parte della decisione (punto 1, in dir.). Risolto dal Consiglio di Stato facendo rinvio alle conclusioni dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2020, il tema è controverso nella misura in cui l'operazione giurisprudenziale conduce a una alterazione della natura soggettiva del processo amministrativo e alla trasformazione degli interessi diffusi in interessi differenziati, al fine di renderli giuridicamente rilevanti e pertanto tutelabili. Cfr., in proposito, G. MANNUCCI, *Legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientaliste*, in *Federalismi*, n. 13, 2023.

[9] Nella pronuncia del 9 luglio 2025, n. 96, cit.

[10] Punto 5, in dir.

[11] Punto 3, in dir.

[12] Rubricati rispettivamente: «Accertamento delle condizioni di salute e assistenza medica» e «Servizi all'interno del Centro».

anche sul raffronto con quanto stigmatizzato dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale nella lettera redatta il 26 aprile 2023 e inviata al Ministro dell'Interno l'11 giugno 2024, introdotta in giudizio e su cui il Ministero non aveva preso specificamente posizione.

Il collegio concorda quindi con la necessità che il capitolato preveda una nuova valutazione dell'azienda sanitaria locale per i casi di incompatibilità del soggetto con la vita nella comunità di trattenimento; il rilascio allo straniero di una copia della propria scheda sanitaria; l'inserimento delle relazioni socio-sanitarie nei fascicoli dei richiedenti asilo ai fini del riconoscimento della protezione internazionale; la registrazione di eventuali atti di autolesionismo e di tentato suicidio.

Infine, l'organo di appello ha riconosciuto il grave difetto di istruttoria nella predisposizione dello schema di capitolato, in particolare per il mancato coinvolgimento del Ministero della Salute e del Garante nazionale delle persone private della libertà personale. L'esigenza, oltre a trovare una base legale nel d.lgs. 142/2015 in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, è resa – secondo il collegio – «ancor più ineludibile a causa della lacuna nella normativa primaria» sui "modi" della detenzione.

Il Consiglio di Stato ha, quindi, annullato il decreto del Ministro dell'Interno del 4 marzo 2024 per mancato rispetto della direttiva ministeriale e per difetto istruttorio, non senza prima invitare l'amministrazione a condurre «un attento esame della situazione fattuale nei Centri, affinché la riformulazione delle disposizioni impugnate del capitolato possa tener conto di ogni elemento rilevante, nella prospettiva di garantire livelli di assistenza socio-sanitaria in linea con le previsioni costituzionali e sovranazionali»[13]. In questa logica – conclude il giudice amministrativo – non vi sono ostacoli a considerare come riferimento «gli istituti che caratterizzano la sanità penitenziaria […] quando permettono di innalzare gli standard dell'assistenza sanitaria e psicologica»[14].

3. *La conformazione della discrezionalità al principio personalista*

3.1. *La necessità di un'istruttoria oggettivamente completa*

L'invito a effettuare «un attento esame della situazione fattuale» serve a restituire il vero volto dell'amministrazione nella definizione delle modalità del trattenimento nei Centri di permanenza per i rimpatri: con esso si delineano i

[13] Punto 6.1, in dir.
[14] Punto 6.2, in dir.

limiti e le modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa, valorizzandone la proiezione verso i principi personalisti dell'ordinamento.

In un contesto in cui le norme «che impong[o]no in modo specifico le misure da adottare» mancano oppure sono troppo generiche, la c.d. «ampia discrezionalità»[15] del Ministero dell'Interno (*i.e.* delle prefetture) dovrebbe segnatamente costringerlo (costringerle) a svolgere una completa e complessa ponderazione comparativa di interessi, che richiede a sua volta di essere contestualizzata all'interno di un'ampia analisi fattuale.

Nell'argomentazione del giudice, in questa operazione ricoprono un ruolo significativo tanto i *report* relativi ai singoli Centri di trattenimento, quanto i documenti redatti sia dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale sia dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattenimenti o pene inumani o degradanti[16].

L'interesse alla salute, alla dignità e integrità psico-fisica della persona, allora, è sì uno dei profili di comparazione, ma resta pur sempre l'interesse primario che racchiude un nucleo incomprimibile del quale l'amministrazione deve farsi carico.

Inoltre, nello stesso ordine di idee può leggersi l'altro suggerimento che il giudice d'appello rivolge in conclusione all'autorità pubblica: nell'esame valutativo, «il raffronto con quanto avviene nelle strutture carcerarie [potrebbe] essere un utile elemento per valutare la sufficienza della tutela garantita ai soggetti trattenuti, ferma restando la possibilità di tener conto delle peculiarità dei CPR, adottando soluzioni *ad hoc* ragionevoli e motivate»[17].

Non rileva che la finalità detentiva delle prime differisca da quella dei secondi e che la Corte costituzionale (sent. n. 96 del 2025, cit.) abbia escluso l'estendibilità a questi ultimi delle norme dell'ordinamento penitenziario per evitare di attribuire alla permanenza nei Centri una connotazione sanzionatorio-punitiva. Piuttosto, per il giudice amministrativo sembra pesare di più la circostanza che «la stessa Corte [abbia] più volte affermato che il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e assistenza comporta una situazione di "assoggettamento fisico all'altrui potere"» e che tale «condizione costituisce un "indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale" (sentt. nn. 212 del 2023, 127 del 2022 e 105 del 2001)»[18].

[15] Tar Lazio, sez. I *ter*, sentenza del 29 ottobre 2024, n. 19012, punto 11.4 in dir., cit.

[16] In proposito si v. l'approfondita analisi condotta da F. Biondi Dal Monte, *I centri per il rimpatrio in Italia: condizioni di trattenimento e lacune normative*, in *ADiM Blog,* gennaio 2025.

[17] Punto 6.2, in dir.

[18] Corte cost., sentenza del 9 luglio 2025, n. 96, cit., punto 9, cons. in dir.

In definitiva, l'insufficienza e l'inadeguatezza della normativa primaria e secondaria vigente non dovrebbero finire «con il creare zone franche, sottratte alla precettività del testo costituzionale»[19]; al contrario, nell'impostazione del collegio qui adottata, proprio quelle insufficienze e inadeguatezze imporrebbero all'amministrazione un esercizio del potere discrezionale molto accurato, che tenga conto «di ogni elemento rilevante, nella prospettiva di garantire livelli di assistenza socio-sanitaria in linea con le previsioni costituzionali e sovranazionali»[20].

3.2. *La necessità di un'istruttoria soggettivamente completa*

Dalla lettura della sentenza emerge un ulteriore passaggio che si può collocare nella medesima logica: quella di ricordare all'amministrazione di avere un ruolo centrale nella cura dei diritti delle persone trattenute nei Centri.

Il passaggio attiene al riscontrato difetto di istruttoria da un punto di vista soggettivo. Anche qui, il Consiglio di Stato è molto chiaro: in «un contesto delicato come quello della gestione dei CPR, è essenziale non solo che l'Amministrazione procedente abbia una conoscenza profonda della realtà nella quale va ad incidere l'azione amministrativa, ma anche che la stessa si avvalga del supporto di tutte le Amministrazioni che dispongono di competenze relative alla materia affrontata»[21].

Per il giudice amministrativo si tratta, in sostanza, di una «intuitiva esigenza di principio»[22] che – di nuovo – chiama in causa il corretto esercizio del potere discrezionale specie in un ambito tanto "difficile".

Allo stesso tempo, si tratta di una esigenza confortata dalle norme. Viene in particolare richiamato l'art. 12, comma 2, del d.lgs. n. 142/2015 (attuativo della direttiva sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale), in base al quale nella predisposizione dello schema di capitolato devono essere acquisite le valutazioni del *Tavolo di coordinamento nazionale* istituito presso il Ministero dell'Interno. L'organismo individua le linee di indirizzo e la programmazione degli interventi volti a ottimizzare il sistema di accoglienza, mentre la sua composizione e le sue modalità operative cambiano a seconda delle

[19] L'espressione è di A. NATALE, *I CPR e la Costituzione. Il rischio di una impasse. Il rischio di zone franche*, cit.

[20] Punto 6, in dir. Cfr. in dottrina sulla rilevanza del diritto alla salute costituzionalmente tutelato M. FALCONE, *Brevi note sulla tutela della salute nei C.P.R. a margine della ADiM – IntoMe Migration Conference 2024*, in *ADiM Blog*, agosto 2024.

[21] Punto 6, in dir.

[22] Punto 6, in dir.

materie trattate, con rappresentanti di diverse amministrazioni. Così, il Consiglio di Stato è indotto a ritenere che, «nel caso dell'approvazione del capitolato oggetto del […] giudizio, sia necessario che ad apportare il proprio contributo conoscitivo siano […] il Ministero della Salute e il Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale»[23].

La necessità di effettuare un'istruttoria completa anche sotto il profilo dei soggetti da coinvolgere è per il giudice imprescindibile in ragione altresì della lacuna nella normativa primaria. Si aggiunge infatti che «il *vulnus* alla riserva di legge imposta dall'art. 13 Cost. deve essere, almeno in parte, colmato dalla partecipazione dei soggetti istituzionalmente deputati alla tutela della salute e, in generale, alla tutela dei soggetti in condizione di detenzione»[24].

Il passaggio evidenzia con chiarezza l'indispensabilità di un intervento del legislatore in materia di detenzione amministrativa, sulla scia dell'illegittimità affermata dalla Corte costituzionale. Al contempo – almeno così si è sostenuto in dottrina – sembra chiamare in gioco «una dinamica» assai nota (e assai discussa) nel diritto amministrativo, «che è già stata percorsa nel settore delle autorità amministrative indipendenti, dove viene infatti valorizzata la legalità procedimentale alla luce della dequotazione della legalità sostanziale». A fronte cioè del «mancato rispetto della riserva (assoluta) di legge nel fissare le garanzie a tutela della libertà personale», quindi «del principio di legalità sostanziale nel precisare le modalità e i limiti dell'esercizio del potere amministrativo, il giudice amministrativo pone l'accento sulla partecipazione rafforzata»[25].

Non sembra si possa ragionare di interscambiabilità o fungibilità tra garanzie (ma semmai di loro necessaria cumulabilità). In ogni caso, in questa sede è sufficiente sottolineare l'obiettivo sotteso al preventivo confronto con più soggetti istituzionali: consentire di individuare misure (sia pure di rango secondario) in linea con le garanzie di tutela della salute psico-fisica delle persone.

4. *Nota finale. Prendere sul serio l'esternalizzazione*

I contenuti della sentenza si rifletteranno sul nuovo schema di capitolato. Se l'effetto immediato dell'annullamento del decreto ministeriale consiste

[23] Punto 6, in dir.

[24] Punto 6.1, in dir.

[25] Così L. GROSSI, *L'esternalizzazione della gestione dei centri di permanenza per il rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali. Nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 7 ottobre 2025, n. 7839*, in *Eurojus.it rivista*, novembre 2025.

nella «perdita di efficacia della base legale su cui si fondano gli affidamenti della gestione dei CPR a favore di soggetti privati per quel che riguarda i servizi [di] assistenza sanitaria»[26], i conseguenti effetti conformativi impongono alle prefetture di riformulare i bandi di gara e, con ogni probabilità, di procedere all'adeguamento dei contratti di appalto in corso.

Tra le righe può allora leggersi un altro importante monito rivolto all'amministrazione. Dietro alle riscontrate inadeguatezze dell'atto impugnato in ordine ai livelli minimi di tutela del diritto alla salute e di prevenzione del rischio suicidario per le persone trattenute nei Centri si cela anche l'insufficiente controllo esercitato dall'amministrazione sulle attività esternalizzate. Nella misura in cui manca «una regola vincolante che fornisca uno standard unitario di gestione per i privati aggiudicatari»[27] si finisce infatti per delegare a questi ultimi (e alle loro logiche) la definizione di quegli standard, con il rischio di un abbassamento della qualità dei servizi.

Fermo restando che «i gestori dei Centri devono rispettare quanto previsto dalla direttiva ministeriale, anche qualora le relative disposizioni non siano esplicitamente richiamate nel capitolato di gara»[28], in discussione è la responsabilità in capo all'amministrazione circa i contenuti e le modalità di erogazione dell'attività affidata.

Gli adempimenti che derivano dalla decisione del Consiglio di Stato sembrano pertanto costituire l'occasione per recuperare questa responsabilità e, con essa, il «senso "pubblico" del servizio»[29]. Tanto più in considerazione della natura indisponibile determinata dalla Carta costituzionale dei diritti finali che il servizio è chiamato a garantire (*i.e.* salute e dignità umana).

In conclusione, a prescindere dall'intervento legislativo sulla disciplina dei

[26] G. SANTORO, *Il Consiglio di Stato annulla parzialmente lo schema capitolato CPR per carenze relative alla tutela della salute e della prevenzione del rischio suicidario*, in *Questione giustizia*, novembre 2025, il quale si interroga altresì sugli effetti indiretti di questa decisione. In particolare, si chiede se «nei singoli giudizi di convalida, proroga o riesame del trattenimento, gli stranieri possano e debbano essere immediatamente liberati perché sia la Corte costituzionale che il Consiglio di Stato hanno oramai certificato in maniera univoca che non esistono norme e schemi di capitolato relativi ai servizi minimi che assicurino il diritto alla salute. Sul piano giudiziario, dunque, la decisione potrà essere utilizzata nei procedimenti di cui sopra per eccepire che le condizioni (ontologicamente disumane) di detenzione nei CPR sono strutturalmente inadeguate e dunque non conformi ai principi di legalità, dignità personale e tutela della salute».

[27] Punto 3, in fatto.

[28] Punto 5.1, in dir.

[29] Per riprendere l'efficace espressione di A. PIOGGIA, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2017, p. 1.

Centri di trattenimento, peraltro necessario, si tratta di ricondurre l'azione amministrativa alla funzione che nel nostro ordinamento le è propria.

H.D.G. C. SERBIA: LA CORTE EDU RITORNA SUL TRATTENIMENTO NELLE ZONE DI TRANSITO AEROPORTUALI

Francesca Rondine*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti in causa. – 3. La decisione della Corte EDU. – 4. Le zone di transito aeroportuali nella giurisprudenza della Corte EDU e nel contesto serbo. – 5. Osservazioni conclusive: il diritto all'informazione nelle zone di transito.

1. *Introduzione*

Il 7 ottobre 2025 la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU d'ora in avanti), si è pronunciata sul ricorso proposto da un cittadino iraniano avverso il suo trattenimento nei locali della zona di transito dell'aeroporto di Belgrado. Il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 5 CEDU, con riguardo: al par.1, poiché la detenzione non aveva una base legale nell'ordinamento serbo e avveniva in maniera arbitraria; al par. 2, in ragione del fatto che lo stesso non aveva ricevuto informazioni sufficienti e chiare circa le ragioni della misura; al par. 4, poiché il ricorrente non aveva potuto contestare la legalità del trattenimento; e, infine, al par. 5, con specifico riferimento al c.d. diritto alla riparazione.

La decisione della Corte si inserisce in una giurisprudenza consolidata circa il trattenimento presso le zone di transito degli aeroporti, e ne ribadisce i profili essenziali. Il commento si propone di approfondire proprio tali profili, inerenti alla differenza tra privazione della libertà personale e limitazione della libertà di movimento, che, presso le zone di transito, sarebbe contraddistinta per un essere di peculiare "grado e intensità". Inoltre, esso tenta di evidenziare alcuni aspetti critici dell'argomentazione della Corte rispetto alle garanzie applicabili al trattenimento presso le zone di transito.

2. *I fatti in causa*

Le vicende del caso *H.D.G. c. Serbia* riguardano la situazione di un

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale presso l'Università di Napoli l'Orientale.

cittadino iraniano, giunto all'aeroporto di Belgrado il 31 ottobre 2016 su un volo proveniente da Istanbul. Al controllo di frontiera, le autorità serbe gli negavano l'ingresso sul territorio nazionale, in ragione del fatto che il ricorrente tentava di usare un passaporto israeliano contraffatto.

Le autorità serbe disponevano pertanto il suo respingimento immediato verso la Turchia, che sarebbe dovuto avvenire con il primo volo disponibile. Il ricorrente rifiutava, tuttavia, di imbarcarsi sul volo di ritorno e, in conseguenza di tale rifiuto, veniva trattenuto nella zona di transito dell'aeroporto di Belgrado, nei locali destinati alle persone non autorizzate a entrare nel territorio serbo, in attesa dell'esecuzione del respingimento. Durante la permanenza nella zona di transito, il ricorrente rimaneva confinato in una stanza priva di letto, di adeguati servizi igienici e di riscaldamento; egli si trovava costantemente chiuso a chiave e sottoposto alla sorveglianza continua delle autorità di polizia di frontiera.

In base alla normativa serba vigente all'epoca dei fatti, il trattenimento di una persona nella zona di transito aeroportuale non era qualificato come privazione della libertà personale e non richiedeva, pertanto, l'adozione di un provvedimento formale di detenzione o di espulsione. Per tale ragione, nei confronti del ricorrente non veniva emessa alcuna decisione amministrativa o giudiziaria circa il suo trattenimento, né era indicata una durata massima della permanenza nella zona di transito.

Il ricorrente rimaneva in tali condizioni per un periodo complessivo di ventisei giorni, dal 31 ottobre al 25 novembre 2016. In quest'ultima data, le autorità di polizia emettevano un ordine di detenzione nei suoi confronti, nell'ambito di un procedimento penale avviato per l'uso di un documento di viaggio falsificato. A seguito di tale ordine, il ricorrente veniva trasferito in una cella della Direzione della polizia di frontiera, dove restava per quarantotto ore. Trascorso tale periodo, le autorità lo trasferivano in un centro per richiedenti asilo.

Successivamente, il 27 dicembre 2016, il Belgrade Centre for Human Rights presentava, per conto del ricorrente, un ricorso alla Corte costituzionale serba, lamentando la violazione del diritto alla libertà personale in relazione alla permanenza forzata nella zona di transito dell'aeroporto. In particolare, il ricorso contestava l'assenza di una base legale formale per il trattenimento, la mancanza di un controllo giurisdizionale e l'impossibilità di contestare la legittimità della misura.

Con decisione del 21 maggio 2019, la Corte costituzionale respingeva il ricorso, ritenendo che la permanenza del ricorrente nella zona di transito non avesse integrato una privazione della libertà personale ai sensi del diritto

interno serbo. Esauriti i rimedi interni, il ricorrente adiva la Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando violazioni dell'articolo 5 della Convenzione in relazione alle modalità e alla durata del trattenimento subito presso l'aeroporto di Belgrado. Il ricorrente lamentava, nello specifico, una violazione dell'art. 5, §§ 1, 2, 4 e 5 della CEDU.

3. *La decisione della Corte EDU*

La Corte di Strasburgo affronta, in primo luogo, la questione dell'applicabilità dell'art. 5 alla situazione concreta. Pur riconoscendo che le autorità statali dispongono del potere di sottoporre a controlli le persone alla frontiera aeroportuale e di decidere sull'ammissione nel territorio, la Corte osserva che la permanenza del ricorrente nella zona di transito si era protratta per un periodo particolarmente lungo, pari a ventisei giorni, e si era svolta sotto la sorveglianza costante delle autorità di frontiera, in condizioni materiali tali da incidere in modo significativo sulla sua libertà di movimento. Alla luce di tali elementi, la Corte conclude che la situazione del ricorrente integra una privazione della libertà personale *de facto* e ritiene, dunque, applicabile l'art. 5 della Convenzione.

Passando all'esame del merito, la Corte accerta anzitutto una violazione dell'art. 5 § 1 CEDU. Essa rileva che il Governo serbo non avesse indicato alcuna disposizione che disciplinasse il trattenimento nella zona di transito aeroportuale, applicabile alle circostanze del caso di specie. In particolare, la Corte constata l'assenza di una base legale idonea ad autorizzare la privazione della libertà, a definire le condizioni, le modalità di esecuzione e la durata massima. Una simile situazione risulta incompatibile con il requisito di legalità previsto dall'articolo 5 § 1, che esige non solo l'esistenza di una base normativa, ma anche che essa sia accessibile, prevedibile e sufficientemente precisa da proteggere l'individuo contro l'arbitrarietà[1].

Sul punto, la sua decisione si contrappone a quella della Corte costituzionale serba, che, invece, aveva espressamente escluso che la permanenza presso la zona di transito del ricorrente costituisse una privazione della libertà, con la conseguenza che tale misura non dovesse essere accompagnata da alcuna decisione formale né da garanzie procedurali.

[1] Si vedano anche Corte Edu, sentenza del 5 luglio 2021 *R.R. et al c. Ungheria*, ric. n. 36037/17 e Corte Edu (Grande Camera) sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. c. Russia*, ric. no. 61411/15, 61420/15, 61427/15 and 3028/16.

La Corte esamina in seguito la doglianza relativa all'articolo 5 § 4 CEDU. In proposito, essa osserva che il ricorrente non avesse potuto beneficiare di alcun rimedio effettivo per contestare il suo trattenimento nella zona di transito, in ragione del fatto che la misura avveniva *de facto*, in assenza di una decisione giudiziaria o amministrativa in merito. Alla luce di queste considerazioni, la Corte conclude che la mancanza di qualsiasi possibilità di controllo giurisdizionale rapido e tempestivo ha comportato una violazione dell'articolo 5 § 4 della Convenzione.

Con riferimento all'art. 5 § 5 CEDU, la Corte osserva che, poiché il diritto interno non riconosce la permanenza in zona di transito come una forma di detenzione, il ricorrente non ha potuto beneficiare di alcun diritto azionabile al risarcimento per la privazione della libertà subita. Ne consegue che, una volta accertata la violazione dell'articolo 5 § 1, l'assenza di un diritto al risarcimento determina automaticamente anche la violazione dell'articolo 5 § 5.

Infine, la Corte dichiara manifestamente infondata la doglianza relativa all'articolo 5 § 2 CEDU. Secondo il ricorrente, le autorità serbe si sarebbero rivolte a lui in inglese, lingua della quale non possiede una sufficiente conoscenza, rendendogli difficile comprendere le ragioni del trattenimento. La Corte, però, ritiene che, nelle circostanze del caso, il ricorrente fosse consapevole delle ragioni che hanno condotto al suo trattenimento, legate al tentativo di ingresso con un documento di viaggio falsificato e al conseguente rifiuto di imbarcarsi sul volo di ritorno. Pertanto, essa esclude una violazione di tale disposizione.

4. *Le zone di transito aeroportuali nella giurisprudenza della Corte EDU e nel contesto serbo*

Con la sentenza in commento, a più di trent'anni dal caso *Amuur c. Francia*[2], la Corte si esprime nuovamente sul trattenimento nelle zone di transito degli aeroporti[3]. La decisione si inserisce in un solco ormai consolidato riguardo al trattenimento presso le zone di transito. Invero, la Corte stessa fa riferimento alla sua giurisprudenza, in particolare al caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*[4].

[2] Corte Edu, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. no. 19776/92.

[3] Sul tema, si consenta il rinvio a F. RONDINE, *La condizione giuridica dello straniero nelle zone di transito aeroportuali*, Editoriale Scientifica, 2025.

[4] Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*,

In questo caso, la Corte ha confermato che i parametri utili a distinguere una privazione della libertà personale da una "mera" restrizione della libertà di movimento sono i seguenti: il regime giuridico applicabile a livello statale; la situazione individuale dei ricorrenti e le loro scelte; la durata della misura alla luce del suo scopo e delle tutele offerte; infine, il grado di restrizione incombente sul ricorrente (§ 217). Nella stessa decisione, la Corte ha anche sottolineato l'intrinseca differenza tra la situazione di una persona ristretta presso zone di transito di un aeroporto da quella di chi lo è presso zone di transito terrestre. All'interno delle prime, la possibilità di sottrarsi al regime detentivo è illusoria, in ragione degli adempimenti più onerosi relativi all'effettivo allontanamento dello straniero[5]. Nel caso di specie, dunque, la permanenza prolungata presso la zona di transito, unita alla sorveglianza costante da parte delle autorità e al grado di restrizione cui il ricorrente è stato sottoposto, conducono la Corte a riconoscere agevolmente la sussistenza di una privazione della libertà personale.

Diversamente da altri casi[6], in questo non rileva, per la Corte, il fatto che il ricorrente abbia rifiutato l'imbarco verso la Turchia e, così, di sottrarsi al confinamento, lasciando il territorio della Serbia. È probabile che l'irrilevanza di tale elemento sia legata al fatto che il ricorrente era un richiedente asilo: in tali casi, infatti, l'abbandono della zona di transito equivarrebbe alla rinuncia all'esercizio di un diritto fondamentale, quale quello di ottenere l'asilo[7].

Preme, inoltre, inserire le vicende del caso in un contesto più ampio che riguarda una prassi costante e generalizzata della Serbia riguardo alla permanenza degli stranieri presso le zone di transito degli aeroporti e, più in generale, del sistema di asilo serbo. Risalgono al 2017, infatti, le osservazioni dello Special Rapporteur dell'Onu sulle condizioni della zona di transito dell'aeroporto di Belgrado[8].

ric. n. 47287/15. Si rinvia a F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2020 e L. BERNARDINI, *Che cos'è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2021.

[5] Aia consentito di rinviare a F. RONDINE, *Quante pareti ha una prigione? Il trattenimento nelle zone di transito (ungheresi) nuovamente al vaglio della Corte EDU*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, luglio 2024.

[6] *Ex pluribus*, Corte Edu, sentenza del 24 settembre 1992, *Kolompar c. Belgio*, ric. n. 11613/85; Corte Edu, sentenza del 24 gennaio 2008, *Riad e Idiab c. Belgio*, ric. n. 29787/03 e 29810/03.

[7] Si veda, sul rapporto tra diritto di asilo e diritto alla libertà nelle zone di transito, G. CORNELISSE, Immigration Detention and Human Rights. Rethinking national sov Rethinking Territorial Sovereignty, Leiden, 2010.

[8] Consiglio dei Diritti Umani delle NU, Visit to Serbia and Kosovo. Report of the Special

Avendo avuto pieno accesso alla zona e avendo intervistato circa sette persone all'epoca ivi trattenute, il relatore speciale elaborava rilievi simili a quelli emersi nel caso in commento. Tra le altre cose, il relatore osservava che le condizioni materiali del locale risultavano inadeguate a fini detentivi, in particolare per l'assenza di letti e di riscaldamento, le pessime condizioni igienico-sanitarie e l'illuminazione artificiale costante. I soggetti intervistati riferivano inoltre di non avere avuto la possibilità di contattare un avvocato o la propria rappresentanza diplomatica, né di aver avuto accesso a un interprete. Secondo quanto riportato, le autorità di frontiera non informavano le persone respinte della possibilità di chiedere asilo e non svolgevano una valutazione individuale dei rischi connessi al rimpatrio, nonostante alcuni individui avessero manifestato la volontà di chiedere asilo. Il Relatore speciale osservava inoltre che le decisioni di rifiuto di ingresso e di allontanamento non erano adeguatamente motivate e non apparivano soggette a un controllo giurisdizionale. Pur riconoscendo il diritto sovrano dello Stato a controllare l'immigrazione, il Relatore esprimeva serie preoccupazioni circa il rischio di arbitrarietà insito in decisioni adottate senza adeguate garanzie procedurali, che in taluni casi possono condurre a violazioni del principio di *non-refoulement* e del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti[9].

5. *Osservazioni conclusive: il diritto all'informazione nelle zone di transito*

A fronte di una prassi così descritta, si ritiene di poter esprimere alcune riserve riguardo alla decisione della Corte di non rilevare una violazione dell'art. 5 § 2 CEDU rispetto alla situazione del ricorrente, specialmente alla luce del vuoto normativo entro il quale avveniva la misura *de facto*.

La Corte ritiene infatti sufficiente, ai fini del rispetto della disposizione, la consapevolezza del ricorrente di aver tentato l'ingresso con documenti falsificati, in luogo della comunicazione formale, in una lingua comprensibile al ricorrente, delle ragioni giuridiche della privazione della libertà. Si ritiene, però, che un simile approccio rischi di svuotare di contenuto il diritto all'informazione sancito dall'articolo 5 § 2 CEDU, soprattutto nei contesti di frontiera, nei quali i richiedenti protezione arrivano sovente privi di documenti di riconoscimento o muniti di documenti contraffatti, e in cui la qualificazione

Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 25 gennaio 2019, A/HRC/40/59/Add.1.

[9] Ibid, p. 8, par. 47.

giuridica della misura risulta frequentemente ambigua e di fatto sottratta alle garanzie previste dall'art. 5[10].

Si evidenzia, a questo riguardo, che agli stranieri "ristretti" presso le zone di transito, specialmente quelle degli aeroporti, è di frequente preclusa la possibilità di entrare in contatto col mondo esterno, con un familiare o con un assistente legale[11]. In tali contesti, il diritto a essere informati e a comprendere le ragioni del trattenimento è fondamentale per consentire allo straniero di acquisire contezza delle ragioni specifiche della misura restrittiva cui è sottoposto. I rilievi sopra riportati riguardo alle zone di transito serbe sono ascrivibili, similmente, alla situazione che caratterizza le zone di transito aeroportuali italiane3.

Anche le autorità italiane hanno inizialmente negato il carattere detentivo della permanenza dello straniero in attesa di respingimento presso le zone di transito aeroportuali[12]. Ad affermarne tale qualificazione sono intervenuti dapprima il Rapporto del CPT, che le ha annoverate tra le "*prison-like facilities*", e, successivamente, quello del Garante nazionale, che ha evidenziato sia la carenza di una chiara disciplina normativa riguardo al trattenimento, sia le inadeguate condizioni materiali dei locali degli aeroporti (in quel caso, a Malpensa)[13]. Risale, inoltre, al 2023 la decisione del TAR Lazio, che ha assimilato le zone di transito aeroportuali ai CPR, avendo qualificato le prime come aree entro le quali si realizza il trattenimento degli stranieri sottoposti a

[10] Si veda, G. CAMPESI, *Regulating mobility through detention: Understanding the new geography of control and containment at the Southern European border*, in Theoretical Criminology, n. 4/2024, pp. 554-576.

[11] Si veda, ad esempio, il caso Corte Edu, sentenza del 30 agosto 2022, *Thiam c. Italia*, ric. n. 21329/16. Sia consentito rinviare a F. RONDINE, *Thiam c. l'Italie: il trattenimento presso le zone di transito aeroportuali italiane tra prassi illegittime e vuoti di tutela*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, novembre 2022.

[12] Si veda, ad esempio, la Risposta Governo italiano alle osservazioni di ASGI, disponibile al seguente link: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/01/Risposta-frontiere-respingimento.pdf.

[13] Si considerino il Rapporto del CPT (CPT, Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017, Strasburgo, 10 aprile 2018, CPT/Inf (2018) 13) che le ha annoverate tra le "*prison-like facilities*", e, successivamente, quello del Garante nazionale, che ha evidenziato sia la carenza di una chiara disciplina normativa riguardo al trattenimento, sia le inadeguate condizioni materiali dei locali degli aeroporti (Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della loro libertà personale, Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio-febbraio 2019), 27 giugno 2019.

respingimento immediato[14]. Come evidenziato dallo stesso Garante nel suo rapporto, anche nelle zone di transito aeroportuali italiane il diritto degli stranieri sottoposti a respingimento c.d. "immediato" a ricevere adeguate informazioni circa le ragioni del trattenimento, e più in generale rispetto alla loro posizione giuridica, è gravemente compromesso, a causa precisamente dell'assenza di una base legale, e dunque di una disciplina, della misura nell'ordinamento italiano[15].

La sentenza *H.D.G. c. Serbia* conferma, dunque, l'approccio sostanzialista della Corte EDU al trattenimento nelle zone di transito aeroportuali, riaffermando la natura potenzialmente detentiva del trattenimento presso le zone di transito aeroportuali. Essa solleva, tuttavia, alcuni interrogativi sull'effettività del diritto all'informazione nei contesti di frontiera, destinati ad assumere crescente centralità nel diritto europeo della migrazione.

[14] TAR Lazio, sentenza n. 3392 del 28 febbraio 2023.

[15] Garante nazionale, cit., p. 5.

GIURISDIZIONE E COMPETENZA IN TRANSITO NEL PROCEDIMENTO DI CONVALIDA DEL TRATTENIMENTO

Alessia Bastianelli*

SOMMARIO: 1. Le nuove disposizioni processuali del "decreto flussi". – 2. L'individuazione della Corte di appello competente. – 3. L'impatto della nuova competenza sul carico di lavoro delle corti d'appello. – 4. La specializzazione dei giudici della Corte di appello. – 5. Il ricorso in Cassazione: la giurisdizione della Sezione penale e i tre motivi di ricorso. – 6. Misura contingente o avvio di una riforma strutturale?

1. *Le nuove disposizioni processuali del "decreto flussi"*

L'11 ottobre 2024 è stato adottato il d.l. 145 (c.d. decreto flussi), convertito ad opera della l. 9 dicembre 2024 n. 187[1]. La novità, con riguardo alla procedura accelerata e di frontiera, risiede nell'art. 16[2] del d.l. (in vigore dal 10 gennaio) che introduce un nuovo articolo *5-bis* al d.l. n. 13 del 2017, rubricato "Competenza della Corte d'appello".

La nuova norma affida alle ventisei corti di appello presenti sul territorio nazionale la competenza per materia nelle seguenti ipotesi: *i)* il trattenimento (o la proroga del trattenimento) del richiedente che costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, che presenti domanda reiterata in fase di esecuzione del provvedimento di allontanamento o di cui occorra verificare l'identità o la cittadinanza (ex art. 6, del d.lgs. 142 del 2015); *ii)* il trattenimento del richiedente durante lo svolgimento della procedura in frontiera di cui all'art. 28-*bis* d.lgs. n. 25 del 2008 (*ex* art. 6-bis del d.lgs. 142 del 2015); *iii)* il trattenimento dello straniero sottoposto alla procedura di Dublino ove

*Dottoranda di ricerca in Diritto processuale civile, Università della Tuscia.

[1] Per le prime considerazioni sulla nuova l. v. R. FRASCA, *Considerazioni sulle questioni poste dalla disciplina della legge n. 187 del 2024 in tema di c.d. trattenimento del cittadino straniero*, in *Judicium*, 29 gennaio 2025.

[2] L'*iter* parlamentare della I Commissione Permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni) che ha portato l'adozione della versione definitiva dell'art. 16 del d.l. n. 145/2024, come modificato dalla l. n. 187/2024 è consultabile al link https://documenti.camera.it/leg19/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2024/11/20/leg.19.bol0407.data20241120.com01.pdf

sussista un notevole rischio di fuga (*ex* art. 6-bis del d.lgs. 142 del 2015); *iv)* il trattenimento (o proroga del trattenimento) del migrante rintracciato in occasione di attraversamento irregolare della frontiera o a seguito di salvataggio in mare che rifiuti di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici (*ex* art. 10-*ter*, comma 3, quarto periodo, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). In sintesi, si tratta di tutti i casi in cui il migrante è trattenuto a vario titolo e il giudice ordinario è chiamato a convalidare i provvedimenti adottati dal questore[3].

Il nuovo art. 16 attribuisce la competenza alle corti di appello "*di cui all'articolo 5, comma 2, della legge 22 aprile 2005, n. 69*[4]*, nel cui distretto ha sede il questore che ha adottato il provvedimento oggetto di convalida"*, e il comma 2 del nuovo articolo 5-*bis* precisa che la Corte d'appello competente per materia e territorio deve giudicare in composizione monocratica.

Gli artt. 18 e 18-*bis*, poi, modificano l'articolo 14, comma 6, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (t.u.imm.), prevedendo che contro i decreti di convalida e di proroga del trattenimento è proponibile ricorso per Cassazione entro cinque giorni dalla comunicazione, solo per i motivi di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1 dell'art. 606 c.p.p. e che per tale ricorso si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 22 comma 5-*bis*, secondo e quarto periodo, della legge 22 aprile 2005, n. 69.

Al fine di valutare l'impatto della riforma, di seguito, si esaminano i nuovi criteri per l'individuazione del giudice competente nella materia dei trattenimenti. Ci si sofferma, in particolare, sull'impatto che la nuova competenza avrà sul carico di lavoro delle corti di appello e sulle misure formative che dovranno essere approntate al fine di garantire la specializzazione dei magistrati destinatari della nuova attribuzione. Una riflessione conclusiva sarà dedicata ai nuovi motivi di ricorso per Cassazione avverso i procedimenti di convalida.

2. *L'individuazione della Corte di appello competente*

Stabilendo che la competenza spetta alle corti di appello "*di cui all'articolo*

[3] In dottrina sul trattenimento v. F. A. GENOVESE, U. L. SCOTTI, *Manuale dell'immigrazione: guida operativa alla disciplina, sostanziale e processuale, in materia di ingresso, respingimento, permanenza ed espulsione degli stranieri,* Napoli, 2024, pp. 487 ss.

[4] Il quale sancisce "La competenza a dare esecuzione a un mandato d'arresto europeo appartiene, nell'ordine, alla corte di appello nel cui distretto l'imputato o il condannato ha la residenza, la dimora o il domicilio nel momento in cui il provvedimento è ricevuto dall'autorità giudiziaria".

5, comma 2, della legge 22 aprile 2005, n. 69, nel cui distretto ha sede il questore che ha adottato il provvedimento oggetto di convalida", il nuovo articolo *5-bis* del d.l. n. 13 del 2017 detta due criteri per l'individuazione della competenza per territorio: il primo fa riferimento al distretto in cui si trova il questore che ha disposto il trattenimento; il secondo fa invece riferimento al distretto nel quale l'imputato o il condannato ha la residenza, la dimora o il domicilio ai sensi dell'art. 5 della l. n. 69 del 2005, in tema di mandato d'arresto europeo e procedure di consegna tra Stati membri. Occorre, anzitutto, chiarire quale sia il rapporto tra questi due criteri.

Secondo una prima ricostruzione, non vi è interferenza. Mentre il primo criterio, ossia quello del distretto in cui ha sede il questore che ha emesso il provvedimento, definisce la competenza per territorio (e ciò sia che il soggetto trattenuto in procedura di frontiera si trovi in Italia, sia che si trovi nei nuovi centri di detenzione in Albania), il secondo criterio individua il giudice competente *ratione materiae*, ossia le corti di appello di cui all'art. 5, comma 2, l. 69/2005. Tale norma porterebbe a devolvere la competenza in tema di convalida dei trattenimenti alle corti di appello già competenti per la procedura del mandato di arresto europeo. In base a questa lettura, la competenza per la convalida transiterebbe quindi dalle sezioni specializzate dei tribunali alle sezioni penali delle corti di appello. Un cambio di giurisdizione, oltre che di competenza, che sembra essere stato avallato anche dalla Corte di Cassazione, che ha inteso i richiami effettuati dall'art. 14 comma 6 t.u.imm. ai motivi di ricorso ex art. 606 c.p.p. e all'art. 22, comma 5-*bis*, l. n. 69 del 2005 (in tema di mandato di arresto europeo) nel senso di attribuire la giurisdizione in materia di convalida alle sezioni penali[5].

Secondo un'altra ricostruzione, entrambi i criteri dettati dall'art. 5-*bis* sarebbero dettati *ratione loci.* Il rinvio all'art. 5 della l. n. 69 del 2005 non basterebbe ad attribuire la giurisdizione in materia di trattenimenti in capo al giudice penale, perché, in base all'art. 102 Cost., il legislatore ordinario non può attribuire al giudice penale materie che non siano penali o indirettamente penali.

In mancanza di un'interpretazione univoca, contro il parere dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Cassazione[6], i Presidenti delle Corti di appello

[5] Questa è stata la decisione presa dalla Corte con decreto urgente n. 5 del 17 gennaio 2025 e ribadita nella prima pronuncia emessa a seguito dell'entrata in vigore della l. 187 n. 2024, ossia in Cass. pen., Sez. I, 24 gennaio 2025, n. 2967.

[6] Sul punto v. Relazione n. 1 recante la "*Modifica dell'art. 14, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998 (t.u.imm.) ad opera della legge 9 dicembre 2024, n. 187",* 2 gennaio 2025, consultabile al link https://www.intome.eu/wp-content/uploads/2025/01/Rel0012025.pdf

di Roma, Milano, Torino e Palermo hanno concordato sull'attribuzione della competenza alle sezioni civili di ciascuna Corte.

Da qui, la contraddizione: mentre in Corte di appello la giurisdizione è stata assegnata al giudice civile, in Cassazione la materia è, almeno per il momento, attribuita alle sezioni penali. Una divergenza che dovrà essere risolta.

A prescindere da quale sarà l'esito del coordinamento tra i due diversi criteri[7], il comma 2 del nuovo art. 5-*bis* dispone che il giudice di appello nella materia dei trattenimenti debba giudicare in composizione monocratica. Anche sotto questo profilo, si assimila quindi la materia della convalida dei trattenimenti a quella del mandato di arresto europeo, laddove la l. n. 69 del 2005 all'art. 13 prevede una competenza monocratica del Presidente del tribunale o di un giudice delegato.

3. *L'impatto della nuova competenza sul carico di lavoro delle corti d'appello*

Nelle Corti d'appello, come si è visto, la nuova competenza è stata per il momento assunta dalle sezioni civili. Occorre, perciò, riflettere sul conseguente aumento del carico di lavoro per le medesime sezioni.

Le sezioni civili delle Corti d'appello attualmente stanno registrando risultati compatibili con gli obiettivi del PNRR. Nel 2024, il *disposition time* si è ridotto del 19,3% rispetto al 2019, dimostrando un andamento virtuoso[8], anche se questa tendenza ha subito un rallentamento nell'ultimo anno, con un guadagno di efficienza limitato all'1%. Di qui, un primo dubbio sull'impatto che produrrà l'attribuzione di ulteriori competenze a tali corti.

Per valutare tale impatto, occorrerebbe conoscere il numero effettivo di procedimenti che saranno trasferiti alle corti d'appello. Nel breve periodo il carico maggiore deriverà dalle convalide dei trattenimenti nei CPR a fini di espulsione, considerando che il numero di rimpatri forzati oscilla tra i 4.000 e i 6.000 all'anno, mentre più contenuto sarà l'impatto delle convalide dei trattenimenti in frontiera, poiché finora le sezioni specializzate si sono trovate a decidere su poche decine di provvedimenti. Tuttavia, in prospettiva, con l'applicazione del regolamento UE 1348/2024 da giugno 2026, il numero di trattenimenti in frontiera verosimilmente sarà molto maggiore: come noto, l'Italia

[7] Così il dossier del Senato di accompagnamento al d.l. del 28 novembre 2024, disponibile al link https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01435878.pdf

[8] Questi sono i dati che emergono dalla *Relazione sul monitoraggio statistico degli indicatori PNRR – I semestre 2024*, Ministero della giustizia, 22 ottobre 2024.

dovrebbe esaminare con procedura di frontiera fino a 16.032 domande d'asilo, quota che aumenterà a 24.048 domande nel 2027[9]. Anche a prescindere dalle altre tipologie di trattenimento, questo incremento basta a rendere l'idea del carico di procedimenti che graverà sulle Corti di appello[10].

Al riguardo, il legislatore non ha previsto, in connessione con il trasferimento di competenza, alcun incremento di organico e la relazione illustrativa che accompagna il decreto-legge risulta carente sotto il profilo della quantificazione dei procedimenti in materia di convalida dei trattenimenti di cui saranno investiti i giudici di secondo grado. Si tratta di un limite che lascia aperta una significativa zona d'ombra nella valutazione dell'impatto effettivo delle nuove competenze attribuite alle corti di appello, con la conseguenza che occorrerà attendere l'entrata a regime del Protocollo con l'Albania e del Nuovo Patto Ue per analizzare i dati e comprendere l'effetto sull'organizzazione di tali corti.

4. *La specializzazione dei giudici della corte di appello*

Il trasferimento della competenza in materia di convalida dei trattenimenti alle corti di appello comporterà implicazioni anche con riferimento al profilo della specializzazione dei magistrati appartenenti a tali corti[11].

Tale attribuzione richiederà un adattamento da parte dei giudici, i quali, operando prevalentemente come giudici di secondo grado, sono abituati a valutare i fatti nell'ambito di un processo caratterizzato da una struttura diversa rispetto a quella del rito di convalida. Quest'ultimo si contraddistingue per la natura sommaria e per la celerità richiesta nell'accertamento della legittimità del trattenimento, tenuto conto delle implicazioni per i diritti fondamentali della persona trattenuta. Di conseguenza, i magistrati delle corti d'appello saranno chiamati a modificare il loro approccio abituale.

In tale contesto, il passaggio di competenza richiederà la predisposizione

[9] È quanto stabilito nella Decisione di esecuzione (UE) 2024/2150 della Commissione del 5 agosto 2024, recante le modalità di applicazione del Reg. UE 2024/1348.

[10] Questo è il rischio paventato dall'Associazione Nazionale Magistrati sulla pagina della Rivista "La Magistratura", con una petizione, firmata dai 26 Presidenti delle Corti di Appello italiane. Dello stesso parere anche la nota della Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane del 14 novembre 2024.

[11] Criticamente sullo spostamento della competenza alle corti di appello ASGI, *La nuova strategia per i trattenimenti. Fuga dal giudice specializzato e dalla Corte di Cassazione*, gennaio 2025.

di strumenti di formazione e aggiornamento da parte delle istituzioni competenti, al fine di assicurare che i giudici delle corti d'appello siano preparati ad affrontare le specificità dei procedimenti in questione.

Tuttavia, il comma 1-*bis* all'art. 2 del d.l. n. 13 del 2017, che nel d.l. originario prevedeva l'istituzione di corsi di formazione per i giudici delle corti d'appello, non è stato recepito in sede di conversione. Tale omissione potrebbe essere attribuita ad una scelta del Governo, legata alla mancanza, in quel momento di una copertura finanziaria per garantire l'attuazione di un piano formativo specifico per i magistrati delle corti d'appello. In ogni caso, tale lacuna dovrà essere colmata attraverso soluzioni che assicurino la preparazione dei giudici chiamati a esercitare la nuova competenza[12].

Una possibilità è che il Governo intervenga *ex post* al fine di fornire le necessarie risorse finanziarie con una norma dedicata alla formazione dei magistrati. La formazione potrà comunque essere assicurata attraverso la Scuola Superiore della Magistratura, con corsi di formazione mirati per i magistrati chiamati a esercitare la nuova competenza. Dovrebbero essere previsti percorsi formativi *ad hoc*, calibrati sulle peculiarità del rito di convalida dei trattenimenti[13]; e ciò potrebbe favorire l'istituzione di sezioni specializzate, almeno in via tabellare, presso le corti di appello (come è già accaduto a Torino a seguito dello spostamento della competenza).

Verosimilmente, la soluzione più diffusa sarà quella sperimentata dalla Corte d'appello di Roma, che, con apposito interpello, ha reso possibile il trasferimento di magistrati dalle sezioni specializzate in materia di immigrazione. Le corti d'appello potrebbero, così, rafforzarsi sul piano organizzativo, acquisendo magistrati già formati. In tal modo, dovrebbero essere soddisfatte anche le esigenze decisionali più immediate, come testimoniano le pronunce sui nuovi trasferimenti in Albania a fine gennaio (si veda qui per l'ultima ordinanza di sospensione della convalida con rinvio alla Corte di giustizia).

[12] La necessità che venga assicurata la specializzazione del giudice competente a decidere sui trattenimenti è stata espressa in sede di lavori preparatori anche dal CSM con il parere sul d.l. 145 del 2024 del 4 dicembre 2024, consultabile al link https://www.questionegiustizia.it/data/doc/4014/parere-dl_compressed.pdf

[13] Questa è la soluzione avanzata dal Governo con il supplemento al disegno di legge dell'11 ottobre 2024 che accompagna la conversione del d.l. 145 del 2024.

5. *Il ricorso in Cassazione: la giurisdizione della Sezione penale e i tre motivi di ricorso*

La modifica della competenza a decidere nel merito sulla convalida del trattenimento è stata accompagnata dalla riforma dell'art. 14, comma 6, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (t.u.imm.). Sebbene anche in precedenza il comma 6 dell'art. 14 prevedesse, quale unico rimedio impugnatorio, il ricorso in Cassazione, due sono le novità: *i)* l'introduzione del termine breve – anzi brevissimo – per impugnare il provvedimento emesso dalla Corte di appello, che è di soli 5 giorni; *ii)* la limitazione a soli tre motivi di ricorso previsti dall'art. 606 c.p.p.

Innanzitutto, va segnalato che il termine per presentare il ricorso per cassazione avverso il provvedimento emesso dalla Corte di appello si riduce a cinque giorni dalla comunicazione, in luogo del termine breve di sessanta giorni dalla sua notifica (*ex* art. 325 c.p.c.) e di quello lungo di sei mesi dalla sua pubblicazione (*ex* art. 327 c.p.c.). Non vengono dunque più utilizzati i termini del ricorso previsti dal c.p.c., con l'effetto che il termine risulta drasticamente ridotto, ponendo dubbi sulla legittimità costituzionale della norma per contrasto con l'art. 24 Cost.[14]

Inoltre, come anticipato, è stata limitata l'impugnazione ai soli motivi previsti dalle lettere a), b) e c) dell'art. 606 c.p.p.[15], in luogo dei cinque motivi *ex* art. 360 c.p.c.[16]. Questa è la previsione che ha sollevato maggiori perplessità, in particolare per l'esclusione dei motivi di cui alle lettere d) e e) dell'art. 606 c.p.p.

Mentre il mancato richiamo alla lett. d) dell'art. 606 c.p.p. che si riferisce alla mancata assunzione di una prova decisiva, si spiega alla luce del fatto che nella materia dei trattenimenti non è prevista l'assunzione di prova orale, assai

[14] Dubbio sollevato dalla parte ricorrente nella causa iscritta al ruolo generale n. 1632/2025 della Corte di Cassazione.

[15] Che sono i seguenti: a) l'esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri; b) l'inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale; c) l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza del comma 1 dell'articolo 606 c.p.p.

[16] Le sentenze pronunziate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro; 4) per nullità della sentenza o del procedimento; 5) per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

più problematica è l'assenza della lett. e) dello stesso articolo. Ciò in quanto tale mancanza sembrerebbe precludere il ricorso in Cassazione per il vizio di motivazione, sollevando anch'esso dubbi di legittimità costituzionale per possibile contrasto con l'art. 24 Cost.

Tuttavia, nella pronuncia del 24 gennaio 2025, n. 2967, la Cassazione penale ha ritenuto superabili tali dubbi, proponendo un'interpretazione costituzionalmente conforme. Poiché contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge (art. 111, comma 7, Cost.) e poiché in tale ultima nozione deve ricomprendersi l'inosservanza della specifica norma processuale che impone, a pena di nullità, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, il difetto di motivazione (qualora questa sia inesistente o meramente apparente) deve farsi rientrare nella lett. c) dell'art. 606 c.p.p. Una interpretazione non dissimile è stata proposta, in relazione al medesimo caso, dalla Procura generale della Cassazione, secondo la quale la violazione dell'obbligo di motivare la decisione con cui il giudice convalida il provvedimento restrittivo refluisce nella nozione di violazione di legge prevista dalla lett. b) dell'art. 606 c.p.p.

Entrambe le interpretazioni hanno il medesimo effetto: attraverso una lettura costituzionalmente orientata della norma il difetto di motivazione rientra nei motivi dell'art. 606 c.p.p. richiamati dall'art. 14 comma 6 t.u.imm., così da escludere un contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost. e da promuovere in via interpretativa l'equiparazione tra i precedenti rimedi civili e le nuove norme penali.

6. *Misura contingente o avvio di una riforma strutturale?*

La modifica normativa che trasferisce la competenza per la convalida dei trattenimenti alle corti d'appello (civili o penali) si inserisce nel quadro delle strategie adottate dal Governo negli ultimi mesi per affrontare le problematiche connesse alla procedura di frontiera[17]. A tal proposito, il 10 maggio 2024

[17] Una fra tutte la mancata convalida dei primi trattenimenti in Albania. Sul punto v. S. ALBANO, *Il giudice non convalida i trattenimenti di tre migranti tunisini disposti in base alla nuova disciplina delle procedure di frontiera*, in *Questione Giustizia*, ottobre 2023; G. MENTASTI, *Trattenimento dei richiedenti asilo in Albania: tra mancate convalide, ricorsi e decretazione d'urgenza. una breve guida, per farsi un'idea,* in *Sistema penale,* 2024, n. 10; A. NATALE, F. FILICE, *Nota ai provvedimenti di rigetto delle richieste di convalida dei trattenimenti disposti dalla Questura di Roma ai sensi del Protocollo Italia-Albania, emessi dal Tribunale di Roma, sezione specializzata nella protezione internazionale, il 18 ottobre 2024*, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2024.

è stato adottato il decreto ministeriale[18] che ha riformulato la disciplina della garanzia finanziaria in modo più attento al principio di proporzionalità. Inoltre, il 24 ottobre 2024 è stato adottato il d.l. n. 158 del 2024, che ha elevato il rango del decreto interministeriale del 7 maggio 2024, ampliando la lista dei Paesi sicuri[19], anche se, alla luce dei recenti sviluppi, questo intervento non sembra aver dato soluzione al problema.

L'ulteriore misura dello spostamento della competenza sulla convalida dei trattenimenti pone interrogativi sia dal punto di vista organizzativo sia sotto il profilo della specializzazione dei magistrati delle corti di appello. Infatti, pur considerando che il volume di procedimenti di convalida del trattenimento in procedura di frontiera è al momento contenuto, l'atteso incremento delle domande a seguito dell'entrata in vigore del Nuovo Patto UE potrebbe incidere sul funzionamento di tali corti, con una influenza sui progressi conseguiti finora in termini di riduzione del *disposition time*. Sotto il profilo della specializzazione poi la mancata previsione di un piano formativo specifico per i giudici delle corti d'appello rappresenta una lacuna che necessita di essere colmata *a posteriori*: attraverso interventi governativi, mediante iniziative di autoformazione intraprese da parte delle stesse corti d'appello o tramite l'applicazione temporanea di magistrati provenienti dalle Sezioni specializzate.

Mentre la valutazione degli effetti del trasferimento di competenza presso tali corti dovrà attendere l'entrata a regime della procedura di frontiera e del Protocollo Italia-Albania, rimane aperta la questione relativa alla natura dell'intervento normativo che lo ha determinato. La rapidità con cui è stata adottata la norma suggerisce che si è trattato di una misura contingente, volta a superare la paralisi della procedura di frontiera. Tuttavia, non è escluso che tale misura possa essere il preludio a nuovi interventi sulla competenza in questa materia, dettati da finalità politiche ma destinati inevitabilmente a disperdere le competenze tecniche dei giudici, con ripercussioni sull'efficacia complessiva della tutela giurisdizionale.

[18] Consultabile al link: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/06/19/24A02693/sg

[19] Per la ricostruzione delle vicende giudiziarie relative alla definizione di Paese sicuro v. M. SAVINO, *Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne,* ADiM Blog, Editoriale, Dicembre 2024.

PROCEDURE DI ASILO, VALUTAZIONE INDIVIDUALE E ACCESSO ALLA TUTELA

CRITERI DI VALUTAZIONE DELLA CREDIBILITÀ DEL RICHIEDENTE ASILO PER MOTIVI RELIGIOSI, ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 11700/2024

Tarak El Haj*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti di causa. – 3. Il giudizio di credibilità. – 4. La sussistenza della persecuzione. – 5. La decisione della Corte di legittimità – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La pronuncia della Corte di cassazione n. 11700/2024[1] offre importanti spunti in ordine ai criteri di valutazione della credibilità del richiedente asilo, con particolare riferimento alle domande fondate su motivi religiosi. La decisione richiama i principi che governano il regime probatorio della protezione internazionale, con particolare riguardo al ruolo attivo del giudice nell'esercizio dei poteri istruttori officiosi. Il presente contributo analizza i principi affermati dalla Corte, con particolare attenzione ai profili applicativi del giudizio di credibilità del richiedente asilo.

2. *Fatti di causa*

Nel caso in esame, la Corte di cassazione si è espressa sul ricorso presentato da una cittadina cinese, volto a ottenere la revocazione dell'ordinanza n. 30887/2022 della medesima Corte. La cittadina cinese aveva presentato una domanda di protezione internazionale e di forme subordinate di protezione che era stata rigettata, in sede amministrativa, dalla Commissione territoriale di Roma. Il provvedimento della Commissione territoriale era stato poi confermato anche nei giudizi di impugnazione introdotti dalla richiedente asilo, sia nella fase di merito, sia nel primo giudizio di legittimità. In quest'ultima occasione, in particolare, la Corte aveva dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione presentato dalla richiedente asilo avverso la sentenza della Corte di

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Luiss Guido Carli.

[1] Cass. Civ., Sez. I civile, ordinanza del 19 ottobre 2022, n. 30887.

appello di Roma, che confermava la decisione del Tribunale di Roma di diniego del riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi dell'art. 1, lett. a) della Convenzione di Ginevra del 1951[2] e dell'art. 2, co.1, lett. f), del D.lgs. n. 251/2007, nonché della protezione sussidiaria o della protezione umanitaria.

Nel caso di specie, la richiedente, nata e vissuta nella Repubblica Popolare Cinese, fondava la richiesta di protezione internazionale sulla base del timore di far ritorno nel proprio Paese di origine a causa del rischio di subire persecuzioni in quanto aderente al movimento religioso chiamato "Chiesa di Dio Onnipotente" (noto anche come "*Church of Almighty God*"). Invero, la ricorrente aveva riferito che gli aderenti a tale movimento religioso risultavano vittime di una violenta campagna di repressione avviata dalla Repubblica Popolare Cinese comprendente arresti e torture, e che per il timore di subire tali persecuzioni lei stessa si era fatta ospitare da amici fino all'arrivo in Italia nel 2016.

La richiedente impugnava il provvedimento della Commissione territoriale di diniego del riconoscimento della protezione internazionale davanti al Tribunale competente, il quale si pronunciava emettendo una ordinanza confermativa di quanto stabilito in sede amministrativa. Nel merito, la conferma del rigetto della domanda si fondava su due distinte *rationes decidendi*: (i) il giudizio di non credibilità della richiedente e (ii) la non sussistenza del requisito della "persecuzione", sul presupposto che tale elemento non sarebbe configurabile nei casi di condotta di uno Stato che persegue un'associazione segreta, come il movimento religioso al quale la richiedente dichiarava di aderire. La decisione del Tribunale veniva confermata anche all'esito del giudizio di impugnazione di fronte alla Corte di Appello di Roma, facendo leva sostanzialmente sulle medesime motivazioni del giudice di primo grado.

A sua volta la decisione della Corte di Appello veniva impugnata con ricorso per cassazione, sul quale si è espressa la Suprema Corte in due occasioni, dapprima ritenendo il ricorso inammissibile e successivamente, a fronte del ricorso per revocazione, emettendo l'ordinanza in esame. Nel primo giudizio dinanzi alla Suprema Corte, il ricorso è stato ritenuto inammissibile, sulla base dell'erronea considerazione circa la mancata contestazione del giudizio di non credibilità operato dal giudice di appello. Orbene, in tale occasione la Corte aveva ritenuto che la ricorrente avesse contestato esclusivamente la motivazione relativa alla non sussistenza della "persecuzione" e non anche il giudizio

[2] Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata in Italia con legge 24 luglio 1954, n. 722, e modificata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, ratificato in Italia con legge 14 febbraio 1970, n. 95.

sulla credibilità, seppur dagli atti di causa emergesse chiaramente l'avvenuta contestazione di entrambe le *rationes decidendi* poste a fondamento della sentenza impugnata.

Così, a fronte del diniego di protezione internazionale confermato con ben tre gradi di giudizio, la richiedente esperiva il rimedio della revocazione *ex* art. 391 *bis* c.p.c. in combinato disposto con l'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c., ottenendo così la revoca dell'ordinanza emessa dalla stessa Corte e il riesame degli originali motivi di ricorso, fondati sostanzialmente sulla censura (i) della valutazione della non credibilità della richiedente effettuata dalla Corte di Appello e (ii) della ritenuta insussistenza di una persecuzione ai danni della richiedente e, in generale, dei fedeli della Chiesa di Dio Onnipotente in Cina e del rischio di subire un grave danno a norma dell'art. 14 del D. Lgs. n. 251/2007.

La I sezione civile della Corte di Cassazione si è espressa sui suddetti motivi di impugnazione con la sentenza in commento, precisando come il giudizio di credibilità, così come la valutazione circa la sussistenza o meno di una fattispecie di persecuzione, devono essere condotti in conformità al peculiare regime probatorio vigente in materia di protezione internazionale, che impone al giudice di esercitare i propri poteri-doveri officiosi di cooperazione istruttoria, che impongono di acquisire le c.d. *Country of Origin Information* (COI), ossia le informazioni relative al Paese di origine, al fine di valutare la coerenza esterna delle dichiarazioni del richiedente alla luce di elementi esterni[3].

Sulla base del suddetto ragionamento, la Corte di legittimità, in accoglimento del ricorso, ha revocato l'ordinanza emessa in prima battuta dalla medesima Corte e cassato la sentenza della Corte di Appello di Roma, con rinvio della causa a quest'ultimo giudice, che in diversa composizione ha provveduto ad applicare correttamente i principi enunciati.

3. *Il giudizio di credibilità*

All'esito dei giudizi di merito dinanzi al Tribunale e alla Corte di Appello, è stato negato il riconoscimento della protezione internazionale in virtù di due

[3] Sul dovere di cooperazione istruttoria e sull'acquisizione delle *Country of Origin Information* (COI) nel procedimento di protezione internazionale, si vedano G. CONZA, *Come bilanciare la valutazione di credibilità e il dovere di cooperazione istruttoria nella procedura per il riconoscimento della protezione internazionale?*, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, settembre 2021 e in giurisprudenza CGUE, sentenza del 22 novembre 2012, *MM/ Minister for Justice, Equality and Law Reform, Irlanda, Attorney General*, C-277/11, EU:C:2012:744.

distinte motivazioni: una soggettiva riguardante il giudizio di non credibilità e l'altra oggettiva relativa alla valutazione di non sussistenza dell'elemento della persecuzione.

Il giudizio di non credibilità della richiedente asilo si fondava, in particolare, sulla narrazione della richiedente che era stata considerata affetta da un significativo grado di genericità ed astrattezza, oltre a contraddizioni, relativamente ad aspetti importanti riferiti dalla richiedente, quali l'aver subito attività di monitoraggio da parte delle autorità pubbliche, che hanno spinto la medesima a chiudere la propria attività commerciale nel Paese di origine, e l'effettiva appartenenza al culto dichiarato.

La credibilità del richiedente è un aspetto centrale nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale promosse ai sensi dell'art. 35-*bis* del D. lgs. n. 25 del 2008, avverso i provvedimenti adottati dalle Commissioni territoriali in sede amministrativa[4]. Invero, la valutazione della fondatezza delle domande dei richiedenti asilo impone esami scrupolosi anche in considerazione delle numerose domande presentate in assenza dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e volte ad eludere la normativa in materia di immigrazione. Tali aspetti risultano ancora più accentuati nel caso dei c.d. *bootstrap refugees*, ossia quei soggetti che all'estero hanno posto in essere condotte finalizzate unicamente a creare un rischio di persecuzione o danno grave nell'ipotesi di rimpatrio nel Paese di origine, oltre che nel caso dei rifugiati c.d. "*sur place*", che si caratterizzano per il sorgere della necessità di protezione e quindi del timore di subire persecuzioni in un momento successivo all'uscita dal Paese di origine (tale ipotesi ricorre, ad esempio, laddove il richiedente abbia cambiato religione dopo l'uscita dal Paese di origine, dando così luogo al rischio di persecuzione per motivi religiosi)[5].

Nelle domande fondate sulla religione come motivo di persecuzione il giudizio di credibilità risulta ancora più complesso in ragione della necessità di indagare aspetti interiori e strettamente personali del richiedente asilo, quali

[4] In tema di valutazione della credibilità nelle domande di protezione internazionale, si vedano UNHCR, *Beyond Proof: Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, 2013, spec. pp. 11 ss.; A. Di Muro, *Individuazione dei fatti materiali ed analisi di credibilità nella valutazione delle domande di protezione internazionale*, in *Scuola Superiore della Magistratura, Il diritto dell'immigrazione*, 2022, pp. 23 ss.

[5] Sulla particolare complessità delle domande di protezione internazionale nei casi di rifugiati "*sur place*" e sulla rilevanza delle condotte poste in essere dopo l'uscita dal Paese di origine, si vedano UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, 2019, parr. 94-96; M. Kagan, *Refugee Credibility Assessment and the 'Religious Imposter' Problem*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010, pp. 1179 ss.

sono certamente il credo religioso e la fede. Da ciò deriva la necessità di esaminare i criteri logico-giuridici adottati dagli organi giudicanti nella valutazione della fondatezza delle domande, con particolare riguardo al giudizio di credibilità al fine di valutarne la compatibilità con il sistema nazionale e sovranazionale di riconoscimento della protezione internazionale.

4. *La sussistenza della persecuzione*

L'altra *ratio decidendi* posta alla base delle decisioni dei giudici di merito nel diniego di riconoscimento della protezione internazionale è rappresentata dalla valutazione di non sussistenza dell'elemento della persecuzione, che è necessario ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato. In particolare, l'elemento della persecuzione non è stato ritenuto sussistente, in via generale, nel caso degli aderenti alla "Chiesa di Dio Onnipotente", poiché la segretezza che connota tale movimento religioso non consentirebbe di qualificare come persecuzioni le sanzioni, anche di natura penale, comminate dal Paese di origine.

Nella sentenza emessa dalla Corte di Appello emergeva come di fatto il giudice avesse effettuato indagini sulla condizione del culto della richiedente nel Paese di origine, riscontrando che tale culto risultava essere caratterizzato da segretezza nella sua organizzazione interna ed essere annoverato tra i culti considerati illegali, puniti dal Codice penale cinese. Partendo da tale premessa, il medesimo giudice di merito negava la sussistenza della persecuzione, non solo nei confronti della richiedente, ma anche di tutti i fedeli del medesimo culto, sulla base dell'assunto che la nozione di persecuzione non sarebbe configurabile nelle ipotesi in cui uno Stato decida di reprimere associazioni segrete potenzialmente pericolose, ritenendo quindi tale condotta legittima.

Aderendo al ragionamento della Corte, si dovrebbe desumere che i fedeli di movimenti religiosi vietati nel Paese di origine non sarebbero suscettibili di beneficiare della protezione internazionale, in virtù del mero regime di ammissione o meno del culto nel Paese di origine[6]. Tuttavia, un tale approccio si pone in contrasto con quanto stabilito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dalla normativa nazionale in materia di protezione internazionale, che

[6] Sulla nozione ampia di religione nel diritto d'asilo e sulla tutela delle forme non istituzionalizzate di credo, si vedano UNHCR, *Guidelines on International Protection n. 6: Religion-Based Refugee Claims*, 2004; nonché CGUE, sentenza del 5 settembre 2012, *Y e Z*, cause riunite C-71/11 e C-99/11, EU:C:2012:51.

prevedono il riconoscimento dello *status* di rifugiato al cittadino straniero che abbia il fondato timore di essere perseguitato per motivi di religione, a prescindere dall'ammissione o meno del culto nel Paese di origine.

5. *La decisione della Corte di legittimità*

La pronuncia giurisprudenziale in esame offre importanti spunti sui parametri che devono guidare il giudice nella valutazione della credibilità del richiedente asilo, tenendo conto delle peculiarità che connotano le domande fondate su motivi religiosi, nonché del particolare regime probatorio sussistente in tali procedimenti.

La Corte ha affermato che la valutazione sulla credibilità del richiedente non può essere rimessa alla mera opinione del giudice, ma deve necessariamente essere il risultato dell'applicazione dei criteri stabiliti dall'art. 3 del D. Lgs. n. 251 del 2007, tenendo conto della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, quali la condizione sociale e l'età del richiedente. Invero, secondo la Corte il giudice non può ritenere non credibile il richiedente sulla base della mera valorizzazione di contraddizioni nel racconto del richiedente di carattere secondario o isolato, laddove ci si trovi invece in presenza di elementi tali da ritenere verosimile quanto riferito dal richiedente. Orbene, in materia di protezione internazionale i giudici devono svolgere un ruolo attivo nella fase istruttoria, in deroga al principio dispositivo generalmente vigente nell'ambito del processo civile, essendo richiesto l'esercizio dei poteri-doveri di indagine d'ufficio, oltre che l'acquisizione di informazioni aggiornate sul Paese di origine del richiedente, al fine di accertarne la situazione reale[7].

Sul punto, la Corte osserva come il fondato timore di subire persecuzioni per motivi di religione deve essere valutato dal giudice non solo in base al contenuto della legislazione del Paese di origine, ma anche alla stregua della prassi seguita in tale Paese in relazione all'imposizione di limiti alla libertà di culto. L'applicazione di tali limiti deve necessariamente essere valutata alla luce di quanto previsto dalla normativa italiana all'art. 19 della Costituzione, nonché dalla normativa internazionale all'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In buona sostanza, il giudice deve indagare se i limiti alla libertà di culto posti nel Paese di origine siano previsti dalla legge e se siano diretti a perseguire uno o più fini legittimi, valutando al contempo se ciò costituisca una misura necessaria e proporzionata al perseguimento di tali fini.

[7] Sul punto si veda Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 13 aprile 2023, n. 9858.

Muovendo dalle suddette argomentazioni e sulla scia di un precedente giurisprudenziale della medesima Corte[8], la sentenza in commento ridefinisce la nozione di libertà religiosa ai fini del riconoscimento della protezione internazionale e fornisce criteri ermeneutici con riguardo agli effetti di eventuali limiti posti nel Paese di origine alla suddetta libertà. La Corte, in particolare, fornisce un'interpretazione orientata al rispetto dei diritti fondamentali e segnatamente il diritto alla libertà di religione, giungendo ad affermare che tale diritto ricomprende anche il diritto di praticare culti non ammessi nel Paese di origine. Alla luce di quanto sopra, anche provvedimenti legislativi, amministrativi, giudiziari o di polizia adottati dal Paese di origine possono integrare atti di persecuzione, qualora comportino una compressione significativa della libertà religiosa del richiedente.

6. *Conclusioni*

La sentenza in esame consente di superare le perplessità emerse in giurisprudenza circa la concessione di protezione internazionale in favore di persone appartenenti a culti non ammessi nel Paese di origine, mediante una corretta qualificazione della persecuzione, quale elemento costitutivo della condizione di rifugiato. Inoltre, la medesima sentenza fornisce una corretta lettura del giudizio di credibilità, il quale a differenza della nozione di persecuzione non rappresenta un elemento costitutivo della condizione di rifugiato, bensì un mero strumento funzionale volto ad accertare la reale situazione del richiedente, nell'ambito di procedimenti caratterizzati da un regime probatorio necessariamente attenuato e in cui assumono significativo rilievo i poteri-doveri officiosi di cooperazione istruttoria del giudice[9].

Dall'analisi effettuata emerge come la corretta applicazione dei criteri sottostanti al giudizio di credibilità del richiedente risulta fondamentale al fine di bilanciare, da un lato, l'esigenza di riconoscere la protezione internazionale solo in presenza dei requisiti di legge, anche alla luce del rischio di domande di protezione internazionale presentate al solo fine di eludere la normativa nazionale in materia di immigrazione e, dall'altro lato, la necessità di scongiurare

[8] Cass. Civ., sez. I, ordinanza del primo agosto 2022, n. 23805.

[9] Sulla distinzione tra credibilità quale *standard* probatorio e persecuzione quale elemento costitutivo dello status di rifugiato, v. G. NOLL, *Credibility, Reliability, and Evidential Assessment*, in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, 2021, pp. 609 ss.

che dalla non corretta applicazione di tali criteri possa discendere il diniego di protezione in casi che invece sono meritevoli di tutela.

.

IL RICHIEDENTE "DENEGATO" IN GERMANIA PUÒ AVERE UNA SECONDA *CHANCE* IN ITALIA? IL PROBLEMATICO "SÌ" DELLA PRIMA SEZIONE DELLA CASSAZIONE

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza della Prima sezione: antefatto e contenuti. – 2.1. La decisione "a monte" del Tribunale di Roma (2021): la tesi del c.d. *refoulement* indiretto, respinta dalla Corte di giustizia (2023). – 2.2. Il rilancio della Prima sezione: la protezione nazionale come obbligo di *double-check* in Italia. – 3. I limiti della pronuncia. – 3.1. La «collisione frontale» con il principio della reciproca fiducia e con il sistema Dublino. – 3.2. L'art. 10 Cost. non basta a rendere obbligatorio l'esercizio della clausola. – 3.3. La vana ricerca del Santo Graal: non può esservi una tutela effettiva disgiunta dal principio della domanda e dal principio di legalità. – 4. Conclusioni scomode.

1. *Premessa*

Un richiedente afghano la cui domanda di protezione internazionale sia stata già respinta in Germania può rifugiarsi in Italia e ottenere che una sua nuova richiesta di asilo sia esaminata dalle autorità italiane? Con ordinanza del 5 maggio 2025, n. 11713, la Prima sezione della Cassazione ha dato una risposta affermativa: una domanda di asilo, anche se già respinta dallo Stato membro competente, può – anzi, deve – essere vagliata una seconda volta in Italia *in relazione alla protezione complementare disciplinata dalle norme (non europee, ma) nazionali*. L'argomento decisivo addotto a sostegno di questa tesi è il seguente: la protezione nazionale è un diritto fondamentale, riconducibile all'art. 10, terzo comma, Cost. e, perciò, l'esame facoltativo della domanda, previsto dalla clausola c.d. discrezionale dell'art. 17(1) del regolamento n. 604/2013 (c.d. Dublino III), si convertirebbe in un obbligo.

Si riapre, così, la quasi decennale saga giurisprudenziale sull'interpretazione di quella clausola: una saga alimentata dalla coriacea resistenza di alcuni giudici italiani, che da anni propongono una rilettura in chiave "umanitaria" del regolamento Dublino. Una prima versione di tale tesi, sostenuta da alcune

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi della Tuscia.

sezioni specializzate negli anni scorsi e imperniata sul divieto di *refoulement* indiretto, è stata respinta dalla Corte di giustizia con la sentenza *Ministero dell'Interno* del 30 novembre 2023[1]. La seconda variante – ascrivibile a più recenti pronunce della Prima sezione della Cassazione – fa leva, appunto, sulla protezione nazionale come elemento che legittimerebbe una rilettura in chiave doverosa della clausola prevista dall'art. 17(1). Abbozzata con le ordinanze interlocutorie del 23 aprile 2024, n. 10898 e 10903, tale tesi non è stata accolta dalle Sezioni unite,[2] ma è stata comunque riproposta con la pronuncia in commento.

Per verificarne la consistenza giuridica, l'analisi che segue è articolata in tre parti. La prima (§ 2), è dedicata a un sintetico riepilogo della giurisprudenza pregressa e alla ricostruzione dell'*iter* argomentativo sviluppato dalla Prima sezione nell'ordinanza del 5 maggio 2025. Nella seconda (§ 3) si evidenziano i principali punti deboli della pronuncia: il contrasto con il principio della reciproca fiducia e con il funzionamento e gli obiettivi del sistema Dublino; l'insufficienza del riferimento alla protezione nazionale e all'art. 10 Cost. per convertire l'esercizio della clausola dell'art. 17(1) da facoltà in obbligo; la fallacia di un sindacato giurisdizionale che, in nome dell'effettività della tutela, prescinde dal principio della domanda e dal principio di legalità. La parte conclusiva (§ 4) riepiloga i risultati dell'analisi e pone alcuni interrogativi, scomodi ma, ad avviso di chi scrive, ineludibili.

2. *L'ordinanza della Prima sezione: antefatto e contenuti*

L'ordinanza del 5 maggio 2025 trae origine dalla vicenda di un cittadino afghano, fuggito da una grave situazione di violenza e conflitto armato dopo l'uccisione da parte dei talebani di due suoi fratelli, colpevoli di aver lavorato in un campo anglo-americano. La Germania, esaminato il caso, aveva rigettato la richiesta di protezione. Il cittadino afghano è riuscito a sottrarsi al rimpatrio recandosi in Italia, dove ha proposto nuovamente domanda di protezione. Che cosa avrebbero dovuto fare le autorità italiane?

L'art. 18(1)(d) del regolamento Dublino III fornisce una risposta chiara: lo Stato competente (nel caso di specie, la Germania) «è tenuto a riprendere in carico (…) un cittadino di un paese terzo o un apolide del quale è stata

[1] Corte di giustizia, sentenza del 30 novembre 2023, cause riunite C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, *Ministero dell'Interno*.

[2] Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza n. 935, del 15 gennaio 2025.

respinta la domanda e che ha presentato domanda in un altro Stato membro». La previsione risponde alla logica di Dublino: l'obiettivo della normativa è evitare che una richiesta di asilo sia esaminata da più Stati membri, per non alimentare i movimenti secondari e il c.d. *asylum shopping*. Perciò, in conformità all'art. 18, l'amministrazione italiana ha chiesto e ottenuto dalle autorità tedesche la disponibilità a riprendere in carico il cittadino afghano del quale avevano già respinto la domanda.

Sennonché, prima il Tribunale di Roma (con decreto del 5 marzo 2021) e poi la Prima sezione della Cassazione (con l'ordinanza in esame) hanno fornito una risposta opposta, utilizzando argomentazioni diverse ma con esiti applicativi convergenti.

2.1. *La decisione "a monte" del Tribunale di Roma (2021): la tesi del c.d.* refoulement *indiretto, respinta dalla Corte di giustizia (2023)*

La decisione adottata dal Tribunale di Roma nel 2021 fa leva sul principio di *non refoulement*. Ad avviso dei giudici romani, il trasferimento verso la Germania avrebbe potuto comportare il rimpatrio forzato del ricorrente e quindi esporlo al rischio di trattamenti inumani e degradanti in Afghanistan (c.d. *refoulement* indiretto). La decisione di annullare il trasferimento si fondava su due disposizioni del regolamento Dublino III.

La prima è l'art. 3(2), che preclude il trasferimento verso lo Stato membro competente quando ivi sussistano «*carenze sistemiche* nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, *che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*». Secondo l'impostazione del Tribunale di Roma, all'epoca seguita anche da altre sezioni specializzate, l'art. 3(2), richiamando il divieto assoluto di trattamenti inumani e degradanti previsto dall'art. 4 della Carta, consentirebbe di escludere il trasferimento anche quando – pur in assenza di carenze sistemiche – lo straniero rischi di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, nell'eventualità di un rimpatrio nel suo Paese di provenienza.

Non meno espansiva è l'interpretazione propugnata dal Tribunale di Roma in riferimento a un'altra norma del regolamento Dublino III: l'art. 17(1), disposizione attorno alla quale – come vedremo – ruota l'intera questione. La regola di base del sistema Dublino è che «[u]na domanda d'asilo è esaminata da un solo Stato membro, che è quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati dal capo III» (art. 3(1)). La clausola dell'art. 17(1) introduce una eccezione facoltativa: «[i]n deroga all'articolo 3,

paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento». Secondo l'interpretazione allora promossa dal Tribunale di Roma, tale clausola, pur facoltativa, diventerebbe obbligatoria nei casi di natura umanitaria come quello del richiedente afghano. Il giudice potrebbe, così, imporre allo Stato membro di esaminare una domanda di protezione internazionale in deroga ai criteri sulla competenza, col risultato di concedere una seconda *chance* di protezione al richiedente afghano già "denegato" in Germania.

Sennonché, con sentenza del 30 novembre 2023, la Corte di giustizia – sollecitata dai Tribunali di Roma, Firenze, Milano e Trieste, nonché dalla stessa Corte di cassazione con rinvii pregiudiziali risalenti a marzo-aprile 2021 – ha respinto questa interpretazione, chiarendo due aspetti principali.

Il primo riguarda la portata dell'art. 3(2). Il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri «impone a ciascuno di tali Stati di ritenere che, tranne in circostanze eccezionali, tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo» (§ 131). L'unica deroga a tale principio che l'art. 3(2) ammette riguarda la presenza di carenze sistemiche nello Stato membro competente. Al di là di questa ipotesi, una «differenza di valutazione» tra Stati membri (e rispettivi giudici) circa il «livello di protezione di cui può beneficiare il richiedente nel suo paese di origine (…) è, in linea di principio, irrilevante ai fini del controllo della validità della decisione di trasferimento» (§ 140). Questa lettura non solo è imposta dal principio della fiducia reciproca, ma «è l'unica compatibile con gli obiettivi del regolamento Dublino III, che mira segnatamente a stabilire un metodo chiaro e operativo di determinazione dello Stato membro competente e a prevenire movimenti secondari di richiedenti asilo tra gli Stati membri» (§ 141).

Il secondo chiarimento riguarda la clausola prevista dall'art. 17(1). Tale clausola «possiede natura facoltativa laddove lascia alla discrezionalità di ogni Stato membro la decisione di procedere all'esame di una domanda» ivi presentata dopo un precedente rigetto (§ 146). Pertanto, le disposizioni dell'art. 17(1) «non possono essere interpretate nel senso che esse impongono al giudice di tale Stato membro di dichiarare quest'ultimo competente, per il motivo che detto giudice non condivide la valutazione dello Stato membro richiesto quanto al rischio di *refoulement* dell'interessato» (§ 148).

In sintesi: da un lato, l'art. 3, par. 2, non consente deroghe alla procedura di trasferimento prevista dall'art. 18 se non quando nello Stato membro

competente vi siano carenze sistemiche, pena la violazione del principio della reciproca fiducia tra Stati membri e la vanificazione degli obiettivi del regolamento Dublino III; dall'altro, l'esercizio della clausola dell'art. 17 resta sempre facoltativo, senza convertirsi in obbligo quando lo ritenga un giudice.

2.2. *Il rilancio della Prima sezione: la protezione nazionale come obbligo di* double-check *in Italia*

Dopo la pronuncia della Corte di giustizia, l'argomento fondato sull'art. 3(2) del regolamento Dublino III (e sull'art. 4 della Carta) non è più spendibile: il giudice di merito non può annullare il trasferimento verso lo Stato membro competente – e, *a fortiori*, non può obbligare il proprio Stato a esaminare una domanda di protezione internazionale già respinta dall'altro Stato – quando lì non vi siano le «carenze sistemiche» richieste dall'art. 3, par. 2.

Nel giro di pochi mesi, per aggirare l'ostacolo, la Prima sezione della Cassazione ha elaborato una nuova soluzione interpretativa, imperniata sulla clausola dell'art. 17(1). Tale disposizione assegna allo Stato membro un ampio margine di apprezzamento. Tuttavia, tale margine si riduce, fino ad annullarsi – questa la tesi della Prima sezione – quando entra in gioco la protezione *nazionale*. Poiché il regolamento Dublino III fa riferimento alle sole domande di protezione *internazionale* (art. 2), la clausola dell'art. 17(1) sarebbe facoltativa soltanto rispetto a *quelle* forme di protezione (status di rifugiato e protezione sussidiaria), divenendo invece obbligatoria in relazione alla protezione *nazionale*, data la sua connessione con l'art. 10, terzo comma, Cost. Di conseguenza, il trasferimento sarebbe sindacabile, in quanto «rifiuto tacito di esercitare la clausola discrezionale ex art. 17», proprio sotto il profilo della mancata valutazione dei presupposti per riconoscere la protezione nazionale.

Questa tesi è stata inizialmente avanzata dalla Prima sezione della Cassazione, in riferimento a un caso analogo, con le ordinanze interlocutorie del 23 aprile 2024, n. 10898 e 10903. Le Sezioni Unite, però, non l'hanno avallata, considerandola, nella sentenza del 15 gennaio 2025, n. 935, «astratta» e contraria al diritto dell'Unione: astratta, perché non rilevante nel caso concreto, dato che il richiedente non aveva invocato la protezione nazionale e la pronuncia di primo grado impugnata si fondava sul "vecchio" argomento del *refoulement* indiretto, già respinto dalla Corte di giustizia nel 2023; contraria al diritto dell'Unione, perché affermare che il giudice del trasferimento possa, anche d'ufficio, sindacare il mancato esercizio della clausola sotto il profilo della spettanza della protezione nazionale «*condurrebbe inevitabilmente il nostro sistema in linea di collisione frontale con il diritto dell'Unione*, imponendo

sempre e comunque di derogare agli ordinari criteri di competenza e non dar mai corso ai trasferimenti, in flagrante contrasto con la stessa natura eccezionale della deroga rappresentata dalla clausola discrezionale» (§ 23.2).

Ciò nondimeno, con l'ordinanza del 5 maggio 2025 in esame, la Prima sezione della Cassazione ha rilanciato la sua tesi. L'iter argomentativo è riassumibile nei seguenti punti.

i) Il primo fa leva sulla estraneità della protezione nazionale al sistema di protezione (internazionale) previsto dal diritto dell'Unione per aggirare l'ostacolo rappresentato dalla pronuncia della Corte di giustizia del 2023.

La Prima sezione riconosce, sulla base di quella sentenza, «la non sindacabilità, da parte del giudice dell'impugnazione della decisione di trasferimento, del rischio di *refoulement* indiretto, salva la acclarata sussistenza di carenze sistemiche nel sistema di asilo e di accoglienza» (§ 8). E riconosce, altresì l'implicazione che il giudice del trasferimento non può interferire, rimettendola in discussione, con la decisione assunta dallo Stato membro competente in merito alla protezione internazionale, perché altrimenti verrebbe compromesso il principio della fiducia reciproca tra Stati membri.

Tuttavia, la Prima sezione ritiene che tutto ciò non intacchi la sfera della protezione nazionale: «[i]l rispetto assoluto e la fiducia nello Stato membro di ripresa in carico *riguarda (…) il sistema unionale della protezione internazionale*» e, di conseguenza, la stessa «insindacabilità riguarda le decisioni relative allo status di rifugiato, alla protezione sussidiaria ed alle misure consequenziali al rigetto» (§ 8.1). Per contro, il sistema di protezione nazionale non subirebbe «interferenze, quanto alla determinazione della competenza giurisdizionale con le regole unionali contenute nel regolamento n. 604 del 2013» (§ 8.2). L'autonomia del sistema di protezione nazionale, dunque, opererebbe come uno schermo rispetto ai limiti al *double check* posti dalla Corte di giustizia.

ii) Rimossi quei limiti, la Prima sezione fonda la parte propositiva della sua tesi sull'art. 10, terzo comma, Cost. La protezione complementare nazionale è «il necessario completamento del diritto d'asilo costituzionale», da cui discenderebbe la sua «natura di diritto soggettivo perfetto» e di «diritto umano fondamentale, dotato di tutela assoluta non degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo» (§ 8.3).

Sarebbero, appunto, questa «solida costruzione del diritto alla protezione nazionale nel nostro ordinamento interno ed il suo ancoraggio costituzionale» a consentire di ritenere che la protezione nazionale sia «agevolmente inquadrabile come una delle ragioni su cui si può fondare l'esercizio della clausola discrezionale»; anche perché la clausola dell'art. 17(1), «per espressa affermazione della Corte di Giustizia, può poggiare su ragioni di carattere umanitario,

nella specie, stabilite in via generale per legge», essendo le circostanze che determinano l'applicazione della clausola «di stretta pertinenza dello Stato membro» (§ 8.4).

Da questo passaggio un po' criptico – ma centrale nello sviluppo argomentativo della pronuncia – sembra potersi desumere che, *siccome* spetta al diritto nazionale definire le modalità di esercizio della clausola e *siccome* il diritto italiano configura la protezione nazionale come «diritto soggettivo perfetto», *allora* nell'ordinamento interno la discrezionalità della clausola si azzera e si trasforma in doverosità, come tale pienamente sindacabile dal giudice.

iii) Le ricadute che la Prima sezione ne trae sul piano procedurale e processuale possono leggersi come una risposta alle seguenti domande: *a)* Può, il giudice nazionale, sindacare il mancato esercizio della clausola c.d. discrezionale anche se le norme europee e nazionali non prevedono l'adozione di un atto di diniego autonomamente impugnabile? *b)* E può farlo anche in assenza di specifiche allegazioni del richiedente, che nel caso in esame non ha invocato la spettanza della protezione internazionale?

a) La risposta affermativa al primo interrogativo è così riassumibile. L'esercizio della clausola dell'art. 17(1) si inscrive nella procedura di determinazione dello Stato membro competente. Poiché questa procedura si conclude con il provvedimento di trasferimento del richiedente nello Stato membro competente (se diverso), in sede di impugnazione di quell'atto il giudice deve poter sindacare anche il mancato esercizio della clausola.

Ad avviso della Prima sezione, questa ricostruzione sarebbe da ascrivere alle Sezioni unite, che avrebbero «qualifica[to] l'omessa considerazione della sussistenza dei requisiti per la protezione nazionale come un *rifiuto tacito di avvalersi della clausola* da parte dell'Autorità Dublino», così ammettendo «la conseguente sindacabilità del rifiuto da parte del giudice dell'impugnazione del trasferimento» (§ 8.5). Benché l'ordinanza imputi più volte la tesi del rifiuto tacito alle Sezioni unite[3], la lettura della sent. n. 935/2025 legittima qualche dubbio[4].

[3] Ad esempio, là dove, nell'ordinanza del 5 maggio 2025, si parla di «innovativa qualificazione della protezione nazionale come una modalità di esercizio della clausola di sovranità» (§ 12), nonché di «novità dell'approccio ermeneutico delle S.U. che (…) introducono la protezione nazionale nell'ambito delle circostanze da valutare in sede di impugnazione della decisione di trasferimento, attraverso l'art. 17 del regolamento» (§ 12.3).

[4] Una comparazione tra le pronunce rivela che la tesi del «rifiuto tacito» era già stata avanzata dalla Prima sezione nelle ordinanze interlocutorie del 2024 (es. §§ 9 e 12, ord. 10903/2024), redatte dalla medesima relatrice dell'ordinanza del 5 maggio 2025. Dal canto loro, le Sezioni unite, nella sent. n. 935/2025, si sono limitate a richiamare quella tesi, in termini non adesivi ma meramente ricognitivi (§§ 11 e 22.1).

b) La risposta al secondo interrogativo è anch'essa positiva. Le Sezioni unite, insistendo sul principio della domanda, avevano precisato che soltanto a fronte di specifiche allegazioni del ricorrente il giudice avrebbe potuto condurre un «concreto apprezzamento circa la sussistenza di una tale ipotesi, peraltro marginale, in cui il diritto europeo non offrirebbe una tutela da parte del giudice dello Stato membro di trasferimento corrispondente a quella garantita dalla protezione complementare italiana» (sent. n. 935/2025, § 23.4).

La Prima sezione, però, pur ammettendo che l'onere di allegazione «deve essere adempiuto», ritiene che il giudizio sul trasferimento non sia autonomo rispetto al giudizio sulla protezione (§ 9.3) e che, quindi, il giudice può anche operare «un richiamo puntuale alle domande ed allegazioni contenute nella domanda di protezione internazionale che ha determinato l'avvio del sub procedimento relativo all'individuazione dello Stato competente» e tener conto, altresì, dei «fatti acquisiti nel procedimento che evidenzino il rifiuto tacito dell'Autorità Dublino di applicare la clausola di sovranità » (§ 12.6). Così, l'onere di allegazione richiesto dalle Sezioni unite viene, nella sostanza, svuotato.

3. *I limiti della pronuncia*

Individuati i tre snodi argomentativi principali dell'ordinanza del 5 maggio 2025, di seguito si procederà a un loro più accurato esame, per verificarne la consistenza.

3.1. *La «collisione frontale» con il principio della reciproca fiducia e con il sistema Dublino*

Come si è visto, l'ordinanza tenta di aggirare i limiti di sindacabilità posti dalla pronuncia della Corte di giustizia (2023) e ribaditi dalle Sezioni unite (2025), facendo leva sul fatto che il regolamento Dublino III si occupa della sola protezione internazionale, lasciando fuori dal suo ambito applicativo la protezione nazionale.

La premessa è corretta. Ai fini della sua applicazione, il regolamento, all'art. 2(b), rinvia alla definizione di «domanda di protezione internazionale» prevista dall'art. 2(h) della direttiva 2011/95, secondo cui è tale una richiesta di protezione rivolta a uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo volta a ottenere «lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria». La stessa indicazione si ricava dall'art. 2(b) della direttiva 2013/32. Pertanto, la

protezione disciplinata dalle norme nazionali, inclusa quella complementare, non rientra nella nozione di domanda di protezione internazionale cui fanno riferimento il regolamento Dublino III e le richiamate direttive.

Ne deriva, per esempio, che una domanda di protezione internazionale non può essere considerata «reiterata» se è stata presentata dopo il rigetto di una domanda dello stesso richiedente volta a ottenere la sola protezione nazionale[5]xxx; e che la revoca della protezione nazionale inizialmente concessa da uno Stato membro non dovrebbe considerarsi «decisione di rigetto» ai fini della procedura di ripresa in carico prevista dall'art. 18(1)(d) del regolamento Dublino III.[6]

Ma può derivarne anche l'implicazione che ne trae la Prima sezione?

La questione non è stata sottoposta in questi termini ai giudici dell'Unione. Nella sentenza *Ministero dell'interno* del 2023, la Corte di giustizia ha respinto la tesi della sindacabilità della clausola, come anticipato, in relazione al c.d. *refoulement* indiretto. Ma lo ha fatto non perché il principio di *refoulement* rientra nella nozione di protezione *internazionale* e quindi si è *dentro* l'ambito di applicazione del regolamento Dublino III, bensì per via del contrasto col principio della fiducia reciproca. La Prima sezione sostiene, invece, che «[i]l rispetto assoluto e la fiducia nello Stato membro di ripresa in carico *riguarda (…) il sistema unionale della protezione internazionale*» e non intacca il sistema di protezione nazionale.

Come si concilia questa affermazione con quella della Corte di giustizia, secondo cui «il principio della fiducia reciproca impone a ciascuno di tali Stati di ritenere che, tranne in circostanze eccezionali, tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo»[7]?

Anche accedendo alla tesi della Prima sezione, secondo cui la protezione nazionale comprenderebbe non solo i divieti di respingimento dell'art. 19 TUI, ma anche il catalogo aperto dei diritti fondamentali desumibile dall'art. 5, comma 6, TUI e dall'art. 10, terzo comma, Cost., quale contenuto della protezione nazionale potrebbe ritenersi non coperto da una accezione tanto ampia del principio della reciproca fiducia?

Per la Corte di giustizia, quello della reciproca fiducia è un principio di

[5] Corte di Giustizia, sentenza del 22 settembre 2022, C-497/21, *S.I. et al.*, § 46.

[6] Conclusioni dell'avvocato Generale Jean Richard de La Tour presentate il 30 aprile 2025 nella causa C-790/23, *Qassioun*, § 52.

[7] Corte di giustizia, sentenza del 30 novembre 2023, cause riunite C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, *Ministero dell'Interno*, § 131.

portata generale, che non può lasciar fuori la protezione *nazionale* per il solo fatto che essa è retta da norme interne e senza valutare se il suo riconoscimento possa interferire con l'applicazione del regolamento Dublino III. Nonostante le affermazioni della Prima sezione sull'autonomia del sistema di protezione nazionale con il sistema europeo di protezione internazionale, l'interferenza è innegabile sotto almeno due profili.

Il primo riguarda la stessa clausola dell'art. 17(1). Come la Corte di giustizia ha chiarito, «l'applicazione della clausola discrezionale (…) implica certamente un'interpretazione del diritto dell'Unione»[8]. Ne deriva che la clausola non può essere applicata a livello nazionale a prescindere dall'interpretazione che la Corte di giustizia ne dà e, in particolare, a prescindere dal principio generale di reciproca fiducia, che non può essere ignorato se si applica una norma dell'Unione. Il tentativo di *cherry-picking* della Prima sezione ("applico l'art. 17(1) del regolamento Dublino III, ma a prescindere dal principio della fiducia reciproca") non può essere condiviso.

Il secondo profilo – forse ancor più decisivo[9] – riguarda le ricadute dell'approccio proposto dalla Prima sezione. Se si consentisse a un richiedente asilo denegato in Germania di venire in Italia per ottenere una seconda *chance* di protezione, come vorrebbe la Prima sezione, si interferirebbe inevitabilmente con il sistema di determinazione dello Stato membro competente previsto dal regolamento Dublino III, sovvertendo la regola di base secondo cui «[u]na domanda d'asilo è esaminata da un solo Stato membro, che è quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III» (art. 3(1)). Altrettanto evidente sarebbe, altresì, l'interferenza con il suo obiettivo di prevenire i movimenti secondari e l'*asylum shopping*, che una soluzione come quella proposta dalla Prima sezione inevitabilmente incentiverebbe.

[8] Corte di Giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, *C.K.*, § 53

[9] Ad aprile 2025, l'Avvocato generale de La Tour ha proposto, nelle conclusioni sul caso *Qassioun*, di limitare la portata del principio della fiducia reciproca alla sola ipotesi in cui il secondo Stato membro debba «riesaminare la conclusione alla quale sono pervenute le autorità» dello Stato membro competente in merito alla «protezione internazionale» (§ 52). La proposta riguarda l'applicazione dell'art. 18(1)(d) del regolamento Dublino III alla Danimarca, che non applica *in toto* le norme europee sull'asilo. Questa interpretazione restrittiva del principio concederebbe alla tesi della Prima sezione uno spiraglio, che però sarebbe soltanto apparente. Anche qualora la Corte di giustizia dovesse optare per una accezione del principio della fiducia reciproca più restrittiva di quella fin qui affermata e applicarla alla clausola dell'art. 17(1), resterebbe il limite, a mio avviso invalicabile, dell'interferenza con l'obiettivo e l'effetto utile del regolamento Dublino III.

3.2. *L'art. 10 Cost. non basta a rendere obbligatorio l'esercizio della clausola*

Il secondo argomento impiegato dalla Prima sezione, come anticipato, è riassumibile in forma di sillogismo: *siccome* spetta al diritto nazionale definire le modalità di esercizio della clausola (premessa maggiore) e *siccome* il diritto italiano configura la protezione nazionale come «diritto soggettivo perfetto» ovvero «diritto umano fondamentale, dotato di tutela assoluta non degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo» (premessa minore), *allora* nell'ordinamento interno la discrezionalità della clausola si azzera e si trasforma in doverosità, come tale pienamente sindacabile dal giudice (conclusione).

La premessa maggiore trova conferma nella giurisprudenza europea. La decisione degli Stati membri di esercitare la clausola ha natura facoltativa, che il diritto dell'Unione non limita, non prevedendo condizioni particolari: il fine è «consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico»[10]. Spetta al singolo Stato membro decidere se e come «determinare le circostanze in cui intende far uso della facoltà conferita dalla clausola discrezionale»[11]. È corretto, perciò, affermare – come fa la Prima sezione – che le norme di diritto interno possono vincolare lo Stato membro nella scelta sull'esercizio della facoltà prevista dalla clausola.

Il punto debole del sillogismo sta, invece, nella premessa minore, cioè nella configurazione della protezione nazionale come «diritto soggettivo perfetto», incompatibile con l'attribuzione di un potere di scelta così ampio come quello previsto dall'art. 17(1). Gli elementi di maggiore fragilità sono due.

Primo: il mezzo per raggiungere tale fine è inadeguato. Sostenere – come fa la Prima sezione – che ogni diritto fondamentale è un «diritto soggettivo perfetto», in quanto tale «dotato di tutela assoluta non degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo», è tecnicamente discutibile. La c.d. teoria della degradazione, concepita oltre un secolo fa[12], proponeva una concezione dell'interesse legittimo, come posizione soggettiva "mutilata", ormai obsoleta, inconciliabile con l'attuale quadro ordinamentale. Da un lato, la Costituzione repubblicana pone sullo stesso piano le due situazioni giuridiche soggettive (artt. 24, 103 e 113

[10] *Ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza del 30 maggio 2013, C-528/11, *Halaf*, § 37.

[11] Corte di Giustizia, sentenza del 23 gennaio 2019, C-661/17, *M.A. et al.*, § 59.

[12] O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, p. 77.

Cost.)[13]. Dall'altro, il rafforzamento degli strumenti di tutela consente di configurare l'interesse legittimo come posizione sostanziale autonoma e pienamente tutelata, assimilabile a un diritto di credito[14]. Anche i costituzionalisti da tempo evidenziano la fallacia dell'equazione diritto fondamentale-diritto soggettivo, perché le libertà fondamentali hanno due dimensioni: quella costituzionale, che riguarda il valore da tutelare, e quella legislativa, che tutela quel valore nei termini del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, secondo che la legge subordini la soddisfazione della pretesa individuale alla sussistenza di determinati requisiti (da accertare) oppure al contemperamento con altri interessi pubblici o privati (da bilanciare)[15]. In definitiva, il dato ormai acquisito, nella riflessione giuridica, è che la natura legislativa della posizione soggettiva, anche ove sia configurata come interesse legittimo, non contraddice affatto la natura fondamentale del diritto[16].

Sarebbe bastato alla Prima sezione limitare il discorso al modo in cui la legge (non la Costituzione) configura la protezione, tanto nazionale quanto internazionale: siccome lo schema legislativo subordina il riconoscimento della protezione a un accertamento (pur complesso) di presupposti fattuali, e non a una valutazione discrezionale (cioè a un bilanciamento tra interessi), quella posizione è qualificabile come diritto soggettivo.

Secondo: anche con questa correzione, l'argomento della Prima sezione manca il bersaglio. La clausola dell'art. 17(1) ha l'obiettivo di «salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell'esercizio del diritto di concedere una protezione internazionale»[17]. Per questo, assegna a ciascuno Stato una *facoltà*, che la legge nazionale può sottoporre a vincoli. Si tratta di una discrezionalità anzitutto legislativa, che attiene all'*an* (cioè al "se" prevedere condizioni di attivazione della clausola) e, in subordine, al *quomodo* (cioè al "come" vincolarne l'esercizio). Qualora il legislatore statale decida di non disciplinare la materia, l'unica fonte attributiva del potere resta l'art. 17(1).

Su quella base, l'amministrazione dello Stato membro diverso da quello competente ha, a sua volta, la facoltà di non esaminare la domanda di asilo,

[13] Per tutti, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 182.

[14] L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubb.*, 2019, pp. 735 ss.

[15] Basti richiamare G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 3 ss., e A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, p. 69 ss.

[16] M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, spec. p. 371 ss.

[17] Corte di Giustizia, sentenza del 5 luglio 2018, C-213/17, *X*, § 63.

cioè una discrezionalità sull'*an* assimilabile a quella che può vantare, nei confronti del cittadino, in materia di autotutela amministrativa. Per giurisprudenza costante, l'amministrazione può decidere di non riesaminare la decisione assunta e può ignorare l'istanza del cittadino che le chieda di agire in autotutela, perché la situazione soggettiva "sottostante" – ad esempio, il diritto fondamentale di proprietà, leso da un atto di espropriazione di cui si chieda il riesame – non basta a fondare un obbligo dell'amministrazione in tal senso[18]. Analogamente, in materia di clausola discrezionale, la configurazione della protezione nazionale come diritto soggettivo non rileva, perché la pretesa del richiedente all'esame della (nuova) domanda di asilo è distinta e non è tutelata dall'art. 17(1), che non obbliga neppure ad adottare una decisione *ad hoc* debitamente motivata. Per questo, per la Corte di giustizia, il mancato esercizio della clausola non è, di per sé, sindacabile[19].

Infine, anche a prescindere dai vizi attinenti al modo in cui vi si approda, la conclusione del sillogismo è, dal punto di vista del funzionamento del sistema Dublino, di per sé problematica. Sostenere che, al cospetto della protezione nazionale, la clausola dell'art. 17(1) diventi doverosa e perciò consenta al giudice nazionale di sindacare il trasferimento – per di più, senza limiti (v. *infra*, § 3.3) e, quindi, virtualmente, *sempre* – significa ammettere che tutti i richiedenti asilo già denegati in un altro Stato membro possano spostarsi in Italia per evitare il rimpatrio e ottenere una seconda *chance* di protezione. Il contrasto di tale interpretazione con l'obiettivo del regolamento Dublino III (prevenire i movimenti secondari e l'*asylum shopping*) e con il suo effetto utile (rendere cogenti le regole sulla determinazione dello Stato competente) non potrebbe essere più netto. Enunciare un astratto criterio di autonomia e non interferenza della protezione nazionale non basta a eludere questa antinomia, manifesta sul piano applicativo. Per superarla, dunque, occorrerebbe ripensare la conclusione raggiunta dalla Prima sezione; oppure proporre una questione di legittimità costituzionale che consenta alla Corte competente di valutare l'attivazione dei c.d. controlimiti. *Tertium non datur*.

[18] *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 21 maggio 2024, n. 4518: l'amministrazione non ha l'obbligo di pronunciarsi su una istanza di autotutela, in quanto «non è configurabile un obbligo di provvedere a fronte di istanze di riesame di atti precedentemente emanati, conseguente alla natura officiosa e ampiamente discrezionale, soprattutto nell'*an*, del potere di autotutela ed al fatto che, rispetto all'esercizio di tale potere, il privato può avanzare solo mere sollecitazioni o segnalazioni prive di valore giuridicamente cogente».

[19] Corte di Giustizia, sentenza del 23 gennaio 2019, C-661/17, *M.A. et al.*, § 86 e sentenza del 23 gennaio 2019, C-359/22, *AHY*, § 47.

3.3. *La vana ricerca del Santo Graal: non può esservi una tutela effettiva disgiunta dal principio della domanda e dal principio di legalità*

La tesi della "sindacabilità sempre" è rafforzata dal modo in cui la Prima sezione ne amplifica le ricadute sul piano processuale e su quello procedurale.

a) Sul piano processuale – come si è visto – la Prima sezione ritiene, in sostanza, che l'assenza di allegazioni del ricorrente in merito alla spettanza della protezione nazionale come ostacolo al trasferimento non precluda la sindacabilità della decisione sotto quel profilo: è sufficiente, infatti, che il giudice possa desumere dal colloquio prima del trasferimento o anche dalla domanda di protezione «allegazioni coerenti con i requisiti di vulnerabilità propri del nostro sistema interno di protezione nazionale» (§ 12.6).

L'approccio "elastico" al principio della domanda connota quella giurisprudenza, soprattutto di merito, che tende a sovrapporre principio della domanda e principio dispositivo: in materia di asilo, l'attenuazione del secondo, cioè dell'onere della prova, è un dato processuale consolidato, che però non implica anche una attenuazione del primo, cioè dell'onere di allegazione. Proprio nella sentenza di gennaio, le Sezioni unite hanno nuovamente censurato questo approccio, ribadendo che «sussiste l'esigenza di una autonoma allegazione da parte del richiedente delle specifiche ragioni dell'impugnazione del provvedimento di trasferimento, in conformità al generale principio dispositivo»[20]. Richiami insistiti ma, finora, vani.

La medesima "elasticità" affiora là dove la Prima sezione afferma la continuità tra il giudizio sul trasferimento e il giudizio sulla protezione: l'asserita continuità dipenderebbe dal fatto che il trasferimento sarebbe un «sub-procedimento» della procedura di asilo.

Questa ricostruzione contrasta con quella della Corte di giustizia. I giudici europei hanno più volte chiarito che il trasferimento si inserisce nella procedura di determinazione dello Stato membro competente. Perciò, qualora non sia possibile procedere al trasferimento (per via delle carenze sistemiche indicate dall'art. 3(2) ovvero perché lo stato di salute del richiedente è incompatibile col trasporto), lo Stato membro che procede a determinare la competenza non è tenuto a esaminarne la domanda di protezione: *sia perché* deve verificare se sia possibile applicare gli altri criteri di competenza indicati dal regolamento Dublino III; *sia perché* la clausola dell'art. 17(1) «non può essere interpretata

[20] Corte di Cassazione, sentenza n. 935, del 15 gennaio 2025, § 16.5; si v. anche §§ 15.3, 23.2, 23.4.

(…) nel senso che implicherebbe un obbligo in capo a detto Stato membro di farne quindi applicazione»[21].

Se, dunque, le due procedure non sono "embricate" bensì distinte, come si può sostenere che i relativi giudizi siano comunicanti e che i motivi invocati a un fine (ottenere la protezione) valgano per l'altro (evitare il trasferimento), senza necessità di una autonoma allegazione?

b) L'altro argomento impiegato dalla Prima sezione riguarda, come anticipato, il nesso tra il trasferimento e la clausola dell'art. 17(1). La Corte di giustizia ha chiarito che, al pari del trasferimento, anche l'esercizio della clausola si inscrive nella procedura di determinazione dello Stato membro competente. Tuttavia, a differenza della Prima sezione, non ne fa derivare *sic et simpliciter* la conseguenza che il sindacato sul trasferimento si estende alla clausola (*rectius*, al suo mancato esercizio).

La condizione per attivare quel sindacato non è meramente procedurale, ma sostanziale. Occorre verificare se le norme nazionali vincolino lo Stato membro al rispetto di particolari criteri nell'esercizio della clausola, dato che le norme dell'Unione non lo fanno. Come la Corte di giustizia ha chiarito nella sentenza *AHY* del 18 aprile 2024 – ignorata dalla Cassazione, ma non da alcuni giudici di merito[22] – se la legge nazionale non introduce un vincolo di questo tipo, cioè uno specifico obbligo, non può esservi un corrispondente diritto, cioè una pretesa azionabile in giudizio: nelle parole della Corte, «[i]n assenza di un obbligo siffatto, il richiedente protezione internazionale non dispone di alcun diritto garantito dal diritto dell'Unione a che uno Stato membro faccia uso di tale clausola e del potere discrezionale che essa gli conferisce» (§ 54). A queste condizioni, il mancato esercizio della clausola, pur in astratto sindacabile, non è, in concreto, giustiziabile e, quindi, sotto questo profilo, «una decisione adottata ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino III non può essere equiparata a una decisione di trasferimento», perché il diritto dell'Unione «non impone agli Stati membri di prevedere un ricorso effettivo avverso una decisione discrezionale siffatta» (§ 43).

Né a una conclusione diversa può giungersi – precisa la Corte – appellandosi in generale ai diritti fondamentali o, in particolare, al principio di effettività della tutela. Da un lato, «nessuna circostanza, neppure se ha attinenza ai diritti fondamentali, può obbligare uno Stato membro a fare uso di tale clausola e ad esaminare direttamente una domanda per la quale non è competente»

[21] Corte di Giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, *C.K.*, § 88 e sentenza del 14 novembre 2023, C-4/11, *Puid*, § 37.

[22] Trib. Milano, decreto del 26 giugno 2025 (r.g. n. 5317/2022).

(§ 40)[23]. Dall'altro, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva serve a tutelare una posiziona giuridica soggettiva quando questa vi sia. Se essa manca, perché non vi è un vincolo normativo all'agire amministrativo del quale il soggetto possa chiedere il rispetto, manca anche la pretesa che dovrebbe essere oggetto del controllo giurisdizionale.

Il richiamo ai diritti umani e al principio di effettività della tutela, dunque, non basta, perché non può sostituire il necessario ancoraggio della posizione soggettiva alla legge. Se il diritto dell'Unione non impone alle autorità statali nessuna condizione particolare per l'esercizio della clausola dell'art. 17(1) del regolamento Dublino III e la volontà della maggioranza, a livello statale, non si è espressa nel senso di vincolare quel potere di scelta, ancorandolo a criteri specifici, il risultato è una decisione non sindacabile dal giudice. Principio di legalità e sindacato del giudice sono coestensivi: stanno e cadono insieme.

4. *Conclusioni scomode*

Sostenere – come la Prima sezione fa nell'ordinanza del 5 maggio 2025 – che, dopo il diniego dello Stato membro competente, il richiedente abbia diritto a un esame della sua domanda di asilo in Italia, sia pure solo in relazione alla protezione nazionale ivi prevista, porterebbe a un paradosso: dopo un eventuale nuovo rigetto in Italia, quel richiedente dovrebbe poter avanzare la medesima pretesa anche negli altri Stati membri che abbiano una *loro* protezione complementare, per definizione diversa da quelle vagliate in precedenza. Così, il sistema Dublino cesserebbe di esistere. Non a caso, la tesi dei giudici italiani rappresenta – dopo quella in tema di Paesi di origine sicuri – un nuovo *unicum* in Europa.

L'analisi svolta evidenzia una collisione con il diritto dell'Unione sotto vari profili: *in relazione all'art. 17(1) del regolamento Dublino III*, che qualifica come «discrezionale» (*rectius*, facoltativa) una clausola che non può diventare doverosa senza una precisa scelta *legislativa* interna, non bastando a tal fine evocare la protezione nazionale e l'art. 10 Cost.; *in relazione all'art. 3(1) del*

[23] La Corte di giustizia, del resto, aveva già chiarito che «è irrilevante, ai fini dell'applicazione del suddetto articolo 4, che l'interessato sia esposto a un grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante, a causa del suo trasferimento verso lo Stato membro competente» (*Ministero dell'interno*, § 135) e che «nemmeno le considerazioni relative all'interesse superiore del minore possono obbligare uno Stato membro a far uso di detta facoltà» (*M.A. et al.*, § 72).

medesimo regolamento, cioè alla regola "una domanda-una decisione-uno Stato membro", che non può essere sovvertita da un sistematico *double-check* in Italia; *in relazione al principio di reciproca fiducia*, che impone di ritenere che anche gli altri Stati membri rispettino i diritti fondamentali (salva l'ipotesi di carenze sistemiche) e che non può ammettere un sindacato volto a tutelare i diritti fondamentali riconducibili alla protezione nazionale; *in relazione al principio di effettività della tutela giurisdizionale*, che la Corte di giustizia àncora al principio di legalità, ricordando che «l'articolo 47 della Carta è destinato ad applicarsi solo se la persona che lo invoca si avvale di diritti o di libertà garantiti dal diritto dell'Unione» (*AHY*, § 52); infine – ma basterebbe questo – *in relazione agli obiettivi del regolamento Dublino III*, che mira a evitare i movimenti secondari e l'*asylum shopping*, che l'interpretazione della Prima sezione invece incentiva.

Pochi mesi prima, con la sentenza n. 935/2025, le Sezioni unite avevano messo in guardia la Prima sezione. Benché non avessero dato conto di tutti i profili di contrasto col diritto dell'Unione – ritenendo quell'ipotesi interpretativa non rilevante nel caso concreto – le Sezioni unite avevano chiaramente censurato quell'ipotesi «astratta» proprio per la sua «collisione frontale» con gli obiettivi del regolamento Dublino III. Tuttavia, quel *judicial minimalism*, sobriamente ancorato al caso concreto e al solido argomento teleologico (la *ratio legis* europea), non è bastato ad arginare il disinvolto *judicial activism* della Prima sezione.

Una comparazione con l'attivismo dei tribunali italiani in tema di Paesi sicuri[24] consente di enucleare alcuni tratti ricorrenti:

i) la "fuga" dal caso concreto, oggetto del giudizio, rivelata da un atteggiamento "elastico" rispetto all'onere di allegazione;

ii) il *cherry-picking* dal diritto dell'Unione, con il richiamo a parti di norme e pronunce sovranazionali che, prese isolatamente, al di fuori di una lettura sistematica, siano funzionali all'obiettivo interpretativo da raggiungere, se serve anche disapplicando in modo incauto;

iii) la noncuranza per la *ratio legis*, cioè per il (divergente) obiettivo perseguito dal legislatore (europeo o nazionale), quando quell'obiettivo risponda a una politica restrittiva, ritenuta contraria all'universalismo dei diritti;

iv) l'aggiramento del principio di legalità (cioè della volontà della maggioranza politica e dei cittadini elettori) attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali (o europei), che il giudice interpreta liberamente, senza

[24] M. SAVINO, *Se i giudici tornassero a occuparsi del caso concreto? L'impasse sui Paesi terzi sicuri e una possibile via di uscita*, in ADiM Blog, 30 novembre 2024.

chiedere alla Corte costituzionale (o di giustizia) la *previa* validazione di quella interpretazione "antinomica";

v) l'invocazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale come Santo Graal, in grado di rendere sindacabile ogni aspetto di qualsiasi decisione, anche quando quella decisione è riservata all'esecutivo *perché* non incide sui diritti individuali, che sono già tutelati *aliunde* (in tema di asilo "denegato", dalle autorità dello Stato membro competente, che hanno già valutato la domanda di asilo; in tema di Paesi sicuri, dall'art. 36(1) della direttiva 2013/32, che consente di superare la presunzione di sicurezza del Paese di origine nel caso concreto).

Questa forma di attivismo sollecita interrogativi più generali. Che ne è della funzione nomofilattica della Cassazione, se ciascun giudice si ritiene depositario della interpretazione "migliore" e, perciò, legittimato a reinterpretare (nella sostanza, a disattendere) una pronuncia recente delle Sezioni unite? Come può, quella "migliore" interpretazione, fondarsi su una lettura di una norma costituzionale (l'art. 10, terzo comma, Cost.) mai avallata dalla Corte costituzionale? Che cosa resta della separazione dei poteri se ogni giudice può – sempre in nome dei diritti umani – invadere la sfera decisionale del potere esecutivo (rendendo obbligatoria una clausola facoltativa) e quella del legislatore europeo (ostacolando il funzionamento del sistema Dublino e vanificandone gli obiettivi)? Possono, i giudici che si sentano paladini dell'universalismo dei diritti, decidere di fare dell'Italia un "santuario" per i richiedenti asilo altrove denegati in Europa, sul modello delle "*sanctuary cities*" statunitensi che rifiutano di cooperare con le autorità federali nell'applicazione delle leggi sull'immigrazione?

Chi scrive sa bene che quelle appena proposte sono domande scomode, soprattutto in un contesto, come quello attuale, in cui la tenuta dello Stato di diritto è minacciata: basti pensare alle temerarie iniziative dell'amministrazione Trump e al numero crescente di governi che, anche in Europa, vorrebbero soggiogare la magistratura alla "volontà del popolo". Il timore è che coltivare dubbi sulle decisioni dei giudici significhi portare acqua al mulino dei nemici della *rule of law* e dell'indipendenza della magistratura. Un timore comprensibile, ma non condivisibile. Il dogma dell'infallibilità non si attaglia a nessun potere dello Stato, neppure a quello giudiziario. Se vuole salvaguardare la propria indipendenza, la magistratura deve essere disposta a riconoscerlo. Deve – benché (anzi, proprio perché) sotto attacco – ammettere che, accanto alle critiche strumentali, possono esservi critiche fondate. E deve saper distinguere le une dalle altre, così da respingere con fermezza le prime e far tesoro delle seconde.

La scienza giuridica – che non è "esatta" ma è pur sempre "scienza" – può dare un contributo. Utilizzando un approccio "esigente" al diritto, può fornire analisi che sollecitino l'autocritica dei giudici, li aiutino a migliorare la qualità delle decisioni, ne rafforzino la credibilità e, in ultima istanza, la stessa indipendenza. Certo, la scienza giuridica può anche decidere di abdicare a questo suo ruolo critico per timore di contribuire al peggio. Ma la sua acritica accondiscendenza non aiuta i giudici a individuare i confini del proprio ruolo, rispetto al tipo di giudizio loro affidato e alle attribuzioni spettanti agli altri poteri dello Stato. Non aiuta a restituire al diritto un ragionevole grado di certezza, che serve per disinnescare conflitti altrimenti polarizzanti. E non aiuta a comprendere la profonda crisi di legittimazione che attraversa le democrazie liberali e che ha il suo epicentro nella materia dell'immigrazione.

.

AT THE EDGE OF PROTECTION: THE ECTHR'S DECISION IN MANSOURI V. ITALY ECTHR (GRAND CHAMBER), INADMISSIBILITY DECISION, 29 APRIL 2025, MANSOURI V. ITALY, APPLICATION NO. 63386/16

Fatima Zahra El harch[1*]

SUMMARY: 1. Facts. – 2. Jurisdiction and the public function of private actors. – 2.1. Admissibility and the exhaustion of domestic remedies. – 2.2. The inhuman or degrading treatment under article 3 of the Convention. – 3. Comment.

1. *Facts*

On 29 April 2024, the European Court of Human Rights (ECtHR) declared inadmissible the application lodged by a Tunisian national, Mr. Habib Mansouri, who alleged multiple violations of the European Convention on Human Rights by the Italian authorities in the context of his return from Italy to Tunisia in May 2016. The case arose following Mr. Mansouri's denial of entry at the port of Palermo, despite his previous lawful residence in Italy under a temporary residence permit valid from 2014 to 2016.

After a brief return to Tunisia beginning on 20 January 2016, Mr. Mansouri attempted to re-enter Italian territory on 1 May 2016 aboard the *Splendid*, a cruise ferry operated by the private company Grandi Navi Veloci (GNV). Upon his arrival in Palermo, border control authorities conducted a document check, during which Mr. Mansouri presented his Tunisian passport, an expired residence permit, and proof of a pending application for a long-term residence permit submitted in October 2015. However, the border police discovered that this application had been formally rejected on 24 March 2016 by the Chief of Police (*Questore)* of Ferrara. In the absence of a valid visa or residence permit, Mr. Mansouri was issued with a refusal-of-entry order (*respingimento alla frontiera*) pursuant to Article 10 of Italian Legislative Decree No. 286/1998[2].

In application of Article 10(3) of the same legislative decree, the Italian

[1*] Phd candidate, University of Trento.

[2] Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

authorities instructed the captain of the *Splendid* to ensure that Mr. Mansouri remained on board and was returned to Tunisia by the same vessel, holding him responsible for all related expenses. They also warned that if Mr. Mansouri escaped due to the captain's negligence, he could face criminal prosecution under Article 12(1), which carries penalties of up to three years' imprisonment and a fine of €15,000. Consequently, Mr. Mansouri was confined to the ship for the entire duration of its scheduled route and was not returned to Tunis until May 7, 2016.

According to the applicant, the conditions of his stay aboard the ship amounted to a *de facto* detention. He claimed he was held in a locked cabin resembling a detention cell: the cabin had barred doors, was locked externally, and lacked an emergency call mechanism. He further alleged that his requests to leave the cabin were systematically denied, his personal belongings were searched without consent, and he received no medical attention or consideration for his dietary needs. Although he acknowledged receiving meals and maintaining mobile phone contact with his family and lawyer, he characterised the environment as one of extreme restriction and social isolation. Subsequently, Mr. Mansouri applied to the ECtHR, alleging violations of Articles 5, 3, and 13 of the Convention. He argued that his confinement aboard the Splendid amounted to an unlawful deprivation of his personal liberty (Article 5), that the conditions were degrading and thus in breach of Article 3, and that he lacked access to an effective domestic remedy, contrary to Article 13.

2. *Jurisdiction and the public function of private actors*

Before addressing the merits, the Court turned to the question of jurisdiction. The Italian Government had contended that, following the ship's departure from Italian territorial waters and subsequent return to Tunisia, any alleged deprivation of liberty fell outside its jurisdiction under Article 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The Court unequivocally rejected this claim. Referring to well-established case-law[3], the Court reiterated that a vessel flying the flag of a State remains under that State's exclusive jurisdiction under international law, a principle that extends to the application of the ECHR.

The Court held that the instructions given by the Italian border police to

[3] ECtHR (Grand Chamber), judgment of 23 February 2012, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, no. 27765/09; ECtHR, judgment of 31 May 2016, *Bakanova v. Lithuania*, no. 11167/2012.

the ship's captain, ordering the applicant's return under threat of criminal liability, amounted to an exercise of sovereign authority. As a result, the applicant's confinement aboard the Splendid was attributable to Italy under Article 1 ECHR. Rejecting the Government's claim that the ship's captain acted privately, the Court found that he was enforcing a refusal-of-entry order under Italian immigration law—a public function governed by national and EU legal frameworks. Given his legal duties, including the maintenance of order on board (Article 1249 of the Italian Navigation Code), the captain acted in a public capacity throughout. The Court thus dismissed the objection *ratione personae* and confirmed Italy's jurisdiction and potential responsibility.

2.1. *Admissibility and the exhaustion of domestic remedies*

The Court subsequently turned to the question of admissibility regarding Mr. Mansouri's exhaustion of domestic remedies under Article 35.1 ECHR, a core element of the Court's subsidiarity principle.

The Italian Government raised a preliminary objection, arguing that Mr. Mansouri had failed to pursue two remedies available under domestic law: an urgent interim application under Article 700 of the Code of Civil Procedure and a compensatory action under Article 2043 of the Civil Code. These remedies, they claimed, had been effectively used in other immigration cases, including instances involving refusals of entry and alleged unlawful detention.

The applicant disputed the applicability and effectiveness of these remedies. He argued that Article 700 lacks the procedural safeguards required for challenging deprivations of liberty, citing J.A. and Others v. Italy.[4] Regarding Article 2043, he noted that damages were typically granted only after a domestic court had already declared the detention unlawful, which had not occurred in his case. He also raised concerns about accessibility, pointing out that his confinement on the ship and lack of a formal detention order prevented him from identifying the proper legal avenue or authorising his lawyer to act.

Nonetheless, the Court reaffirmed its case-law: remedies must be accessible, adequate, and effective in practice. It reiterated that, for ongoing detention, a remedy must provide a real prospect of release and that preventive and compensatory remedies must be complementary. However, once detention has ended, a compensatory claim may suffice, if effective and capable of redress.

Applying this framework, the Court concluded that the applicant had not

[4] ECtHR, judgment of 30 March 2023*, J.A. And Others V. Italy*, no. 21329/2018.

satisfied the requirement to exhaust domestic remedies. Although specific precedents were lacking, it held that both remedies were sufficiently accessible and should have been tested. The Court also rejected the claim of inaccessibility, citing Mr. Mansouri's ongoing contact with his lawyer. Lastly, it placed the applicant's return within the broader EU border control framework, particularly under the Schengen Borders Code, and observed that the return process originated from the refusal-of-entry order. It questioned whether this order provided a legal basis for the applicant's alleged deprivation of liberty. Importantly, the Court noted that the domestic courts had not examined these issues or considered making a preliminary reference to the CJEU, thereby underscoring the relevance and responsibility of national remedies within the EU legal order.

2.2. *The inhuman or degrading treatment under article 3 of the Convention*

The applicant argued that his confinement aboard the *Splendid* for seven days amounted to inhuman and degrading treatment under Article 3 ECHR and that no effective remedy was available, in breach of Article 13. He described being locked in a cabin with barred doors, under constant surveillance, and denied outdoor access.

The Government maintained that the cabin was of adequate size (11 m²), clean, equipped with a bathroom and natural light, and that the applicant could leave under supervision. He retained his belongings and was in contact with his family and lawyer.

The Court found no evidence that the treatment reached the minimum level of severity required under Article 3. Mr. Mansouri was not particularly vulnerable, lacked signs of physical or psychological harm, and had access to communication and adequate living conditions. The Court therefore held that Article 3 was not engaged. As a result, the related Article 13 complaint was also dismissed as manifestly ill-founded under Article 35.3(a) and 4 of the Convention.

3. *Comment*

In the present case, the European Court of Human Rights (ECtHR) reaffirmed its subsidiary role within the Convention system, adhering to the traditional interpretative framework of Article 35 ECHR. This provision, which obliges applicants to exhaust all available and effective domestic remedies

prior to bringing a complaint before the Court, serves a dual purpose: reinforcing the primacy of national jurisdictions in safeguarding fundamental rights, and preserving the Court's function as a last-resort mechanism of international protection[5].

Nonetheless, over the past two decades, the Court's case-law has undergone a discernible evolution in the application of this requirement. Once construed as a rigid procedural threshold demarcating domestic from supranational responsibility, the exhaustion rule has gradually been interpreted through a more flexible and context-sensitive lens. This development reflects the Court's increasing recognition that Article 35.1 cannot be applied in the abstract but must be evaluated considering the actual effectiveness of remedies available within the respondent State's legal order. In this regard, Article 35 must be read in conjunction with Article 13 ECHR, which guarantees the right to an effective remedy.[6]

Pursuant to this integrated approach, a domestic remedy is considered "effective" only if it is both accessible and capable of providing redress in practice. It need not guarantee success[7] but it must offer a genuine prospect of addressing the alleged violation. The Court has underscored this in cases such as *Gherghina v. Romania*[8] and *Dalia v. France*,[9] where it stressed that remedies must not only exist in law but be sufficiently certain in practice.

Accordingly, the ECtHR exercises a dual evaluative function: first, to determine whether the applicant has made reasonable use of domestic procedures; second, to assess whether those procedures are substantively adequate and accessible, as required by Article 13 ECHR. This dual obligation reflects the procedural architecture underpinning the Convention's supervisory mechanism, which entrusts national authorities with primary responsibility for the enforcement of rights.[10]

[5] See N. VOGIATZIS, *The admissibility criterion under article 35(3)(b) echr: a 'significant disadvantage' to human rights protection,* in *International and Comparative Law Quarterly*, n. 1/65, 2016, pp. 185-211; ECtHR, judgment of 16 Septermber 2014, *G. Stella v. Italy*, no.49169/09.

[6] § 102-109, ECtHR, judgment of 25 Septermber 1997, *Aydin V. Turkey*, no. 23178/94.

[7] § 157, ECtHR, judgment of 26 October 2000, *Kudła V. Poland*, no. 30210/96.

[8] ECtHR (Grand Chamber), judgment of 9 July 2015, *Răzvan Mihai GHERGHINA V. Romania*, no. 42219/07.

[9] ECtHR, judgment of 19 february 1998, *Dalia V. France*, no. 154/1996.

[10] See C. MASCIOTTA, *Il ricorso diretto a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 Cedu: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio delle Fonti*, n. 1/2018; also *Guide to good practice in respect of domestic remedies,* adopted by the Committee of Ministers on 18 September 2013.

The Court's evaluation of a remedy's "effectiveness" involves two interrelated dimensions. On the one hand, it assesses adequacy—namely, whether the remedy offers a concrete and appropriate means to prevent or rectify the alleged violation.[11] On the other, it considers accessibility, which includes an examination of potential procedural, legal, or practical obstacles that may impede an individual's ability to initiate proceedings.

This evolving case law has resulted in a gradual softening of the admissibility threshold in cases where domestic remedies, although formally available, are ineffective or illusory in practice. The Court has shown increased willingness to admit direct applications in such instances, particularly where systemic deficiencies in national legal frameworks preclude meaningful access to justice. This approach has recently been formalised in the *Practical Guide on Admissibility Criteria* (31 August 2023), which expressly recognises the "flexibility" embedded in Article 35.1 ECHR, especially in relation to migration, detention, and other urgent contexts involving structural procedural barriers.

This finding suggests a tension between the Court's increasingly flexible procedural doctrine and its more rigid application in certain contexts. It is argued that a more nuanced approach in the Mansouri case would have been more appropriate, especially in light of the complex nature of detention on private vessels due to refusal of entry which often involves opaque or expedited measures. Indeed, the Court's strict adherence to procedural formalism arguably resulted in a missed opportunity to engage with the substantive human rights dimensions raised by the applicant's claims.

The alleged violations concerned two core provisions of the Convention: Article 5 (right to liberty and security) and Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment) —both of which require close scrutiny given their fundamental importance in the Convention system, with Article 3 being non-derogable even in times of emergency.

Had the Court adopted a less stringent interpretation of the exhaustion requirement, it might have clarified the scope of obligations incumbent on States in detention-like conditions during return operations by sea, particularly in situations involving return orders executed by private carriers under State instruction. Indeed, the Court's reliance on the EU legal framework – especially its reference to the Schengen Borders Code and the preliminary reference procedure under Article 267 TFEU – as justification for its inadmissibility finding merits critical scrutiny. Although the Court correctly identified

[11] ECtHR (Grand Chamber), judgment of 17 September 2009, *Scoppola v. Italy*, no. 10249/03;

that national courts could theoretically have reviewed the legality of the applicant's confinement through EU law mechanisms, it uncritically presumed these mechanisms were genuinely accessible and effective. In practice, however, the structural complexities and procedural opacity inherent in return operations conducted by private carriers raise substantial doubts about whether such remedies could realistically be invoked. Thus, while formally coherent, the Court's reasoning arguably prioritizes procedural formality over substantive justice, missing an opportunity to address the broader human rights implications of EU border management practices.

This case thus highlights a broader systemic tension which calls for a recalibration of the balance between procedural compliance and the practical realities confronting individuals subject to migration control. In line with that analysis, *Mansouri v. Italy* illustrates the risks of privileging procedural orthodoxy at the expense of substantive human rights protection—especially in contexts where the very effectiveness of domestic remedies is itself part of the applicant's challenge. The tension is reflected not only in the Court's Article 35 analysis but also in its compartmentalised treatment of Articles 3, 5, and 13 ECHR. Its assessment under Article 3 focused narrowly on individual factors – age, health, and cabin conditions – without considering the broader context of confinement at sea. This approach sidelined the more structural concerns: the applicant's prolonged deprivation of liberty aboard a private vessel acting under State instruction, outside a clear legal framework. These issues fell more squarely within the scope of Articles 5 and 13, yet the Court failed to engage with the absence of judicial oversight or effective remedies, overlooking the systemic gaps in return procedures involving private carriers.

While the Court's conclusion under Article 3 ECHR may formally align with its existing case-law, the specific facts of the Mansouri case raise novel questions that the Court has not previously addressed. Unlike transit zones[12], in such settings, individuals cannot freely disembark or redirect their route to a non-European country but must await the ship's navigation according to a predetermined route. In the absence of clear national legislation regulating such de facto detention, and without judicial oversight, there is a serious risk that these practices will remain shielded from effective legal scrutiny. If left unaddressed, this gap could preclude the Court from ever engaging with the

[12] See, among others, F. RONDINE, *Quante pareti ha una prigione? Il trattenimento nelle zone di transito (ungheresi) nuovamente al vaglio della Corte EDU*, *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, luglio 2024; R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie e difetti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2019.

human rights implications of this kind of confinement, thereby entrenching a legal grey zone in which liberty is curtailed without adequate procedural safeguards. Against this background, a more flexible reading of the admissibility rule would arguably have required the Court, in this case, to engage more closely with the possibility of allowing a direct application – if only to clarify the procedural and substantive obligations of States in a context where traditional legal remedies may be illusory or structurally inaccessible.

In this respect, the Court's approach contrasts with findings already raised at the national level. In its 2019 Report, the "Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale" expressly criticised the use of private carriers in returns carried out under Article 10(3) of the Italian Immigration Act, highlighting the legal ambiguity and lack of procedural safeguards for individuals held aboard vessels without formal detention orders[13]. The "Garante" underscored the risk of arbitrary deprivation of liberty in such contexts, where individuals may be subject to physical restriction and surveillance by private actors acting under State instruction, yet outside the scope of effective judicial control.

Accordingly, the Mansouri case must be read as a missed opportunity for the Court to clarify the legal standards applicable to forms of de facto detention increasingly prevalent in the European migration context. By retreating behind evidentiary thresholds and procedural formalism, the Court denied itself the chance to meaningfully address the human rights implications of detention-like arrangements executed in legal grey zones–arrangements which, as the "Garante nazionale" has stressed, call for urgent normative clarification.

[13] Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, gennaio – febbraio 2019.

UNA TEORIA DELLA PRASSI: IL SUPPORTO LEGALE TRA "PROTEZIONE" E STRUMENTI

Giovanna Spanò*

SOMMARIO: 1. Una premessa: tra teoria…. – 2. …e soggettività, identità, vulnerabilità. – 3. Alcune criticità ricorrenti (ricorsive) e … – 4. … un metodo nella prassi del rapporto operatore legale-migrante.

1. *Una premessa: tra teoria…*

Com'è noto, le problematiche afferenti alle migrazioni forzate sono state oggetto di dettagliate e trasversali analisi, attraverso punti di vista e premesse disciplinari, a loro volta, molteplici e diversificate. A fronte dell'approccio emergenziale assunto dal legislatore in materia, la consapevolezza della strutturalità del fenomeno non è mai sfuggita all'osservazione attenta della dottrina[1], nonché di coloro che si confrontano quotidianamente sul campo.

Le seguenti riflessioni scaturiscono dai risultati del lavoro di ricerca e di operatrice legale effettuato durante il biennio 2018-2020, nell'ambito del progetto Àncora, cofinanziato dalla Regione Toscana e svolto in collaborazione con la Cooperativa Sociale Odissea[2]. Per ciò che concerne il versante tecnico-operativo, è stato effettuato supporto individuale e informativa legale generale ai/alle richiedenti protezione internazionale. Il primo, come è noto, consiste nel raccogliere le dichiarazioni e il racconto – la "storia" come viene (forse, erroneamente) definita – dei richiedenti, attraverso un colloquio individuale. Inoltre, sono stati indagati i profili teorici dello stato della protezione internazionale in Italia, tanto a livello di tendenze nazionali, quanto in relazione alla gestione regionale e locale, al fine di individuare prassi e linee guida efficaci, soprattutto, ma non solo, nel rapporto operatore legale e richiedente asilo.

In effetti, da simili spunti, si può inferire la presenza di alcuni comportamenti o di atteggiamenti – più o meno consapevoli – che possono minare tanto l'equilibrio nel rapporto operatore/richiedente, cittadino/migrante,

* Post-doc in Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa.

[1] V. CARLINO, *L'accesso alla tutela giurisdizionale nella procedura per il riconoscimento del diritto di asilo*, Padova, 2021.

[2] Nella piana lucchese e in Garfagnana, presso CAS, nonché presso lo Sportello Immigrazione del Comune di Lucca e di Capannori.

italiano/straniero, quanto un rapporto di fiducia volontario, costruttivo e non coattivo tra gli stessi. Elementi di riflessione che, seppur pertinenti, in particolare, al supporto o alla consulenza legale, potrebbero risultare utili in un quadro generale dell'accoglienza: si pensi, tra gli altri, al ruolo dell'operatore sociale, oppure al mediatore linguistico culturale. Ancora, dinamiche simili ben possono instaurarsi tra il richiedente asilo e i difensori. Alcune di queste considerazioni, infine, possono estendersi anche ai giudici.

Si è consapevoli che nessun metodo o filtro impiegato *può* essere neutro: bensì, si presenta quale prodotto del proprio sentire, del vissuto e delle competenze personali, della formazione individuale, oltreché dell'*interesse* verso certi ambiti disciplinari o tematiche attuali. Nondimeno, la domanda che qui si prova a sollecitare riprende simili considerazioni per una loro rielaborazione in chiave critica: quali sono le implicazioni che derivano da scelte (anche di ricerca) totalmente soggettive? Il contributo tenta di offrire alcune soluzioni, alla luce di tre direttrici principali, che si manifestano come riflesso di altrettanti e più comuni dilemmi: 1) la soggettività migrante come *categoria* ontologicamente vulnerabile; 2) vuoti di tutela nella teoria e nella pratica[3]; 3) la gestione sul campo dell'accoglienza e del supporto legale e/o psico-sociale delle e nelle migrazioni forzate.

2. *… e soggettività, identità, vulnerabilità*

Il supporto legale, alla base del quale si instaura un rapporto di mutua collaborazione tra soggetti *egualmente* autodeterminati, è davvero simmetrico e neutro?

Sulla scorta dell'osservazione a livello empirico, questo interrogativo, a primo acchito, suggerirebbe una risposta negativa. Il (macro-)tema delle migrazioni forzate sembra risentire di dinamiche diseguali, soprattutto là dove lo sguardo *sul*[4] soggetto (che "rivendica", anche diritti) lo renda *oggetto* del discorso, insieme estraniato, decontestualizzato e terzo. Nello specifico, lo studio effettuato ha registrato diverse tipologie di interazione operatore legale-richiedente asilo, che possono essere ricondotte a tre principali approcci:

- Lo straniero-oggetto ("da accogliere"/ospitare/integrare, aiutare)

[3] A. CIERVO, *Dalla teoria alla pratica: il patrocinio a spese dello Stato come diritto sociale degli stranieri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2021

[4] E.W. SAID, *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, Milano, 1999.

- Lo straniero-"estraniato" e ontologicamente vulnerabile, quando non già fragile
- Lo straniero-"essenzializzato" e, talvolta, infantilizzato.

A prescindere dai diritti che la legge (e la Costituzione) possa loro garantire, i migranti vengono sovente *posti* nella condizione (inerente) di subalternità, marginalità e vulnerabilità. Ciò si collega, per un verso, alle problematiche relative all'approccio all'accoglienza (quel "supplemento di generosità e di solidarietà"[5]) nonché, per un altro, al (lato e difficilmente definibile) concetto di integrazione[6]. Quest'ultimo è sovente impiegato con disinvoltura nel lessico e nella narrazione quotidiana, ma rischia di veicolare una premessa di pre-giudizio nelle dinamiche (soprattutto interpersonali) inerenti all'accoglienza. Peraltro, proprio quella forma di "etica dell'empatia, dell'ospitalità", sopra ricordata, interessa *anche* il discorso dell'integrazione medesima, che reitera, più o meno scientemente, asimmetrie di status, confermando, infine, con una sorta di ragionamento circolare, la "subalternità del soggetto migrante"[7].

Questo processo di astrazione dalla realtà, dal tessuto sociale e politico, raramente tiene debitamente conto delle specificità, squisitamente *soggettive*, della persona migrante, del retroterra, del singolo Paese di Origine – sistemi giuridici assai diversi, si converrà – assimilandone i vari aspetti e appiattendone l'identità verso l'unica riconoscibile esternamente. Anche le competenze, la professione, l'istruzione della persona sembrano perdersi "lungo il viaggio", favorendo – certo, non tutte le volte – pure atteggiamenti di infantilizzazione. Si potrebbe, in questo caso, citare un colloquio individuale tenutosi con un richiedente afghano. Ingegnere chimico, pensava di sprecare il suo tempo, oltreché le energie del *team* legale, ritenendo di non dover essere in alcun modo, né in alcun senso, istruito rispetto alla procedura *in itinere*, nonché di possedere già tutti gli strumenti necessari alla (auto)determinazione, tanto rispetto ai suoi svolgimenti, quanto ai suoi potenziali sviluppi.

Se, talvolta, il diverso status giuridico deriva dalla parcellizzazione della soggettività, in base a requisiti predeterminati, quello sociale risente, più che

[5] F. Fistetti, *Migrazioni e paradigma del dono. Un'ipotesi di lavoro*, in *Post Filosofie,* n. 9/2016.

[6] G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2019.

[7] L. Milazzo, *Convivere senza coesistere. Sulle politiche dell'integrazione*, in *Post Filosofie*, n. 9/2016.

altro, di una forte oggettivizzazione delle plurime identità. Peraltro, gli approcci tendenti ad essenzializzare "il migrante" come figura cristallizzata, monolitica e a-storica vedono in un atteggiamento di umanitarismo inclusivo ma assimilazionista (a tratti "oltranzista") un risvolto inedito della medesima questione. L'"aiuto obbligato" da prestare all'altro, individuato come "vulnerabile" o in stato di necessità intrinseca e connaturata e, quindi, da difendere come singolo, come "categoria", nonché come soggetto *per cui* rivendicare diritti, appare altrettanto insidioso – seppur mosso da encomiabili motivazioni – tanto quanto la demonizzazione del "diverso".

Già da un punto di vista definitorio, è vulnerabile colui o colei che «può essere ferito […] leso o danneggiato […] eccessivamente sensibile, fragile»[8]; oppure, facile da "influenzare", "debole fisicamente e psicologicamente"[9]. Insomma, un rapporto disequilibrato tra *powerful* e *powerless*[10]. Queste *maschere*, semmai, dovrebbero suggerire un ripensamento della vulnerabilità che, al contrario, "deve concretizzarsi anche in azioni e politiche finalizzate alla "liberazione" della persona dagli *effetti distorsivi* di tali fattori, in termini di autonomia personale, integrazione sociale e valorizzazione della propria identità"[11]. Una proficua *interazione*, o "interrelazione" su basi di partenza eguali potrebbe essere un primo, principale, utile, antidoto contro derive riduzioniste.

3. *Alcune criticità ricorrenti (ricorsive) e …*

Nell'ambito del progetto *Ancora*, l'analisi della prassi ha individuato delle criticità riconducibili a tre macro-temi: a) la necessità di una *cultural sensitivity*, b) la conoscenza e conoscibilità del *background* politico e giuridico dei vari (e diversissimi) sistemi che vanno sotto il nome di "Paesi di Origine"; c) la verifica circa l'"attendibilità", "credibilità" o "veridicità" delle dichiarazioni.

[8] https://www.treccani.it/vocabolario/vulnerabile/.

[9] https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/vulnerable#:~:text=%2F'v%CA%8Cln%C%99r%C9%99bl%2F-,%2F'v%CA%8Cln%C9%99r%C9%99bl%2F,standing%20there%20on%20her%20own.

[10] A. GILODI, I. ALBERT, B. NIENABER, *Vulnerability in the Context of Migration: a Critical Overview and a New Conceptual Model*, in *Human Arenas*, Vol. 7, 2024.

[11] L. BUSATTA, C. CASONATO, S. PENASA, M. TOMASI, *Le 'maschere' della vulnerabilità nella cura della persona*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Vol. I, Napoli, 2023, p. 658, enfasi aggiunta.

Per ciò che concerne il primo aspetto, attinente alla preparazione, in senso lato, dell'operatore legale, le principali problematiche sorgono in riferimento all'acquisizione di strumenti idonei ad instaurare delle relazioni interculturali e a un costante aggiornamento delle informazioni in possesso. Al contempo, una "iper-tecnicizzazione", sebbene finalizzata a presidiare il ruolo dell'operatore o dell'operatrice legale, potrebbe condurre a una "burocratizzazione dei bisogni", eccessiva nell'ingessare la procedura, senza offrire gli esiti auspicati.

Sebbene in questi ambiti non vi sia un metodo aprioristicamente efficace, sarebbe particolarmente importante individuare degli *standards* "minimi essenziali". Come anticipato nelle premesse, infatti, il personale sentire rischia di scoordinare ulteriormente il quadro delle tutele, già di base e nella fisiologia del governo delle migrazioni, decentralizzato, frammentato, non unitario.

Certamente, discorso differente deve e può essere portato avanti in relazione al *quid* di "sensibilità", anche ma non soltanto "culturale"; nonché rispetto alla "consapevolezza" di trattare materia "interdisciplinare". A titolo esemplificativo, in che modo le informazioni vengano acquisite e poi *ex post* impiegate, oppure la sovrapposizione di questioni "antropologiche" con quelle inerenti al diritto comparato, soprattutto quando vengano in rilievo il funzionamento o l'applicazione di determinati istituti in sistemi o modelli differenti. Ancora, però, una simile specializzazione può trasformarsi in un efficientismo senza correttivi, che guardi troppo alla forma, ma non abbastanza alle specificità dei casi.

Per ciò che concerne il secondo rilievo – che si collega ma non è necessariamente assimilabile alle problematiche poc'anzi richiamate – residuano, invece, le sfide derivanti dal *background* dei richiedenti, problematiche di non agile soluzione, se unite a *gaps* lessicali, semantici e terminologici tra differenti sistemi giuridici e assiologici. La categoria di Paese di Origine, se non intesa staticamente, si compone anch'essa di elementi culturalmente orientati. A titolo esemplificativo, molto comune è il caso della persona che si riferisca a un certo luogo geografico con un nome diverso da quello ufficiale, giacché più frequente nel linguaggio quotidiano, benché impreciso nella sua dizione. A ciò si aggiungono le asimmetrie comunicative che possono presentarsi se il parametro di riferimento si basi su assunti e presupposti prettamente euro-centrici. Banalmente e superficialmente, rispetto al concetto di comunità, proprietà, famiglia, tra i molti esempi possibili, che non sempre – se non per ibridazione con il sostrato coloniale – coincidono con quelli (individuali) euro-occidentali, impressi, ad esempio, nella storia del positivismo, nella codicistica, e più in generale nella formazione delle diverse esperienze del costituzionalismo

liberale. Nella tradizione giuridica islamica, comunità significa molto più di un'aggregazione di persone o di formazioni in cui si svolgono le personalità individuali, così come in altre tradizioni, la contrattualistica non soggiace a formule e 'strettoie' giuridiche, o, ancora, il rapporto di filiazione o di sangue ben può seguire *anche*, non necessariamente solo, le traiettorie autoctone, le quali definiscono le relazioni interpersonali *e* familiari.

Per questo – collegandosi poi al terzo punto – si corre il rischio di interpretare modalità di espressione differenti come sintomo di incoerenza.

Come *umanamente* ricordare, anche indietro nel tempo, negli anni, nei mesi con assoluta certezza? A chi dei normali, per citare Delgado, sarebbe richiesto?

D'altronde, ricorda Veglio, "restituire verità storica a una biografia individuale per *farne giustizia* è operazione, quando possibile, di straordinaria complessità"[12].

Ciò che spesso viene definita una "storia" – ammoniva, ancora, Veglio – rispecchia concretamente il vissuto di un soggetto e, sovente, le "regole" dell'accoglienza possono acuire quel senso di indefinitezza che accompagna e connota l'*iter* della richiesta. Alcune "lungaggini" incidono direttamente sulla vita (e sui diritti) di molti richiedenti, che hanno spesso manifestato disagio nei confronti di una "incertezza istituzionalizzata"[13]– con impatto e ricadute non indifferenti anche in termini di tenuta della salute psicofisica individuale.

In aggiunta, e da altro punto di vista, l'insistenza sul vissuto potrebbe anche ingenerare effetti indesiderati e, principalmente, una forma di romanticizzazione: a proposito di una visione di intrinseca vulnerabilità (e subalternità) del richiedente che scelga di essere "assistito" giuridicamente.

4. *… un metodo nella prassi del rapporto operatore legale-migrante*

Dal lavoro di supporto legale e di ricerca empirica sul campo, condotti parallelamente durante il progetto, sono emerse alcune direttrici metodologiche, idonee a guidare la relazione operatore legale-migrante e a fronteggiare alcune criticità.

a) La prima riguarda la totale assenza di costrizione nel ricevere supporto

[12] M. VEGLIO, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017, p. 1.

[13] P. PANNIA, *"Institutional uncertainty" as a technique of migration governance. A comparative legal perspective*, in *Dpce online*, n. 4/2020.

da parte dell'operatore legale, essendo questa un'opzione che ciascuno/a può e deve esercitare a seconda che la consideri utile.

b) Secondariamente, ciò implica che il rapporto di fiducia nei confronti dell'operatrice (legale, come nel caso di specie: le donne comunque non sono così numerose, rispetto alle percentuali di colleghi uomini) non debba mai essere indispensabile, tantomeno presupposto, affinché la condivisione di "strumenti" non finisca per trasformarsi in "aiuto" indesiderato.

c) Oltre alla garanzia di rispettare le "condizioni" del richiedente che "offre" il proprio vissuto, è dirimente che il colloquio si svolga in totale assenza di soggetti esterni.

Vale la pena soffermarsi su questo terzo aspetto. La consulenza legale dovrebbe svolgersi in un luogo preciso, dedicato, non improvvisato e "privato". Il supporto legale dovrebbe risultare esterno e "terzo", anche per gli altri operatori. A ciò fa eccezione la convocazione di un interprete o un mediatore (figure diverse, com'è noto, per competenze e mansioni), la cui presenza è essenziale, sia per riequilibrare il rapporto, qualora possano sorgere forme di conflittualità tra "sistemi" e "visioni", sia se le lingue veicolari non appaiano sufficienti. Di contro, l'informativa legale generale dovrebbe coinvolgere tutti: non trattandosi di "dati sensibili", ma di conoscenza oggettiva della normativa inerente al diritto e ai diritti coinvolti, dovrebbe esserne riconosciuta la massima importanza e diffusione.

I differenti sistemi religiosi, o più genericamente assiologici di riferimento, devono poi essere tenuti in conto mentre l'attenzione al lessico[14], alle "categorie" e alle metodologie si colloca su un gradino immediatamente successivo. Non è, dunque, questione di "sensibilità", ma di parcellizzazione – stavolta, giustificata – degli strumenti di intermediazione giuridica. Il supporto legale medesimo dovrebbe risultare "particolaristico", almeno nel metodo. A titolo esemplificativo, potrebbe essere rilevato il caso dei migranti che abbiano subìto persecuzioni per ragioni legate all'orientamento sessuale[15]. Un uomo omosessuale ha parlato di sé stesso in termini di donna, dichiarazione che, secondo strette e stringenti categorie, rimanderebbe all'identità di genere e non all'orientamento sessuale: schemi, evidentemente, talvolta parziali e solo teoricamente validi; ancora, in alcuni colloqui, il racconto autobiografico circa

[14] Cfr., ad esempio, S. Bagni, M. C. Locchi, C. Piciocchi, A. Rinella (a cura di), *Interculturalismo. Lessico comparato*, Napoli, 2024.

[15] C. Danisi, M. Dustin, N. Ferreira, N. Held, *Queering Asylum in Europe. Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, Berlin, 2021.

la propria omosessualità è stato reso sotto precise condizioni, quali, tra le altre, il giuramento di non rivelarlo, di non essere implicati/e con il governo e le istituzioni del Paese di Origine, o, caso ricorrente, dietro richiesta di cestinare immediatamente le note. Ancora, dovrebbero essere tenute distinte le situazioni specifiche che possano sorgere per le donne migranti (anche in Italia, peraltro), diverse dal caso delle donne sopravvissute alla tratta. In questa circostanza, infatti, la rete di potenziali intermediatori "esperti" si infittisce di attori e di fattori: da associazioni, fino a professionisti della salute con competenze – auspicabilmente – dedicate. A proposito di diversi sistemi assiologici, può richiamarsi il caso del predicato di valore (negativo) aggiunto da una traduttrice donna e anziana – non già anche mediatrice – rispetto al vissuto e al racconto di una giovane. Ancora, quello di una richiedente di nazionalità nigeriana, la quale ha rifiutato di avvalersi della consulenza legale, non riconoscendo *tout court* il ruolo dell'operatrice legale in quanto *tale* (soprattutto perché di diversa nazionalità *e* bianca). Non è neppure raro che a un rifiuto preventivo possa seguire un ripensamento. Evidentemente, è la costruzione di un percorso realmente condiviso e plurale a fare tutta la differenza.

Sempre a questo proposito, emerge la figura dello psicologo di struttura che svolge un ruolo fondamentale e si presenta di insostituibile supporto, soprattutto se in possesso di conoscenze e approcci etnopsicologici, ormai, comunque, piuttosto diffusi. A livello di esperienza personale, gli operatori e le operatrici legali erano tenuti/e a seguire delle giornate di formazione obbligatorie in materia, in cui venivano presentate problematiche, seppur preliminari, utili nella prassi: dalla gestione dei conflitti e tutela dei diritti, alle tecniche e metodologie di svolgimento di colloqui individuali con persone con esigenze specifiche. Alcuni strumenti si sono rivelati di estrema utilità in casi particolarmente complicati: patologie psichiatriche, gestione di stress post-traumatico, oppure per meglio indirizzare a professionalità competenti – *expertise* che, evidentemente, non si possiede.

A ciò dovrebbe essere affiancato anche un potenziamento dell'interpretariato e della mediazione. Connesso a questo punto, vi è un altro aspetto, spesso dimenticato; forti tensioni ben possono sorgere anche tra gli stessi richiedenti, mentre la contrapposizione tra il "noi" e il "loro" sembra sempre prevalere nella narrazione maggioritaria. Si tratta, quindi, di profondi e, talvolta, insanabili conflitti intra-culturali, in cui i "loro" cui attribuiamo qualità, dinamiche e "modi di fare" precostituiti sono, in realtà, notevolmente differenziati e atti a far sorgere "interessi" tutti altrettanto meritevoli di tutela, ma reciprocamente altamente confliggenti.

L'"immersione" in sistemi e modelli altri non sembra compito semplice e

difficilmente conseguibile nella sua pienezza. Nondimeno, non solo l'osmosi tra discipline risulta desiderabile, ma la comparazione si presenta in tale ambito privilegiato. Per confrontarsi con questioni, che, trasversalmente, toccano le scienze antropologiche o sociologiche – tra le altre – e con cui il diritto è ormai tenuto, inderogabilmente, a dialogare.

.

PARTE III:
STATUS, CITTADINANZA E INCLUSIONE SOCIALE

STATUS GIURIDICI, CITTADINANZA E ORDINE PUBBLICO FAMILIARE

NEMO NASCITUR CIVIS? CITTADINANZA E SOCIETÀ MULTICULTURALE ALLA LUCE DEL FALLITO REFERENDUM DEL 2025 E DEL DECRETO-LEGGE N. 36 DEL 2025

Ylenia Maria Citino [*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Osservazioni all'esito delle recenti consultazioni e dei passati tentativi di riforma della cittadinanza. – 3. La cittadinanza dopo il d.l. n. 36 del 2025. – 4. Le trasformazioni della comunità statale e le sfide della cittadinanza.

1. *Introduzione*

Il respingimento del referendum del giugno 2025, che mirava al «dimezzamento da 10 a 5 anni dei tempi di residenza legale in Italia dello straniero maggiorenne extracomunitario per la richiesta di concessione della cittadinanza italiana»[1] e la recente conversione in legge del d.l. 28 marzo 2025, n. 36, recante "Disposizioni urgenti in materia di cittadinanza e partecipazione democratica"[2] e mirante alla ridefinizione delle regole di acquisizione della cittadinanza per filiazione, rendono il dibattito sulla cittadinanza quanto mai di attualità.

Se è vero che molti paesi di immigrazione stanno progressivamente convergendo verso un modello di cittadinanza fondato sulla residenza piuttosto che sulla discendenza[3], in Italia il dibattito sulla cittadinanza è da tempo segnato da una forte polarizzazione tra i sostenitori di un ampliamento dell'accesso sulla base della residenza prolungata e i fautori di una visione più

[*] Professore Associato di Diritto pubblico, Università eCampus.

[1] Il quesito, ritenuto ammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza n. 11/2025, è stato il seguente: «Volete voi abrogare l'articolo 9, comma 1, lettera b), limitatamente alle parole "adottato da cittadino italiano" e "successivamente alla adozione"; nonché la lettera f), recante la seguente disposizione: "f) allo straniero che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica.", della legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante "Nuove norme sulla cittadinanza"?».

[2] In GU n. 73 del 28 marzo 2025.

[3] M. SAVINO, *Quale cittadinanza per l'Italia?*, in ID. (a cura di), *Oltre lo* ius soli*: la cittadinanza italiana in prospettiva comparata*, Napoli, Ed. Scientifica, 2014, 1-15; ID., *Cittadinanza (diritto di)*, in M.C. OSSOLA (a cura di), *X Appendice dell'Enciclopedia Italiana di Lettere, Scienze e Arti, Le Parole del XXI Secolo*, Roma, Treccani, 2020, p. 261-267.

restrittiva, tesa a limitare lo stesso principio della trasmissione per filiazione[4]. Sebbene, alla luce della sua particolare posizione geografica, l'Italia rappresenti un paese principalmente di immigrazione[5], il modello italiano di cittadinanza è criticato per essere poco inclusivo, pur a fronte di una realtà sociale profondamente trasformata.

La legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante "Nuove norme sulla cittadinanza", costituisce tuttora il quadro normativo di riferimento in materia, delineato a seguito dell'abrogazione della legge n. 123 del 1983, che a sua volta interveniva su norme dello Stato pre-costituzionale. Anteriormente, infatti, operava la legge 13 giugno 1912, n. 555, in cui la predilezione dell'opzione acquisitiva *iure sanguinis* era resa evidente sin dall'art. 1, comma 1, della legge del 1912, che qualificava come «cittadino per nascita: 1° il figlio di padre cittadino»[6]. Tale disciplina, peraltro, si innestava sulla più antica tradizione giuridica inaugurata dal Codice Civile del 1865, il cui art. 4, Libro primo, Titolo I, riconosceva «cittadino il figlio di padre cittadino», imitando il modello del Codice Napoleonico del 1804, secondo cui «*[t]out enfant né d'un Français dans un pays étranger est Français*» (art. 10, *Livre premier*, *Titre premier*).

Nonostante le numerose proposte di riforma presentate nel corso degli ultimi trent'anni, come si vedrà, l'impianto originario del 1992 è rimasto sostanzialmente invariato, salvo alcuni interventi parziali. Da ultimo, infatti, il citato decreto-legge n. 36 ha inciso su specifici aspetti, senza tuttavia affrontare in modo sistemico le criticità della disciplina vigente.

Il presente contributo esamina le implicazioni derivanti dal fallimento del recente referendum e dalla contestuale entrata in vigore della riforma operata dal d.l. n. 36, mettendo in luce come la scelta normativa di restringere le ipotesi di acquisizione della cittadinanza *iure sanguinis* strida sonoramente con i limiti tuttora imposti alla cittadinanza per naturalizzazione dei figli degli stranieri nati e cresciuti in Italia. La predetta riforma è giustificata da molteplici considerazioni, tra cui la crescita esponenziale del numero di discendenti italiani all'estero sprovvisti di un "legame genuino" con l'Italia e l'esigenza di ovviare

[4] Polarizzazione che, del resto, dipende dall'indeterminatezza del concetto di nazione, che precede quello di cittadinanza. V. P. CARROZZA, *Nazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1995, p. 195 ss.

[5] M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, Carocci, Roma, 2018.

[6] Tale norma era stata, successivamente, ammessa nell'alveo dei successivi principi costituzionali, grazie alla sentenza n. 30 del 1983 della Corte costituzionale, in cui si dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma in nome del principio di eguaglianza fra uomini e donne, parità definitivamente acquisita nella coeva riforma.

al sovraccarico di istanze pervenute negli ultimi anni al cospetto delle autorità consolari e giudiziarie italiane. Essa, tuttavia, non ha ancora trovato corrispondenza in un parallelo intervento normativo volto a compensare la maggiore selettività dei nuovi criteri, per esempio mediante l'ampliamento dello *ius scholae*, che enfatizzerebbe il maggiore ancoraggio dell'individuo nella comunità statuale con il legame consolidatosi con il completamento delle scuole dell'obbligo. Tale asimmetria evidenzia la persistente difficoltà delle forze politiche a definire un orientamento strategico coerente in materia di ridefinizione dei requisiti di acquisto dello *status civitatis*.

D'altra parte, come evidenziato dalla sentenza n. 142 del 2025 della Corte costituzionale[7], scegliere quale «fra i tanti tratti identificativi della cittadinanza» valorizzare per identificare quale elemento di collegamento svolga meglio di altri «la sua funzione giustificativa di una appartenenza anche alla comunità statale» è una attività di tipo discrezionale che spetta esclusivamente al legislatore, salvo il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza (p.to 12.2.1., diritto).

2. *Osservazioni all'esito delle recenti consultazioni e dei passati tentativi di riforma della cittadinanza*

L'elemento di maggiore interesse che si può rilevare, all'indomani del referendum dell'8 e 9 giugno 2025, risiede non tanto nel mancato raggiungimento del quorum, con un'affluenza tra le più basse nella storia repubblicana[8], quanto nella circostanza che la percentuale di voti favorevoli al quinto quesito, relativo alla cittadinanza, sia risultata sensibilmente inferiore rispetto agli altri. In particolare, l'abrogazione è stata sostenuta dal 65% dei votanti, a fronte di una media di circa l'87% di consensi registrata per gli altri quattro quesiti.

Secondo le analisi sulla partecipazione politica condotte da Ipsos[9], l'80% degli elettori del Partito Democratico ha dichiarato di aver preso parte alla consultazione, mentre i tassi più bassi di partecipazione si sono riscontrati tra gli elettori delle forze di governo (dal 15% per Fratelli d'Italia al 25% per la Lega). In base ai medesimi sondaggi, il rigetto della proposta abrogativa è stato

[7] Corte cost., sentenza del 24 giugno 2025, n. 142.

[8] L'affluenza per il referendum, sulla base dei dati disponibili presso il sito https://elezioni.interno.gov.it/, è stata, infatti, del 29,91%.

[9] Dati disponibili online, <https://www.ipsos.com/it-it/referendum-abrogativi-lavoro-cittadinanza-voto-italiani>, consultato marzo 2026.

prevalentemente attribuito dagli intervistati alla percezione di un abuso dello strumento referendario (32%) e all'idea che i quesiti rappresentassero un tema identitario della sinistra (26%).

Dal quadro che emerge si possono trarre almeno tre conseguenze di rilievo sul piano sistemico. In primo luogo, il tema della cittadinanza non è percepito come neutro. Al contrario, esso appare fortemente connotato politicamente, con una marcata frattura tra elettorato di governo e di opposizione.

In secondo luogo, si può sostenere che lo strumento del referendum appare poco opportuno per rimediare alle incoerenze dell'assetto normativo sulla cittadinanza, in quanto utilizzato sempre più per finalità di mobilitazione politica. Anche chi accetterebbe riforme fatte mediante la tecnica del ritaglio ha riconosciuto che «la modifica della legge n. 91 del 1992 spetta al Parlamento»[10]. Questo perché «un referendum abrogativo rappresenterebbe comunque un chiaro segnale politico da parte degli elettori» (*ibidem*).

In terzo luogo, è palmare la difficoltà di costruire un consenso ampio e informato attorno a una riforma organica della cittadinanza. Le forze favorevoli all'abrogazione non sono riuscite a trasformare il dibattito in un terreno di convergenza, mentre quelle contrarie hanno potuto contare su un bacino elettorale poco mobilitato ma sufficiente, in un contesto di bassa affluenza, a influenzare l'esito.

L'esito negativo del referendum, che sembra a questo punto precludere future aperture verso gli stranieri che risiedono "legalmente" e "senza interruzioni" in Italia, va interpretato in stretta connessione con il quadro normativo vigente in materia.

Nel corso degli ultimi vent'anni, infatti, sono stati numerosi i tentativi di riformare la legge 91/1992. Essi si sono concentrati sull'introduzione di forme di *ius soli* c.d. temperato, di *ius culturae* o di *ius scholae*, senza tuttavia giungere mai a compimento. Si può ricordare, ad esempio, il progetto di riforma della ministra Livia Turco, nel 1999, volto a introdurre l'acquisizione della cittadinanza per il minore nato in Italia, figlio di stranieri, al raggiungimento dei cinque anni di residenza continuativa. Presentato sia durante il Governo D'Alema che, dalle fila dell'opposizione, nella legislatura successiva[11], non giunse mai in porto. Nell'agosto 2006 fu esperito un tentativo anche da parte dell'allora ministro Giuliano Amato, varando un disegno di legge che avrebbe

[10] P. BONETTI, *Il referendum popolare abrogativo in materia di cittadinanza italiana: ammissibilità e significato costituzionali*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2025, 1-27.

[11] A.C. 4836, Proposta di legge "Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, in materia di cittadinanza dei minori nati da genitori stranieri", 9 dicembre 2011.

dimezzato i tempi da 10 a 5 anni per la richiesta di cittadinanza e introdotto lo *ius soli*[12]. Nel 2009, si può menzionare la proposta bipartisan degli Onn. Sarubbi (PD) e Granata (PDL) per uno *ius soli* temperato dalla verifica linguistica e dal giuramento, al fine di evitare automatismi[13]. Anche in questo caso, il testo non superò la fase di istruttoria parlamentare. Nel 2012 fu condotta la campagna "L'Italia sono anch'io" che culminò con un disegno di legge di iniziativa popolare[14]. Non si contano più le proposte depositate fra la precedente e l'attuale legislatura.

Da ultimo, si può rammentare la proposta di legge A.C. 2080[15], presentata il 9 ottobre 2024 e volta a limitare entro parametri non equivoci la trasmissione *iure sanguinis* e altresì «riconoscere la cittadinanza al minore straniero che, risiedendo in Italia, ha frequentato e completato con successo tutta la scuola dell'obbligo, consentendogli dunque di ottenere la cittadinanza italiana all'età di 16 anni».

Alla luce di questa disamina sembra, quindi, condivisibile l'impostazione data da Biondi dal Monte, che rileva come «le proposte di riforma pendenti testimoniano la necessità di valorizzare la presenza stabile e strutturale dei cittadini stranieri nella società contemporanea e le seconde e terze generazioni di migranti»[16]. Ma, a parte questa armonia di fondo, le modalità con cui ottenere questa "valorizzazione" non trovano ancora sufficiente consenso.

Nei trent'anni successivi all'approvazione della legge n. 91 del 1992, le modifiche legislative in materia di cittadinanza si sono concentrate su ipotesi specifiche legate o a vicende storiche contingenti (come l'allentamento di alcune situazioni di tensione conseguenti alla fine della guerra fredda) o alle politiche migratorie. In particolare, la legge n. 379/2000[17] ha riconosciuto la possibilità

[12] A.C. 1607, Proposta di legge "Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza", 30 agosto 2006.

[13] A.C. 2670, Proposta di legge "Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza", 30 luglio 2009.

[14] Proposta di legge di iniziativa popolare "Modifiche alla L. 5 Febbraio 1992, n.91, Nuove norme sulla cittadinanza", disponibile online, <https://www.arci.it/app/uploads/2018/04/PROGETTO_DI_LEGGE_-_Norme_sulla_cittadinanza_-_testo.pdf>, consultato marzo 2026.

[15] A.C. 2080, Proposta di legge "Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, in materia di trasmissione e acquisto della cittadinanza", 9 ottobre 2024.

[16] V.A. Poso, *Il referendum sulla cittadinanza. Intervista a Francesca Biondi Dal Monte e Giacomo D'Amico,* in *Giustizia Insieme*, 22 maggio 2025, disponibile online, https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/3508-il-referendum-sulla-cittadinanza-intervista-di-vincenzo-antonio-poso>, consultato marzo 2026.

[17] Legge 14 dicembre 2000, n. 379 recante "Disposizioni per il riconoscimento della

di riacquisire la cittadinanza italiana ai discendenti di persone nate e già residenti nei territori appartenuti all'Impero austro-ungarico e ai loro discendenti. Analogamente, la legge n. 124/2006[18] ha introdotto gli articoli 17-*bis* e 17-*ter* nella legge n. 91/1992 al fine di poter concedere la cittadinanza italiana ai connazionali dell'Istria, di Fiume e della Dalmazia e ai loro discendenti, dopo la cessione di territori alla Jugoslavia per effetto della sconfitta nella Seconda guerra mondiale. In ambito di naturalizzazione, la legge n. 94/2009 (c.d. Pacchetto sicurezza)[19] ha modificato i termini per l'acquisizione della cittadinanza da parte del coniuge straniero o apolide di cittadino italiano, estendendo il periodo di residenza necessario in Italia. Successivamente, il d.l. n. 113/2018, convertito dalla legge n. 132/2018 (c.d. Decreto sicurezza)[20], oltre ad introdurre norme (di dubbia costituzionalità) relative alla revoca della cittadinanza, ha imposto l'obbligo di conoscenza della lingua italiana non inferiore al livello B1 per i richiedenti. Infine, il d.l. n. 130/2020 (c.d. Decreto Lamorgese)[21] ha apportato alcune modifiche alla disciplina in tema di immigrazione e protezione internazionale, incidendo anche su alcuni aspetti relativi alla cittadinanza.

La frammentarietà degli interventi attesta, se ancora ve ne fosse bisogno, che è stato e resta difficile maturare una visione organica e strutturata su come adattare la cittadinanza alle trasformazioni in corso. Si evidenzia, quindi, il

cittadinanza italiana alle persone nate e già residenti nei territori appartenuti all'Impero austro-ungarico e ai loro discendenti", in G.U. del 19 dicembre 2000, n. 195.

[18] Legge 8 marzo 2006, n. 124 recante "Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, concernenti il riconoscimento della cittadinanza italiana ai connazionali dell'Istria, di Fiume e della Dalmazia e ai loro discendenti", in G.U. del 28 marzo 2006, n. 73.

[19] Legge 15 luglio 2009, n. 94, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", in G.U. del 24 luglio 2009, n. 170.

[20] D.l. 4 ottobre 2018, n. 113 recante "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata", in G.U. del 4 ottobre 2018, n. 231, successivamente convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, in G.U. del 3 dicembre 2018, n. 281.

[21] D.l. 21 ottobre 2020, n. 130 recante "Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del Codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, in G.U. del 21 ottobre 2020, n. 261, successivamente convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173, in G.U. del 19 dicembre 2020, n. 314.

paradosso di un assetto normativo incentrato sulla prevalenza del principio dello *ius sanguinis*, in cui la condizione giuridica degli stranieri extracomunitari nati o stabilmente residenti in Italia è ancora irrisolta. Questa categoria di residenti, infatti, continua a confrontarsi con un percorso a ostacoli per l'accesso alla cittadinanza, caratterizzato da lunghi tempi di attesa, ampie zone di discrezionalità amministrativa, e una generale assenza di garanzie procedimentali effettive.

3. *La cittadinanza dopo il d.l. n. 36 del 2025*

Di contro, la recente conversione in legge del d.l. n 36/2025[22], ha posto un limite alla trasmissione automatica della cittadinanza *iure sanguinis*, escludendo soggetti che, pur avendo fra i propri avi cittadini italiani, risultano ormai distanti dal territorio nazionale per effetto di una lunga assenza migratoria, protrattasi per tre o quattro generazioni. Nello specifico, l'art. 1, comma 1, ha introdotto nella trama della legge n. 91 del 1992 un nuovo art. 3-*bis*, ai sensi del quale si dispone che, «[i]n deroga agli articoli 1, 2, 3, 14 e 20 della presente legge, all'articolo 5 della legge 21 aprile 1983, n. 123, agli articoli 1, 2, 7, 10, 12 e 19 della legge 13 giugno 1912, n. 555, nonché agli articoli 4, 5, 7, 8 e 9 del codice civile approvato con r.d. n. 2358 del 1865, è considerato non avere mai acquistato la cittadinanza italiana chi è nato all'estero anche prima della data di entrata in vigore del presente articolo ed è in possesso di altra cittadinanza», salvo che ricorra una delle cinque condizioni.

Tre di esse, contenute nelle lettere a), a-*bis*) e b), hanno in comune l'atto di presentazione di regolare richiesta di accertamento della cittadinanza alle autorità competenti o di fissazione dell'appuntamento in consolato, «entro le 23:59, ora di Roma, […] del 27 marzo 2025». La preclusione all'acquisto automatico della cittadinanza, secondo la norma emergenziale, opera quindi *ex tunc*.

Sulla norma è attualmente pendente una questione di illegittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Torino, con ordinanza del 25 giugno 2025. Il giudice *a quo* ha prospettato l'illegittimità del termine previsto dal d.l. 36 per violazione degli artt. 2, 3 e 117 Cost., avuto riguardo alle conseguenze pregiudizievoli di un'applicazione retroattiva della norma che, a detta

[22] D.l. 28 marzo 2025, n. 36 recante "Disposizioni urgenti in materia di cittadinanza", in G.U. del 28 marzo 2025, n. 73, successivamente convertito con modificazioni dalla L. 23 maggio 2025, n. 74, in G.U. 23 maggio 2025, n. 118.

dell'organo giudiziario, sarebbe da interpretare come una forma di "revoca implicita" della cittadinanza. Altri criticano la restrizione, sostenendo che potrà generare incertezza giuridica e minare il principio di affidamento dei potenziali aventi diritto alla cittadinanza, negando aspettative legittime già consolidate[23].

Nel frattempo, la Corte costituzionale, proprio nella citata sentenza 142/2025, è stata pungolata sulla presunta incostituzionalità del decreto n. 36, spinta da una difesa che muoveva dal presupposto che la disciplina, introducendo "limiti retroattivi" alle nuove istanze di richiesta della cittadinanza, entrasse in innegabile conflitto con svariati parametri. Il giudice delle leggi ha, però, optato per il non soffermarsi sulla questione, statuendo che la sopravvenienza del decreto n. 36 non avrebbe comportato conseguenze di rilievo per il giudizio in corso. Ciononostante, Nicola Brutti ha ritenuto di interpretare il "silenzio" della Corte come un'implicita segnalazione di estraneità della disciplina rispetto ai criteri costituzionali[24]. Bisogna, quindi, aspettare l'esito della replica al Tribunale di Torino per sapere se la Corte coglierà o meno l'opportunità.

Nel complesso, può dirsi che queste misure si traducono in un forte ridimensionamento del legame giuridico e simbolico che l'Italia sino ad ora aveva mantenuto con molte famiglie di ceppo italiano all'estero. Sono, cioè, un segnale di chiusura che riflette una concezione più rigida e restrittiva dell'identità nazionale e del diritto alla cittadinanza, diffusa anche in altri contesti[25]. La *ratio* del legislatore è quella di limitare la possibilità che individui nati all'estero, avvinti da legami di filiazione ma privi da tempo delle proprie radici, possano far valere, per scopi utilitaristici, un proprio diritto alla cittadinanza.

In mancanza di un censimento ufficiale, gli oriundi italiani sono stimati essere fra i 60 e gli 80 milioni, cifre che un tempo sarebbero state tradotte in termini di potenza statuale e che, come già enfatizzava Andrea Bianchi, rappresentano «un "Commonwealth in sonno", che servirebbe alla geopolitica

[23] G. BONATO, *La cittadinanza italiana dopo la Legge n. 74 del 2025*, in *Rivista Judicium*, 2025.

[24] R. LANZARA, Cittadinanza, Brutti (Iure sanguinis): "Corte sembra segnalare incostituzionalità legge 2025", in *AdnKronos.com*, 31 luglio 2025.

[25] A tal fine, Strumia evidenzia come il filo rosso dei recenti interventi sulla cittadinanza in Stati Uniti, Italia e Regno Unito, segnalano la preoccupazione condivisa di garantire che la cittadinanza rifletta legami "autentici" e non sia acquisita in maniera strumentale, v. F. STRUMIA, *Neither Soil, Nor Blood, Nor Money. Disquiet over citizenship in the US, Italy, the UK, and at the CJEU*, in *Verfassungsblog*, 20 giugno 2025.

italiana se una geopolitica italiana esistesse»[26]. Questa platea di potenziali cittadini non rientra più negli obiettivi politici del legislatore italiano in quanto, come risulta dalla relazione di accompagnamento al ddl 1450[27], avendo tali individui una seconda cittadinanza, si reputa che essi abbiano sviluppato «legami di cultura, identità e fedeltà ben più profondi e radicati con altri Stati».

Al contrario, secondo quanto lamentano alcuni comitati di italiani all'estero[28], la scelta di trasmettere la cittadinanza italiana in maniera "pura" non sarebbe da rimettere in discussione, in quanto essa comporta il «riconoscimento di un legame profondo con la nostra storia nazionale». La Suprema Corte a sezioni unite, con sentenza 24 agosto 2022, n. 25318, aveva ribadito che il significato della cittadinanza è «incentrato su una trama di rapporti concreti tra una persona e una comunità» e che il suo «acquisto fondamentale è a titolo originario per nascita», dato l'impianto normativo mantenuto in maniera sostanzialmente immutata dal 1865 e seguendo l'ordinamento italiano «per tradizione un approccio conservatore».

La riforma del 2025 rappresenta, invece, una "svolta" restrittiva delle modalità di acquisizione della cittadinanza italiana, eradicando il tradizionale modello d'ispirazione universalista orientato a mantenere un legame ampio con la diaspora italiana. Tale scelta, che si accompagna con la necessità di deflazionare il carico di pratiche degli uffici consolari all'estero, dei Comuni e dei Tribunali, coinvolgerà una serie indeterminata di persone, specialmente laddove le comunità di origine italiana all'estero sono più numerose (si pensi alle Americhe).

Ad ogni modo, l'opzione legislativa di circoscrivere la trasmissione *iure sanguinis* non appare idonea a completare il percorso di riforma. Da tempo, la dottrina giuspubblicistica ha posto in evidenza il paradosso di un assetto normativo ancora ancorato a criteri ritenuti anacronistici, quali lo *ius sanguinis* illimitato, maggiormente funzionale a un Paese di emigrazione. Per converso, il rafforzamento dello *ius soli*, elemento distintivo delle legislazioni proprie dei Paesi di immigrazione, non sembra, alla luce dell'esito referendario, costituire al momento un'opzione politicamente agevole per il legislatore.

[26] A. BIANCHI, *Alla ricerca degli oriundi perduti*, in *Limes*, 1/1998.

[27] A.S. 1450, Disposizioni in materia di cittadinanza, 8 aprile 2025.

[28] V. ad esempio la posizione espressa dal Comites Ginevra, 23 giugno 2025, <https://www.aise.it/comitescgie/il-comites-ginevra-contro-la-legge-sulla-cittadinanza-spezza-il-legame-con-italodiscendenti/220585/135>, consultato luglio 2025.

4. *Le trasformazioni della comunità statale e le sfide della cittadinanza*

Dati alla mano, deve osservarsi come l'Italia sia ormai un paese sempre più multiculturale. Secondo l'Istat, al 1° gennaio 2025, gli stranieri residenti in Italia sono 5.422.000, pari al 9,2% della popolazione, in crescita del 3,2% rispetto all'anno precedente, mentre nel biennio 2023-2024, l'afflusso di immigrati è stato mediamente di 437 mila unità l'anno, in crescita del 6,4% rispetto al 2022. Anche le acquisizioni di cittadinanza sono avvenute nel segno della multiculturalità visto che dei 340.297 stranieri diventati italiani nel 2024, circa un terzo di questi (126.299) resta residente all'estero.

Tuttavia, l'Italia è costretta a fronteggiare un saldo demografico naturale fortemente negativo (–281.000), con un'emigrazione italiana in forte aumento (+36,5% nel 2024)[29]. Questo comporta che la perdita di nuovi cittadini per italo-discendenza, determinata dall'applicazione del decreto n. 36, non è per adesso compensata da un aumento di potenziali nuovi cittadini, a partire da quella categoria di residenti, più volte menzionata, che risulta pienamente titolata per effetto della prolungata permanenza sul territorio del paese. Si veda, del resto, la recente pronuncia della Corte di Giustizia europea nel caso Commissione europea c. Malta (causa C-181/23) che, nel contrastare il fenomeno di mercificazione dei passaporti nell'isola in questione, sembra deporre a favore dell'accertamento della sussistenza di un indice di collegamento reale dell'individuo con lo Stato di appartenenza.

Il futuro ammanco di italiani sarà, d'altra parte, un affare delicato dato che, proprio di recente, il Ministro degli Esteri ha, al contrario, deciso di promuovere lo sviluppo di una Comunità dell'Italofonia, da riunirsi ogni due anni sotto gli auspici di un Segretario e di una Conferenza di Stati[30].

In conclusione, le criticità legate alla riforma del 2025 e le chiare indicazioni derivanti dall'esito del referendum mostrano che la cittadinanza resta ancora un problema irrisolto, oltre che terreno di forti scontri politici. Le indecisioni sulla strada da seguire, inoltre, sono fonte di preoccupazione se è vero che, in una democrazia costituzionale, la cittadinanza rappresenta il presupposto giuridico fondamentale non solo per l'attribuzione dei diritti costituzionali, ma anche per la piena esigibilità dei doveri nei confronti della

[29] Al contempo, sempre meno italiani hanno scelto di ritornare in Italia, visto che i rimpatri sono diminuiti del 23,6% rispetto al biennio precedente.

[30] AGI, Tajani lancia la "Comunità globale dell'Italofonia", 17 aprile 2025, disponibile online, <https://www.agi.it/cronaca/news/2025-04-16/stati-generali-lingua-italiana-comunita-globale-maxxi-30948651/>, consultato marzo 2026.

Repubblica, come quello di difesa della patria, di cui all'art. 52 Cost., o quello di fedeltà, *ex* art. 54 Cost.

Posto, inoltre, che la popolazione costituisce l'insieme dei soggetti stabilmente presenti sul territorio di uno Stato, senza alcuna implicazione in termini di appartenenza politica, mentre il popolo, per riprendere Mortati, è «la parte dell'elemento personale dello Stato fornita di poteri di partecipazione all'attività politica statale quale si svolge nel suo grado più elevato attinente alla determinazione ed allo svolgimento della direzione politica»[31], è cruciale che questa distinzione resti affidata a una disciplina quanto più attenta possibile.

In questa prospettiva, il calo demografico e il rapido incremento della popolazione in età pensionabile avrebbero potuto trovare, seppur in misura limitata, una risposta nel rafforzamento del legame con le comunità italiane all'estero, piuttosto che nell'inasprimento delle condizioni che ostacolano l'accesso alla cittadinanza da parte di soggetti genuinamente italiani, intenzionati a rivendicare la propria nazionalità di origine.

Ne discende l'auspicio che, in futuro, lo Stato eserciti con particolare cautela e senso di responsabilità le proprie prerogative in materia di concessione della cittadinanza, calibrandole in modo da assicurare una sostanziale corrispondenza tra *status* giuridico, diritto alla trasmissione per nascita ed effettivo inserimento nella comunità statale, in un'ottica di tutela dell'identità nazionale e della lealtà repubblicana.

La cittadinanza, per finire, non può ridursi né a un rapporto di sudditanza (Mortati, 1991, p. 123), né a oggetto di concessione automatica o puramente amministrativa. È giusto, invece, che venga attribuita sulla base di un legame effettivo, sia esso la filiazione o l'asseverata integrazione nel tessuto sociale della Repubblica, nella comune condivisione dei valori costituzionali.

Ciò che rischia di svuotare il significato della cittadinanza non è allora l'inclusione ragionata dei nuovi italiani, né tantomeno l'esclusione indiscriminata degli oriundi, bensì il mantenimento di una disciplina incentrata su criteri ormai anacronistici, incapace di promuovere coesione sociale.

.

[31] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, CEDAM, 1991, p. 424.

STRANIERI CON DISABILITÀ E ACQUISIZIONE DELLA CITTADINANZA: L'ESONERO DALLA PROVA DI CONOSCENZA DELLA LINGUA ITALIANA

Fabio Masci[1*]

SOMMARIO: 1. Contesto normativo e processuale di riferimento. – 2. La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9.1 della legge n. 91/1992. – 3. L'attività suppletiva della Corte costituzionale. – 4. Un climax ascendente del principio di uguaglianza. – 5. Una sentenza di accoglimento parziale interpretativo.

1. *Contesto normativo e processuale di riferimento*

L'art. 9.1 della legge 5 febbraio 1992, n. 91 subordinava la concessione della cittadinanza italiana alla dimostrazione di una conoscenza della lingua nazionale almeno pari al livello B1 del Quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue (Q.C.E.R.). La disposizione in esame prescriveva che tale conoscenza fosse attestata o attraverso un titolo di studio rilasciato da un istituto di istruzione o mediante una certificazione linguistica ufficialmente riconosciuta.

Quella stessa disposizione, però, prevedeva che fossero esonerati dall'attestazione coloro che avevano sottoscritto un accordo di integrazione o che erano in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Viceversa, non prevedeva esenzione alcuna per gli stranieri che presentavano disabilità tali da ostare all'assolvimento dell'onere linguistico.

Alla luce delle suddette previsioni normative, la Prefettura di Reggio Emilia aveva dichiarato l'inammissibilità dell'istanza di concessione della cittadinanza presentata da una signora ultrasessantacinquenne affetta da un deficit cognitivo che la impossibilitava a dimostrare un grado di conoscenza della lingua italiana almeno pari a quello prescritto dalla legge.

Difatti, sebbene l'istante avesse documentato di essere una persona con disabilità e di versare nella situazione di gravità di cui all'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, la domanda per l'acquisizione dello *status*

[1*] Ricercatore a tempo determinato in tenure track (R.T.T.) di Diritto costituzionale e Pubblico, Università degli Studi "G. d'Annunzio", Pescara-Chieti.

civitatis era stata rigettata in ragione del mancato assolvimento del summenzionato onere linguistico.

Tuttavia, vista l'oggettiva impossibilità di assolvere quell'onere, espressamente attestata da certificazioni medico-legali, la richiedente cittadinanza aveva proposto ricorso al T.A.R. avverso il provvedimento di diniego emesso dalla Prefettura di Reggio Emilia[2].

Nell'atto introduttivo, la ricorrente aveva dedotto sia l'eccesso di potere dell'Amministrazione sia la violazione dell'art. 9.1 della legge n. 91/1992.

Di questa disposizione, poi, aveva prospettato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui esigeva la dimostrazione di conoscenza della lingua italiana anche da parte degli stranieri che ne fossero impediti a causa di una disabilità grave e accertata. La ricorrente sosteneva, in particolare, che la mancata previsione di deroghe al requisito linguistico costituiva una discriminazione nei confronti di persone che, per le loro condizioni personali, non potevano apprendere o utilizzare la lingua italiana.

Adita nei termini di cui sopra, la sezione staccata di Parma del T.A.R. per l'Emilia-Romagna aveva ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9.1 della legge n. 91/1992, disponendo la sospensione del giudizio incardinato dinanzi ad essa e l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Nel giudizio incidentale instaurato dinanzi alla Corte costituzionale era intervenuta la Presidenza del Consiglio dei ministri, la quale, per il tramite dell'Avvocatura generale dello Stato, aveva sollevato eccezioni preliminari e di merito.

Essa aveva dedotto, in via principale, l'inammissibilità della questione prospettata nell'ordinanza di rinvio, lamentando sia un'invasione della sfera di discrezionalità riservata al legislatore sia un difetto di motivazione in punto di rilevanza; in subordine, invece, aveva dedotto la non fondatezza delle argomentazioni del remittente, obiettando che quello alla cittadinanza non fosse annoverabile tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. e che le modalità di concessione dello stesso non legittimassero alcuna discriminazione basata su condizioni personali di disabilità.

[2] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La clausola di inesigibilità del requisito della lingua nel diritto dell'immigrazione e della cittadinanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2024, pp. 413-434.

2. *La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9.1 della legge n. 91/1992*

Investita della questione, la Corte costituzionale ha nella sostanza aderito alle prospettazioni del remittente, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 9.1 della legge n. 91/1992, nella parte in cui non esonera dalla prova di conoscenza della lingua italiana il richiedente cittadinanza affetto da gravi limitazioni alla capacità di apprendimento linguistico che derivino dall'età, da patologie o da disabilità e che siano attestate mediante certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica.

Nel pervenire a tale decisione, il Giudice delle leggi ha in primo luogo disatteso l'eccezione di inammissibilità che l'Avvocatura generale dello Stato aveva sollevato in relazione all'asserita invasione della sfera di discrezionalità riservata al legislatore. Difatti, pur premettendo che quest'ultimo gode di ampia discrezionalità nel disciplinare l'attribuzione della cittadinanza, la Corte ha precisato che nessuna scelta legislativa si sottrae al giudizio di costituzionalità, attesa l'intrinseca soggezione del decisore politico ai canoni di non manifesta irragionevolezza, di proporzionalità e di rispetto delle garanzie predisposte in favore delle persone con disabilità.

Nel merito, il Giudice delle leggi ha in principio chiarito che la *ratio* dell'art. 9.1 della legge n. 91/1992, e in particolare della previsione della conoscenza linguistica quale requisito costitutivo della fattispecie acquisitiva dello *status civitatis*, risiede nella volontà del legislatore di riscontrare un rilevante grado di integrazione all'interno della comunità nazionale entro la quale lo straniero chiede di essere accolto.

A margine delle considerazioni in discorso, la Corte costituzionale ha dichiarato che l'art. 9.1 della legge n. 91/1992 vulnera, anzitutto, il principio di uguaglianza formale di cui all'art. 3, co. 1, Cost., perché tratta in modo uguale situazioni diverse, ponendo in essere un'equiparazione ingiusta e irragionevole tra la generalità dei richiedenti cittadinanza, che è in condizione di assolvere l'onere linguistico, e quella particolare categoria di stranieri che, a motivo della propria disabilità, non è oggettivamente in grado di dimostrare la conoscenza della lingua italiana. Più nel dettaglio, a parere del Giudice delle leggi, la conformità al principio di uguaglianza formale esige che la disposizione impugnata commisuri le modalità di concessione della cittadinanza alle effettive capacità del richiedente, dispensando dalla prova del requisito linguistico chi incontra difficoltà nella comprensione e nell'utilizzo dell'idioma.

Sempre con riferimento all'art. 3 Cost., la Corte costituzionale ha affermato che l'art. 9.1 della legge n. 91/1992 vìola pure il principio "*ad*

impossibilia nemo tenetur", che costituisce uno dei corollari della ragionevolezza. Difatti, nel richiedere a tutti gli stranieri l'assolvimento del medesimo onere linguistico, il legislatore ha finito per imporre una condizione inesigibile a tutti coloro che, a causa di una disabilità, sono per forza di cose impossibilitati ad attestare la conoscenza della lingua italiana. Nella specie, il Giudice delle leggi ha evidenziato il parallelismo tra la questione di cui al presente giudizio e quella che, nel recente passato, l'aveva portato a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 della legge n. 91/1992, nella parte in cui non prevedeva che fosse esonerato dal giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione lo straniero incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di una disabilità grave e accertata.

Inoltre, la Corte costituzionale ha spiegato che il *vulnus* sussiste anche in relazione all'art. 3, co. 2, Cost., e dunque con riguardo alla declinazione sostanziale del principio di uguaglianza, in quanto l'art. 9.1 della legge n. 91/1992 frappone un ostacolo in danno dei richiedenti cittadinanza che presentano disabilità tali da limitare le capacità di comprensione e di espressione linguistica. Il che, nella prospettiva degli effetti prodotti, si traduce in una forma di discriminazione indiretta che incide sullo sviluppo personale e sulla partecipazione politica, economica e sociale dello straniero che ha diritto ad essere parte di una nuova comunità nazionale.

Da ultimo, il Giudice delle leggi ha osservato che l'accertamento della violazione dell'art. 3 Cost. comporta l'assorbimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli artt. 2 e 38 Cost.

3. *L'attività suppletiva della Corte costituzionale*

La sentenza n. 25/2025 si innesta nel solco di quella giurisprudenza costituzionale che ha supplito alla persistente inerzia mostrata dal legislatore nel provvedere alla rimozione degli ostacoli di varia natura che si sono storicamente frapposti all'emancipazione libera ed eguale delle persone con disabilità[3].

Negli ultimi quarant'anni, infatti, a causa del mancato adeguamento della legislazione nazionale a linguaggi e protocolli scientificamente validati, la

[3] C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, pp. 121-164, spec. pp. 135 ss.; F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020, pp. 137-192, spec. pp. 179 ss.

Corte costituzionale è stata a più riprese obbligata a censurare disposizioni che legittimavano distinzioni ingiuste e irragionevoli, del tutto incompatibili con un ordinamento fondato sulla pari dignità sociale e, di conseguenza, sulla medesimezza delle opportunità di sviluppo e di partecipazione di tutti gli uomini[4].

In particolare, nel caso di specie, l'azione rimediale del Giudice delle leggi ha consentito di evitare che eventuali condizioni personali di disabilità dello straniero richiedente cittadinanza continuassero a porsi come ostative ai fini dell'acquisizione di un diritto – quello alla cittadinanza, appunto – che costituisce il presupposto per il godimento degli altri diritti e, dunque, per il conseguimento di una realizzazione umana in linea con il programma di liberazione dal bisogno delineato in Costituzione.

La decisione di cui si discorre è sovrapponibile a quella adottata dalla Corte in una sentenza pressoché coeva, la n. 3/2025, avente ad oggetto la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni che non prevedevano l'apponibilità di firma elettronica qualificata a garanzia del diritto di voto del sottoscrittore di lista elettorale impossibilitato ad apporre firma autografa a causa di una disabilità certificata[5].

Dalle due pronunce, per certi versi "gemelle", emerge a chiare lettere che il maggior costo politico, economico e sociale connesso alle diverse modalità di valorizzazione e di soddisfacimento delle capacità e dei bisogni delle persone con disabilità non può incidere sulla garanzia dei diritti inviolabili, ossia sull'espressione più tangibile di quel valore assoluto che è la dignità e che accomuna e parifica gli uomini per il solo fatto di essere uomini (e, perciò, a prescindere dalle loro plurime distinzioni).

Per gli approdi ai quali giunge, la sentenza n. 25/2025 si pone come stadio ulteriore del paradigma incrementale di tutele inaugurato dalla sentenza n. 215/1987 e già rafforzato per il tramite della sentenza n. 275/2016[6]: la prima ha statuito che la condizione giuridica delle persone con disabilità deve essere

[4] F. MASCI, *Persona, scienza e linguaggio: l'inattuazione del programma costituzionale in materia di disabilità e dei relativi livelli essenziali delle prestazioni*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2024, pp. 1-95, spec. pp. 57 ss.

[5] M. GIANNELLI, *L'inclusione attraverso l'innovazione digitale. Dalla Corte costituzionale una "spinta gentile" verso un ripensamento delle regole del procedimento elettorale preparatorio?*, in *Lecostituzionaliste.it*, aprile 2025, pp. 1-9.

[6] A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 gennaio 2017, pp. 1-6; F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, pp. 133-177, spec. pp. 153 ss.

disciplinata in conformità ai modelli scientifici di riferimento, e cioè rifuggendo quegli approcci privi di riscontro empirico che postulano l'assoluta irrecuperabilità di tali persone; la seconda, invece, ha sancito che non sono assoggettabili a condizionamento economico-finanziario le spese relative alla sovvenzione dei beni e dei servizi che assicurano alle persone con disabilità le medesime opportunità di sviluppo e di partecipazione delle persone senza disabilità.

4. *Un climax ascendente del principio di uguaglianza*

Il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9.1 della legge n. 91/1992 perché trattava in modo immotivatamente uguale stranieri che versavano in condizioni personali diverse.

Tuttavia, data la gravità del trattamento, la Corte non si è limitata a sanzionare la violazione del principio di uguaglianza formale, ma ha censurato la disposizione impugnata anche in relazione agli altri profili di detto principio.

Il Giudice delle leggi, infatti, ha rilevato che l'art. 9.1 della legge n. 91/1992 si poneva in contraddizione con il criterio della ragionevolezza poiché obbligava lo straniero con disabilità nella comprensione e nell'utilizzo della lingua all'esecuzione di una prestazione materialmente impossibile quale quella di dimostrare la conoscenza dell'idioma.

Nel pronunciarsi sull'irragionevolezza della disposizione, la Corte si è riferita in maniera espressa alla sentenza n. 258/2017, che pure concerneva l'annullamento di una prescrizione dall'oggetto impossibile[7]. Tale richiamo giurisprudenziale, ad ogni modo, non funge da *tertium comparationis*, ma è un semplice riferimento *ad adiuvandum*[8]. Quello di cui si discorre, infatti, è un giudizio sulla ragionevolezza di un'equiparazione, non di una distinzione. Il Giudice delle leggi, quindi, non si propone di censurare differenziazioni di trattamento mediante il raffronto con situazioni consimili assunte a termine di paragone, ma persegue e sanziona l'omessa considerazione di elementi della

[7] A RANDAZZO, *Disabilità e acquisto della cittadinanza. Prime notazioni a margine della sent. n. 258 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, nn. 1-2/2019, pp. 114-131; P. ADDIS, *Disabilità e giuramento per l'acquisizione della cittadinanza (osservazioni a Corte cost., sent. 258/2017)*, in *Consulta online, Studi 2018/II*, pp. 435-446; C. DOMENICALI, *La "doppia inclusione" dello straniero disabile (a margine di Corte cost. n. 258 del 2017)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 marzo 2018, pp. 1-8.

[8] *Contra* P. TORRETTA, *Cittadinanza e disabilità: è incostituzionale l'obbligo di provare la conoscenza della lingua italiana*, in *Consulta online*, n. 1/2025, pp. 430-443, spec. pp. 432 ss.

fattispecie che avrebbero imposto differenziazione di trattamento dove c'è assimilazione[9]. Lo scrutinio sulle equiparazioni, a differenza di quello sulle distinzioni, non ha carattere ternario e, pertanto, non esige l'individuazione di un parametro normativo esterno in base al quale valutare la costituzionalità della disposizione impugnata. La Corte, nella specie, si limita ad adeguare la disciplina legislativa a situazioni di fatto tra loro differenti e lo fa attraverso la rimozione di assimilazioni intrinsecamente contraddittorie e comunque non spiegabili alla luce della stessa *ratio legis* dell'oggetto di gravame. Se ne deduce, allora, che il principio inferibile dalla sentenza n. 258/2017, dal quale si ricava l'illegittimità costituzionale di una disposizione perfettamente sovrapponibile a quella impugnata, non può nella specie assurgere a *tertium comparationis*.

A margine del descritto scrutinio di ragionevolezza, il Giudice delle leggi ha dichiarato che il vizio di costituzionalità lamentato dal remittente sussiste anche con riguardo alla declinazione sostanziale del principio di uguaglianza. La Corte, infatti, ha spiegato che l'assolutezza e l'inderogabilità dell'onere linguistico di cui all'art. 9.1 della legge n. 91/1992 configurano un ostacolo all'acquisizione della cittadinanza, con la conseguenza che soltanto l'annullamento della disposizione impugnata può assicurare reale effettività alla partecipazione politica, economica e sociale del nuovo cittadino.

In ogni caso, questo dispiegamento progressivo e crescente del principio di uguaglianza non è da leggersi in termini asistematici, perché si pone in continuità con la legge delega n. 227/2021 e con i relativi decreti attuativi, e cioè con gli atti legislativi preordinati al recepimento di un modello di disabilità scientificamente validato (quello biopsicosociale), in grado di garantire alle persone con disabilità le medesime opportunità di emancipazione delle persone senza disabilità[10].

5. *Una sentenza di accoglimento parziale interpretativo*

Parte della dottrina ritiene che il Giudice delle leggi abbia emanato una sentenza additiva, aggiungendo alla disposizione impugnata una norma

[9] F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2017, pp. 1-33, spec. pp. 22-23.

[10] F. MASCI, *P.N.R.R., delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del "disability divide"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, pp. 87-136, spec. pp. 124 ss.

omessa dal legislatore, non desumibile in via di interpretazione estensiva o di applicazione analogica, ma comunque implicita nell'ordinamento costituzionale e dunque da esplicitare in conformità ad esso[11]. In particolare, la pronuncia della Corte sarebbe ascrivibile alla *species* delle additive di garanzia, perché estenderebbe garanzie a soggetti in precedenza esclusi e lo farebbe attraverso l'introduzione di posizioni giuridiche soggettive consistenti in pretese negative verso terzi (nel caso di specie, un *non facere*).

Per quanto suggestiva, però, la tesi suesposta presta il fianco a talune contestazioni. Difatti, le sentenze additive hanno ad oggetto la dichiarazione di illegittimità costituzionale di disposizioni dal contenuto normativo o dall'àmbito di applicazione più ridotti rispetto a quelli che avrebbero dovuto avere per essere considerate costituzionalmente legittime. Di conseguenza, aggiungono all'ordinamento norme mancanti. La sentenza in commento, invece, riduce la portata e l'estensione della disposizione impugnata attraverso la caducazione di una delle plurime norme non alternative da essa desumibili, senza che ciò incida sulla validità delle altre.

In altre parole, mediante la propria pronuncia di incostituzionalità, il Giudice delle leggi non ha introdotto elementi di novità nel procedimento di concessione della cittadinanza, ma ha eliminato, tra le norme non alternative desumibili dall'art. 9.1 della legge n. 91/1992, quella che esigeva l'attestazione di un'adeguata conoscenza linguistica anche da chi fosse impossibilitato ad apprendere o ad utilizzare la lingua italiana. Ragion per cui la sentenza n. 25/2025 dovrebbe essere annoverata non tanto tra le additive di garanzia, quanto piuttosto tra le pronunce di accoglimento parziale interpretativo, le quali, a differenza delle decisioni di accoglimento parziale testuale, non comportano l'espunzione di parti del testo della disposizione (parole, frasi, punteggiatura), ma la cancellazione di norme ricavabili dalla stessa. Una tale soluzione ricostruttiva consente pure di superare le eccezioni di inammissibilità dell'Avvocatura generale dello Stato, dal momento che nelle sentenze di accoglimento parziale interpretativo la Corte si limita a censurare il contrasto tra legge e Costituzione, senza sostituirsi al legislatore nella produzione di norme (e, dunque, senza intaccare il suo potere di scelta politica).

[11] P. TORRETTA, *Cittadinanza e disabilità: è incostituzionale l'obbligo di provare la conoscenza della lingua italiana*, cit., spec. pp. 441-443.

RIPUDIO MARITALE E ORDINE PUBBLICO: UNA QUESTIONE NON DEL TUTTO RISOLTA

Marco Rizzuti*

SOMMARIO: 1. Il caso e la decisione. – 2. Spunti di riflessione. – 2.1. Scioglimento del matrimonio e ordine pubblico. – 2.2. Tutela astratta dell'eguaglianza di genere e concretezza delle situazioni familiari. – 2.3. Un altro approccio alla questione: la tutela dei figli minori.

1. *Il caso e la decisione*

La questione del riconoscimento dell'efficacia del ripudio islamico (*talaq* in arabo) ritorna all'attenzione della nostra giurisprudenza grazie ad un nuovo caso[1], connesso alle vicende transnazionali di una famiglia migrante. I protagonisti sono una coppia bengalese residente nel territorio marchigiano la cui vita familiare entra in crisi a causa dei comportamenti vessatori del marito, sino a che la moglie, di ritorno dal viaggio in Bangladesh per il matrimonio di un fratello, trova la serratura di casa cambiata e l'immobile concesso in locazione ad un terzo.

La donna avvia quindi sia un procedimento penale, con una querela per maltrattamenti, sia quello per ottenere la separazione, ma a questo punto scopre che l'uomo aveva già divorziato da lei nel Paese d'origine e che in seguito all'annotazione di tale vicenda nello stato civile italiano, da lui richiesta, ella risultava dunque già di stato libero. Di conseguenza, la nostra protagonista chiede la cancellazione dell'annotazione, in ragione della contrarietà all'ordine pubblico di una siffatta procedura di divorzio realizzata a sua insaputa[2].

La richiesta trova pieno accoglimento da parte della corte dorica, che ravvisa nel *talaq* bengalese almeno tre profili di contrarietà all'ordine pubblico. Anzitutto, sul piano processuale emerge la lesione del diritto di difesa e della garanzia dell'effettività del contraddittorio, in quanto la moglie non ha avuto modo di partecipare al procedimento ma è stata soltanto destinataria della

* Professore Associato di Diritto Privato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

[1] App. Ancona, sentenza del 3 febbraio 2025.

[2] Le normative bengalesi rilevanti sono il *Muslim Family Laws Ordinance* (1961) ed il *Muslim Marriages and Divorces (Registration) Act* (1974).

notifica di una pronunzia che consisteva nella mera presa d'atto della volontà del marito[3], senza che le autorità avessero condotto il benché minimo accertamento circa la cessazione del rapporto affettivo e di convivenza tra i coniugi[4].

Sul versante sostanziale, risulta invece violato il principio di non discriminazione in ragione del genere, dal momento che il potere di sciogliere unilateralmente il matrimonio tramite il *talaq* compete esclusivamente al marito[5], e lo squilibrio non appare compensato neppure dalla circostanza che, nel contratto nuziale stipulato dai nostri protagonisti, alla moglie fosse stato concesso un potere di divorziare solo parzialmente analogo, in quanto condizionato alla violazione dei doveri coniugali da parte del marito[6].

[3] Si veda in proposito il paragrafo 4.1 della decisione in esame: "*In primo luogo, non è rispettato il principio dell'ordine pubblico processuale, non essendo stati garantiti, nell'ambito del procedimento di divorzio per ripudio, il diritto di difesa della moglie e la garanzia dell'effettività del contraddittorio. Invero, emerge dalla documentazione in atti che la domanda di divorzio di B è stata accolta dall'Autorità del Bangladesh in data 10/2/2023 sulla base della semplice presa d'atto della volontà del marito; la pronuncia è poi divenuta definitiva in seguito alla notifica del provvedimento alla moglie e al decorso del termine di legge secondo quanto previsto dal* Muslim Family Laws Ordinance *del 1961. Il provvedimento di registrazione del ripudio irrevocabile del marito è stato quindi notificato a A, la quale, tuttavia, non ha potuto partecipare al relativo procedimento, con conseguente lesione dei diritti di difesa della donna. Invero, l'unilateralità del ripudio non è venuta meno per effetto della notifica alla moglie, che rimane mera destinataria della decisione unilaterale del marito, di cui si è limitata a prendere atto*".

[4] Il punto, su cui torneremo nel prosieguo, è affrontato dalla sentenza al paragrafo 4.2: "*Del pari, manca qualsivoglia accertamento da parte dell'autorità del Bangladesh circa l'effettiva cessazione del rapporto affettivo e di convivenza dei coniugi, ovvero della possibilità di una possibile composizione o continuazione, non essendo quindi rispettato nemmeno il presupposto dell'accertamento rigoroso dell'irrimediabile disfacimento della comunione matrimoniale*".

[5] Si veda in proposito il paragrafo 4.3 della pronunzia in commento: "*In secondo luogo, non risulta rispettato nemmeno l'ordine pubblico sostanziale. L'istituto del ripudio appare infatti discriminatorio nei confronti della donna, posto che solo il marito è abilitato a liberarsi dal vincolo matrimoniale con la formula del* talaq*, senza necessità di addurre alcuna motivazione effettiva, sicché l'effetto risolutivo del matrimonio deriva da una decisione unilaterale e potestativa del solo marito*".

[6] Incontriamo la precisazione in discorso nel paragrafo 4.4 della sentenza: "*Né in senso opposto rileva la circostanza dedotta da B secondo cui nell'atto di matrimonio contratto con A in data 2/3/2008, lo stesso avrebbe conferito alla moglie lo specifico "potere di divorzio", avendo per l'effetto provveduto a equiparare in concreto i diritti della moglie a quelli del marito. Invero, la concessione alla moglie di un potere di divorzio, peraltro subordinato dall'atto di matrimonio alla violazione dei doveri coniugali da parte del marito, non consente di equiparare i diritti dei coniugi, posto che la moglie rimane soggetta al potere unilaterale, non recettizio e sostanzialmente immotivato, di ripudio del marito, permanendo, quindi, una chiara discriminazione per ragioni di sesso, in violazione dell'art. 14 della CEDU e del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.*".

L'ultimo profilo di contrarietà all'ordine pubblico, su cui la sentenza in commento si sofferma molto più brevemente[7], deriva infine dall'assenza nel provvedimento di ripudio di qualsivoglia disposizione in merito alla tutela dei figli minori.

2. *Spunti di riflessione*

Nonostante la nettezza e l'univocità della presa di posizione della pronunzia in commento, occorre rilevare che la questione è in realtà più complessa di come potrebbe sembrare a prima vista. Occorre, infatti, sempre tenere presente che la valutazione circa la contrarietà all'ordine pubblico a fini internazionalprivatistici non va confusa con un impossibile sindacato sulla costituzionalità in astratto delle norme di un altro ordinamento, ma deve concentrarsi su quei concreti effetti che si mira a produrre nel nostro ordinamento avvalendosi dell'istituto straniero[8].

Invero, dimostrare che il *talaq* sarebbe incostituzionale, qualora mai venisse accolto dal nostro legislatore interno[9], non richiede un particolare sforzo argomentativo, ed in tal senso depongono, peraltro, le esperienze di ordinamenti in cui il diritto della minoranza musulmana è stato effettivamente scrutinato alla stregua dei parametri di un moderno costituzionalismo[10]. La

[7] La pronunzia dedica a questo aspetto il sintetico paragrafo 5 che si riporta di seguito: "*A ciò si aggiunga che il provvedimento di ripudio annotato dal Comune di Ancona non contiene alcuna disposizione in merito alla tutela dei figli minori, apparendo, anche sotto tale profilo, contrario all'ordine pubblico, con particolare riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost, nonché agli artt. 8 e 12 CEDU*".

[8] Ci sia consentito un rinvio, anche per ulteriori riferimenti, a L. RADEMACHER, *Die Abwehr anstößigen Familien- und Erbrechts: Zwischen Toleranz und Geschlechter-gleichstellung*, in C.S. RUPP (a cura di), *IPR zwischen Tradition und Innovation*, Tübingen, 2019, pp. 121-140, nonché a M. RIZZUTI, *Ordine pubblico costituzionale e rapporti familiari: i casi della poligamia e del ripudio*, in *Actualidad Jurìdica Iberoamericana*, 2019, pp. 604-627.

[9] L'ipotesi potrebbe apparire oggi dell'irrealtà, ma le cronache ci hanno già prospettato la vicenda di un "partito islamico" presentatosi alle elezioni comunali di Monfalcone nella primavera del 2025, seppure con scarsissimo successo.

[10] Al riguardo risulta indicativo il caso dell'India, dove alla minoranza musulmana rimasta nel Paese nonostante la Partizione del 1947 era stato consentito di conservare il proprio statuto personale, di cui al *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act*, 1937, e di sottrarsi, come del resto anche le comunità ebraica, zoroastriana e cristiana, all'applicazione del diritto di famiglia secolarizzato, entrato in vigore per la maggioranza della popolazione con la riforma del 1955. In tale peculiare contesto, infatti, la Supreme Court of India, sentenza del 22 agosto 2017,

valutazione sulla compatibilità dei singoli effetti concreti può però essere molto meno ovvia.

2.1. *Scioglimento del matrimonio e ordine pubblico*

Anzitutto, bisogna chiarire il fondamento della contrarietà del ripudio al nostro ordine pubblico. In realtà, nel passato il concetto di ordine pubblico in materia familiare poteva riassumersi nella difesa dell'unico modello familiare ammissibile, ovvero il matrimonio eterosessuale, patriarcale, monogamico e, per l'appunto, indissolubile.

Poteva dunque essere il divorzio di per sé a risultare in contrasto con un principio fondamentale del diritto interno[11]. Tuttavia, anche in seguito alla sua introduzione nell'ordinamento italiano[12], la necessità di raggiungere un compromesso, inevitabile in un campo oggetto di così aspri conflitti, aveva indotto ad adottare un modello che non apriva certo praterie di sconfinata libertà, ma imponeva anzi tempistiche gravose ed incentrava il procedimento sul ruolo del giudice statale, chiamato non solo a constatare l'effettiva crisi del rapporto ma anche ad intervenire per porvi rimedio con un tentativo di conciliazione, oltre che a sindacare l'adeguatezza degli eventuali accordi presi dai separandi.

Se dunque non era più questione di ordine pubblico l'indissolubilità, lo era però ancora un principio di necessario intervento giudiziale in ogni ipotesi di dissoluzione del rapporto matrimoniale. Pertanto, anche in pronunzie piuttosto recenti continuiamo a leggere che la problematicità del ripudio si deve a quella assenza di un "*accertamento rigoroso dell'irrimediabile disfacimento della comunione matrimoniale*" in sede giudiziale, cui, come abbiamo visto, fa riferimento pure la sentenza in esame[13].

Shayara Bano vs. Union of India & Others, ha finito per dichiarare incostituzionale quella parte dello statuto personale islamico che ammette il ripudio istantaneo per triplo *talaq*.

[11] Il dibattito risale quantomeno alla ratifica, con la l. 7 settembre 1905, n. 523, della Convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 in materia di divorzio e separazione, che secondo gli orientamenti più aperti della giurisprudenza avrebbe fatto venire meno il contrasto con l'ordine pubblico delle sentenze straniere di divorzio: cfr. App. Milano, sentenza del 24 novembre 1920, in *Foro italiano*, 1921, c. 209 ss., con nota di A. CAVAGLIERI.

[12] Alludiamo naturalmente alla l. 1° dicembre 1970, n. 898.

[13] Invero, un analogo richiamo tralatizio ad un preteso principio di dissolubilità del matrimonio solo in seguito all'accertamento giudiziale del disfacimento della comunione di vita familiare si rinviene non di rado nella nostra giurisprudenza: cfr. App. Venezia, sentenza del 9 aprile 2015, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 1029 ss., con nota di O. VANIN, nonché App. Roma, sentenza del 12 dicembre 2016, in *Il diritto di famiglia e delle persone,* 2017, p. 347 ss., con nota di P. VIRGADAMO.

Tuttavia, oggi non può certamente più essere questa la ragione giustificativa del suo ravvisato contrasto con l'ordine pubblico, dal momento che il nostro ordinamento da circa un decennio conosce anche, per le ipotesi consensuali, il divorzio degiurisdizionalizzato[14], scelta peraltro nient'affatto isolata a livello europeo[15]. Del resto, il successo di tali modelli, pienamente coerente con il prevalere, al livello sociale prima che giuridico, di un concetto del rapporto familiare funzionalizzato non ad un superiore interesse dell'istituzione ma alla realizzazione personale dei singoli componenti[16], è dipeso, in misura non secondaria, anche proprio dall'innescarsi di meccanismi di concorrenza fra gli ordinamenti.

Oltretutto, la nostra giurisprudenza considera ormai pacificamente insindacabile quella intollerabilità soggettiva della convivenza che va allegata a fondamento della domanda di separazione[17], mentre il riconoscimento della

[14] Il riferimento è, naturalmente, agli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure di "degiurisdizionalizzazione", convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014, n. 162, in base ai quali la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la modifica delle relative condizioni, possono prodursi anche per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di un avvocato per parte, oppure di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile. In proposito si vedano, per tutti, S. PATTI, *The privatization of the divorce in Italy*, in *Familia*, 2017, 2, p. 155 ss.; R. MONTINARO, *Marital Contracts and Private Ordering of Marriage from the Italian Family Law Perspective*, in *The Italian Law Journal*, 2017, pp. 75-90; M.N. BUGETTI, *Il divorzio tra intervento giudiziale e autonomia dei coniugi*, in *Famiglia e diritto*, 2021, 1, p. 34 ss.

[15] Tra gli Stati europei che conoscono varie modalità di divorzio privato si possono annoverare, oltre all'Italia, anche Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, Romania, Lettonia, Estonia: cfr. G. BUFFONE, *La Corte di Giustizia sui divorzi privati*, in *www.ilcaso.it*, 3 gennaio 2018.

[16] Sono noti i fondamenti costituzionali dell'impostazione in discorso: la priorità della persona rispetto alle formazioni sociali tutelate in funzione della prima ai sensi dell'art. 2 Cost.; il principio di eguaglianza senza distinzione di sesso ex art. 3 Cost.; il principio di eguaglianza tra i coniugi ed il riconoscimento del carattere non statuale della società familiare nell'art. 29 Cost. Si veda al riguardo, per tutti, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979.

[17] Tale interpretazione dell'art. 151 c.c. è ormai sostanzialmente pacifica nella giurisprudenza italiana: cfr., *ex multis*, Cass. Civ., sez. I, sentenza del 29 aprile 2015, n. 8713, in *www.altalex.com*, in cui si spiega il concetto di intollerabilità della convivenza in termini di "*fatto psicologico squisitamente individuale*" e di "*disaffezione al matrimonio di una sola delle parti*", nonché Cass. Civ., I sez., 5 agosto 2020, n. 16698, in *Diritto e Giustizia*, 6 agosto 2020, in cui si ribadisce che tale disaffezione dovrà bensì essere "*verificabile in base a fatti obiettivi*" ma che questi potranno semplicemente essere la "*presentazione stessa del ricorso ed il successivo comportamento processuale (e, in particolare dalle negative risultanze del tentativo di conciliazione), dovendosi ritenere, in tali evenienze, venuto meno quel principio del consenso che, con la riforma attuata attraverso la legge 19 maggio 1975, n. 151, caratterizza ogni vicenda del rapporto coniugale*".

rilevanza delle convivenze "di fatto" ha implicato anche quello di un'efficacia estintiva di significativi effetti giuridici per gli atti di scioglimento di tali rapporti, pure collocati sempre su un piano privatistico, con un certo formalismo nel caso del contratto di convivenza e nessuno in quello, assai più frequente a livello pratico, della convivenza legalmente rilevante ma non contrattualizzata[18].

2.2. *Tutela astratta dell'eguaglianza di genere e concretezza delle situazioni familiari*

Il vero punto problematico del ripudio islamico consiste dunque nella discriminazione di genere, in quanto si tratta di un privilegio maritale, come del resto mette bene in evidenza la stessa sentenza, se prescindiamo da quel tralatizio richiamo al mancato accertamento giudiziale del disfacimento della comunione di vita cui abbiamo appena fatto riferimento.

Pertanto, un sistema in cui entrambi i coniugi avessero davvero un pieno potere di divorziare in maniera unilaterale non porterebbe necessariamente ad esiti in contrasto con l'ordine pubblico[19], ma soprattutto la *ratio* della protezione contro le discriminazioni non andrebbe mai ritorta in concreto contro la donna stessa, nelle ipotesi in cui sia proprio lei a far valere il ripudio. Possono, infatti, benissimo presentarsi casi in cui è la stessa donna ripudiata ad avere tutto l'interesse ad avvalersi dell'avvenuto ripudio, ad esempio per far constare la propria libertà di risposarsi[20], oppure per azionare pretese

[18] Sullo scioglimento del contratto di convivenza di cui all'art. 1, comma 59, lettera *b*, della l. 20 maggio 2016, n. 76, si veda, anche per ulteriori riferimenti, R. MAZZARIOL, C*onvivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018, p. 237 ss.

[19] Potrebbe essere il caso di un sistema simile a quello del divorzio "per lettera" che l'ordinamento sovietico, almeno nel periodo più radicalmente rivoluzionario, riconosceva ad entrambi i coniugi. Invero non stupisce che all'epoca la nostra Cass. Civ., I sez., sentenza del 17 marzo 1955, n. 789, in *Giustizia civile*, 1955, I, p. 1654, avesse sancito la contrarietà all'ordine pubblico di un ripudio sovietico, ma abbiamo appena detto che le coordinate assiologiche sono assai mutate da allora.

[20] Trib. Milano, sentenza del 21 settembre 1967, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1968, p. 403, aveva rigettato la richiesta di riconoscimento della libertà di stato, in conseguenza di un ripudio intervenuto secondo la legge iraniana, benché fosse stata presentata dalla stessa moglie ripudiata: oggi un esito del genere sarebbe a nostro avviso del tutto inaccettabile. A livello comparatistico, va segnalato come il *Tribunal Supremo* spagnolo abbia sancito, con la pronunzia del 21 aprile 1998, che gli effetti del ripudio devono essere riconosciuti quando è la moglie ripudiata a chiederlo, ed una soluzione analoga è stata positivizzata in Belgio dall'art. 57 del *Code de droit international privé* del 16 luglio 2004, in cui si prevede che il ripudio

economiche che lo stesso diritto islamico ricollega allo scioglimento del matrimonio[21].

Non è certo questo che è successo nel caso di specie, in cui, come più frequentemente accade, è stato il ripudiante che intendeva avvalersi degli effetti dello scioglimento del matrimonio, ma, anche per questa tipologia di vicende, una valutazione degli effetti concreti che si mira a conseguire resta di fondamentale importanza.

Invero, la sentenza in commento nelle sue argomentazioni segue pedissequamente e dichiaratamente una importante decisione di legittimità[22], ma ne ignora un'altra, pressoché contemporanea alla prima e tuttavia ben diversa nel metodo e negli approdi cui perviene[23]. Secondo quest'ultima pronunzia,

è riconoscibile quando la moglie lo ha accettato, mentre i relativi lavori preparatori specificano che tale accettazione può dedursi anzitutto da un'azione giudiziale intentata dalla donna stessa per ottenere la possibilità di risposarsi, o per far valere le conseguenze patrimoniali del divorzio, e spiegano come la scelta del legislatore in tal senso sia per l'appunto motivata dalla necessità di evitare una situazione di "*double victimisation*" della parte protetta.

[21] Potrebbe essere il caso in cui si faccia valere il *mahr*, elemento essenziale del contratto nuziale islamico che consiste in un'attribuzione patrimoniale da parte del marito nei confronti della moglie, la cui prima quota viene versata al tempo delle nozze mentre la seconda, più consistente sul piano economico, è rinviata ad un momento successivo solitamente coincidente con lo scioglimento del matrimonio, di talché il meccanismo svolge la fondamentale funzione di compensare il potere maritale di ripudio e la sostanziale assenza di obblighi di solidarietà postconiugale. Si veda in proposito, anche per ulteriori riferimenti: M. RIZZUTI, *Patti prematrimoniali, divorzi privati e 'multiconiugalismo'*, in M. PALAZZO, S. LANDINI (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, 1, pp. 337-354.

[22] Cass. Civ., sez. I, sentenza del 7 agosto 2020, n. 16804, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 381, con nota di G. LIBERATI BUCCIANTI, confrontandosi con la domanda di riconoscimento in Italia di una sentenza di divorzio tra due coniugi di doppia cittadinanza italiana e giordana resa dal Tribunale sciaraitico palestinese di Nablus Occidentale, ha concluso nel senso del diniego della riconoscibilità per contrasto con l'ordine pubblico, in ragione della natura intrinsecamente discriminatoria del ripudio maritale.

[23] Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 14 agosto 2020, n. 17170, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, 2, p. 344, con nota di C. SCALVINI, a fronte di un divorzio iraniano, ha cassato una decisione di merito che si era espressa nel senso dell'irriconoscibilità del ripudio, in quanto i giudici di legittimità questa volta hanno sottolineato come non si debba sindacare l'istituto straniero nel suo contenuto astratto, ma si debbano valutare gli effetti che dello stesso siano stati concretamente fatti valere nel nostro ordinamento, tenendo conto in particolare del dato di una situazione in cui comunque si era già irrimediabilmente disfatta la comunione di vita tra i coniugi. Per una prospettiva critica al riguardo si veda A. BELLELLI, *La irriconoscibilità nell'ordinamento italiano del provvedimento straniero di scioglimento del matrimonio fondato sul ripudio*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 2, p. 422 ss.

infatti, l'attenzione andrebbe per l'appunto concentrata sull'effetto concreto di scioglimento del rapporto coniugale cui chi fa valere il ripudio mira, di talché, laddove detto rapporto si sia già disfatto, non sarebbe necessariamente in contrasto con l'ordine pubblico riconoscere anche la giuridificazione di tale disfacimento.

A ben vedere, il caso di specie potrebbe essere considerato paradigmatico: il rapporto fra i due coniugi era già radicalmente compromesso, e alla donna il matrimonio interessava soltanto come presupposto per azionare la separazione. La vicenda in esame, qualora mai dovesse pervenire all'attenzione della giurisprudenza di legittimità, potrebbe dunque persino rappresentare l'occasione per un'ipotizzabile rimessione della questione alle sezioni unite, finalizzata a comporre l'appena ricordato palese contrasto.

2.3. *Un altro approccio alla questione: la tutela dei figli minori*

Tuttavia, a prescindere da eventuali sviluppi nomofilattici, in questa sede ci interessa di più provare a mettere in evidenza una diversa possibile prospettiva nell'impostazione del tema.

Sorge in particolare il dubbio se in questo genere di casistiche ciò di cui occorre effettivamente denegare il riconoscimento non sia tanto lo scioglimento del matrimonio in quanto tale, ma una sua regolazione che risulta non tutelante per i figli minori, come accadeva anche nel caso di specie stando a quanto si può dedurre da un passaggio forse un po' troppo sintetico della sentenza[24]. La soluzione più adeguata, insomma, potrebbe essere non già costringere i nostri protagonisti a rimanere sposati, o a divorziare nuovamente, bensì valutare come contraria all'ordine pubblico la specifica disciplina del loro rapporto post-coniugale, *in parte qua* non tuteli adeguatamente i minori coinvolti, oppure eventualmente il coniuge debole.

Fermo restando quindi lo scioglimento del consorzio familiare, potremmo considerare semmai d'ordine pubblico le norme che impongono una adeguata tutela dei soggetti in questione, un po' come accade in quelle vicende transnazionali nelle quali viene in rilievo il confronto con ordinamenti i cui criteri di

[24] Si allude al già richiamato paragrafo 5 della sentenza, che riportiamo nuovamente per maggiore chiarezza: "*A ciò si aggiunga che il provvedimento di ripudio annotato dal Comune di Ancona non contiene alcuna disposizione in merito alla tutela dei figli minori, apparendo, anche sotto tale profilo, contrario all'ordine pubblico, con particolare riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost, nonché agli artt. 8 e 12 CEDU*".

determinazione del contributo per il mantenimento dei figli minori portano ad esiti radicalmente inadeguati nel *quantum*[25].

[25] Si veda in proposito, anche per ulteriori riferimenti, F. IOANNONI FIORE, *Tutela del minore straniero tra norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico*, in V. BARBA, E.W. DI MAURO, B. CONCAS, V. RAVAGNANI (a cura di), *Nuovi paradigmi della filiazione. Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni*, Roma, 2023, pp. 341-362.

PERMESSI DI SOGGIORNO E TUTELA PROCEDURALE

RINNOVO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO E GARANZIE PROCEDURALI ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE

Giampiero Cassola*

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 333/2025 del Consiglio di Stato: vicenda e decisione. – 2. Il rinnovo del permesso di soggiorno e l'omessa comunicazione del cambio di domicilio. – 3. Il principio di buona fede nel procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno. – 4. Le spese (non) seguono la soccombenza. – 5. Considerazioni conclusive: per un diritto amministrativo dello straniero.

1. *La sentenza n. 333/2025 del Consiglio di Stato: vicenda e decisione*

Con decreto 18 giugno 2020, il Questore della Provincia di Lecce ha respinto l'istanza di un cittadino gambiano volta ad ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo. Il diniego si fonda sul presupposto dell'omessa comunicazione del cambio di domicilio. Lo straniero, infatti, nelle more del rinnovo del permesso di soggiorno, ha trasferito il suo domicilio, senza, tuttavia, darne comunicazione all'autorità competente. Dunque, prima, nel corso del controllo domiciliare, gli organi accertatori hanno constatato l'assenza dello straniero e, successivamente, gli è stato notificato ex art. 10-bis L. 241/1990 il preavviso di rigetto, portante le ragioni ostative all'accoglimento del rinnovo. La raccomandata, tuttavia, inviata al domicilio originario, veniva restituita all'amministrazione procedente perché sconosciuto il destinatario. Stante l'assenza dell'interessato, l'amministrazione ha adottato il provvedimento di rigetto, notificato, in questo caso, non via raccomandata, bensì "a mani proprie": notifica che si è ritualmente perfezionata.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia investito in primo grado della questione, con sentenza n. 741/2024 del 22 maggio 2024, ha respinto il ricorso, sull'assorbente presupposto che «l'assenza di una idonea sistemazione alloggiativa e/o della omessa comunicazione di un eventuale cambio di domicilio […] non può essere qualificata alla stregua di una mera irregolarità amministrativa sanabile» ai sensi dell'art. 5, c. 5, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico sull'Immigrazione, di seguito TUI).

* Dottorando in Diritto amministrativo, Università della Tuscia

In sede di appello, il ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 10-bis della l. n. 241/1990 e l'eccesso di potere per carenza di motivazione, difetto di istruttoria, violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, non essendo pervenuta la comunicazione presso l'effettivo domicilio che, pur essendo stato modificato, non rendeva lo straniero irreperibile, come confermerebbe la circostanza che il decreto di diniego è stato poi notificato regolarmente "a mani proprie". È stato dedotto, altresì, il difetto di motivazione e di istruttoria, là dove il primo giudice ha affermato che l'omessa comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza del cambio di domicilio non avrebbe potuto essere qualificata alla stregua di una mera irregolarità amministrativa sanabile. In aggiunta, è stata lamentata la violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto lo straniero era già titolare dello status di protezione umanitaria.

Il Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 16 gennaio 2025, n. 333/2025, ha accolto il ricorso per difetto d'istruttoria e di motivazione, oltre che per violazione delle garanzie procedurali sancite dalla l. n. 241/1990. In particolare, la sentenza, valorizzando il principio di buona fede di cui all'art. 1, c. 2-bis della l. n. 241/1990 e l'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 6 della l. n. 241/1990, ha stabilito che l'autorità competente avrebbe dovuto reiterare la notifica della richiesta di integrazione documentale a seguito dell'unico tentativo risultato vano.

La sentenza in esame offre l'occasione per indagare sull'obbligo di comunicazione del cambio di domicilio nel procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno e, in particolare, su *a)* quale sia il fine di questo obbligo, *b)* quali siano le conseguenze in caso di inosservanza e *c)* quali siano le garanzie procedurali che l'amministrazione deve rispettare prima di adottare provvedimenti sfavorevoli nei confronti dell'interessato. Gli esiti dell'analisi sollecitano alcune riflessioni sulla configurazione di un diritto amministrativo dello straniero.

2. *Il rinnovo del permesso di soggiorno e l'omessa comunicazione del cambio di domicilio*

In base all'art. 5 del TUI, il rinnovo del permesso di soggiorno è richiesto dallo straniero al questore della Provincia in cui dimora, almeno sessanta giorni prima della scadenza, ed è sottoposto alla verifica delle condizioni previste per il rilascio (comma 4). Qualora vengano a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio, il rinnovo è rifiutato, sempre che

non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili (comma 5).

Tra i requisiti che lo straniero deve indicare in sede di presentazione della domanda di autorizzazione al soggiorno, l'art. 9, c. 2, del DPR n. 394/1999 (c.d. Regolamento di attuazione del TUI) prevede «il luogo dove l'interessato dichiara di voler soggiornare» (lett. b). Coerentemente con detta disposizione, l'art. 6, c. 8, TUI, dispone che «gli stranieri che soggiornano nel territorio dello Stato devono comunicare al questore competente per territorio, entro i quindici giorni successivi, le eventuali variazioni del proprio domicilio abituale».

L'obbligo di dichiarare il luogo di domicilio e le sue variazioni è funzionale, da una parte, ad individuare la questura competente ad occuparsi della posizione dello straniero durante il soggiorno e, dall'altra, ad assicurarne la reperibilità[1]. Coerentemente, la sentenza in commento, accertato che il decreto di diniego è stato ritualmente notificato a "mani proprie", ha escluso che si potesse parlare di irreperibilità dello straniero, fine, appunto, che giustifica l'obbligo di comunicare le variazioni di domicilio[2].

Venendo agli effetti giuridici di un'eventuale inosservanza di detto obbligo, se l'obiettivo è garantire la reperibilità dello straniero, allora dovrebbe escludersi che la mera mancata comunicazione della variazione del domicilio abituale determini il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno. Quanto meno se prima l'amministrazione non abbia adottato tutte le misure necessarie per reperirlo. A quest'ultimo proposito, la sentenza in esame non solo puntualizza le garanzie procedurali, generali e speciali, che si applicano al procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno, bensì individua anche la chiave interpretativa che deve guidare l'azione amministrativa: il principio di buona fede.

[1] In dottrina, si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Residenza, dimora, domicilio e condizione alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2019, p. 10. In giurisprudenza, si veda Cons. St., 13 giugno 2014, n. 3030, ove si afferma «Considerato che: – dal mancato recapito del preavviso di diniego, in presenza dell'indicazione del numero di telefono cellulare nella domanda di rinnovo del permesso di soggiorno a mezzo del predisposto kit postale, non può ragionevolmente dedursi che il cittadino straniero si sia reso irreperibile pur nell'eventuale inosservanza dell'obbligo (previsto dall'art. 6, co. 8, del d.lgs. n. 286 del 1998) di comunicazione delle variazioni non anagrafiche di domicilio, peraltro non costituente caso di diniego di rilascio del permesso di soggiorno o del suo rinnovo […]». Si veda altresì Cons. St., sez. III, 13 settembre 2018, n. 5381; TAR Campania, 4 gennaio 2019, n. 51.

[2] Cons. St., n. 333/2025, punto 10. Si ritiene che, una volta accertata la reperibilità dello straniero, l'amministrazione avrebbe dovuto annullare in autotutela il diniego notificato, proseguendo nel rinnovo del permesso di soggiorno.

3. *Il principio di buona fede nel procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno*

Il principio di buona fede[3] – ricorda innanzitutto il Collegio – è un «concetto giuridico generale che si riempie di contenuto a seconda della fattispecie che viene in rilievo»[4]. Si tratta di una clausola generale dell'ordinamento giuridico, oggi cristallizzata anche nell'art. 1, c. 2-bis, l. n. 241/1990[5], che si caratterizza per un «nucleo precettivo costituito dai doveri di correttezza e lealtà»[6], in grado di permeare ogni ambito del diritto, non soltanto quando l'amministrazione opera *jure privatorum*, bensì «anche quando pone in essere la sua attività tipicamente autoritativa»[7].

Il principio di buona fede, da una parte, ispira, quale istituto di ordine generale, il potere-dovere di soccorso istruttorio di cui all'art. 6, l. n. 241/1990 e, dall'altra, la stessa disciplina speciale concernente il rinnovo del permesso di soggiorno, nella parte in cui ne esclude il diniego nei casi di «irregolarità amministrative sanabili» (art. 5, c. 5, TUI).

L'istituto del soccorso istruttorio, come noto, attribuisce al responsabile del procedimento il potere-dovere «di chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e ordinare esibizioni documentali», con lo scopo di «orientare l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti posseduti, attenuando la rigidità delle forme»[8]. L'amministrazione, infatti, «non può limitarsi ad addurre l'incompletezza dei documenti posti a supporto dell'istanza per concludere nel senso dell'adozione di un provvedimento negativo, senza aver preventivamente posto il soggetto istante in condizioni di completare l'istanza in questione»[9].

Nel caso di specie, l'amministrazione si è limitata ad una sola notifica del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis, l. n. 241/1990, con una modalità –

[3] Per approfondire, in dottrina, si veda, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995. Più di recente, G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 169 ss. e M.G. PULVIRENTI, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2023, pp. 107 ss.

[4] Cons. St., n. 333/2025, punto 10.2; si veda anche il precedente Consiglio di Stato, sez. III, 11 luglio 2022, n. 5801.

[5] Introdotto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

[6] Cons. St., n. 333/2025, punto 10.3.

[7] *Ibidem*.

[8] Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50.

[9] TAR Piemonte, sez. I, 7 novembre 2013, n. 1165.

quella via raccomandata – spesso inidonea nei procedimenti di rinnovo del permesso di soggiorno, come difatti smentita dalla successiva notifica – questa volta a "mani proprie" – del diniego, regolarmente perfezionatasi. L'amministrazione avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio, che «assume i connotati di un atto doveroso e non meramente facoltativo», che si giustifica in ragione dell'esigenza che l'autorità procedente, «in attuazione del dovere di buona fede, tenga in debita considerazione l'interesse del privato al rilascio del provvedimento»[10]. Un simile obiettivo, peraltro, «risulterebbe vanificato ove si ritenga che l'amministrazione, pur avendo attivato il soccorso istruttorio, non abbia il dovere di reiterare la notifica della richiesta di integrazione documentale a seguito di un unico tentativo risultato vano»[11]. Tanto più «se si considera la delicatezza dell'istanza di rinnovo del titolo di soggiorno, in relazione alla quale vengono coinvolti interessi di rilievo costituzionale e internazionale attinenti ai diritti fondamentali della persona»[12].

4. *Le spese (non) seguono la soccombenza*

Stupisce, allora, che una sentenza così attenta al valore dei diritti fondamentali e delle garanzie procedurali disponga la compensazione delle spese tra le parti, per non meglio precisati «giusti motivi», arrecando un grave *vulnus* all'effettività del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

Si ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 90 del Codice di procedura civile ciascuna delle parti deve anticipare le spese necessarie per agire e difendersi concretamente in giudizio, che, per parte ricorrente, nei casi di ricorsi aventi ad oggetto il diritto di soggiorno, consistono in € 300,00 di contributo

[10] Cons. St., n. 333/2025, punto 10.3.

[11] *Ibidem*.

[12] Cons. St., n. 333/2025, punto 10.6. Nei procedimenti per il rinnovo del permesso di soggiorno, il Giudice amministrativo aveva già deposto per un maggior favore verso lo straniero nei casi di diniego o mancato rinnovo per ragioni legate al reddito del migrante; tra le molte pronunce in tema, Cons. Stato, III sez., 11 settembre 2014 n. 4652; Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2015 n. 117; Cons. Stato, sez. III, 30 maggio 2016 n. 2266; Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017 n. 651. Su quest'ultimo punto, in dottrina C. FELIZIANI, *La tutela del migrante tra procedimento e processo amministrativi*, in M. MESSINA (a cura di), *Cittadinanza e Stato di diritto per un'Unione europea più forte*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, pp. 265 ss. Per approfondire sulla tutela dei diritti fondamentali assicurati allo straniero davanti al giudice amministrativo, si veda M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 5/2018, pp. 2 ss.

unificato oltre alle spese per l'assistenza legale. La legittimità costituzionale della disciplina è appesa alla sua «natura tendenzialmente provvisoria»[13]: ogni qual volta il processo si concluda con una sentenza che definisca il giudizio l'onere di anticipazione è destinato a cedere a fronte di una disciplina definitiva che ponga le spese a carico della parte soccombente (art. 91, C.p.c.). Il principio della soccombenza trova una deroga nei soli casi previsti dall'art. 92 C.p.c.: a) non devono essere liquidate alla parte vincitrice le spese ritenute eccessive o superflue; b) se vi è soccombenza reciproca ovvero, per giusti motivi, «da indicare esplicitamente in motivazione»[14], nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, le spese possono essere compensate tra le parti, parzialmente o per intero; c) se le parti si sono conciliate, le spese si intendono compensate.

Nel caso di specie, non solo non sono stati esplicitati i "giusti motivi", ma a dispetto di una contraria sentenza di primo grado, si è dinanzi ad una giurisprudenza consolidata che valorizza il principio di buona fede nelle controversie aventi ad oggetto il rinnovo del permesso di soggiorno, concludendo per un maggior *favor* per il ricorrente straniero[15]. Appare superfluo ricordare che i migranti si

[13] A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Jovene, Napoli, 2021, p. 307.

[14] Ivi., p. 308. Sulla precisa indicazione dei "giusti motivi" si veda anche il prevalente indirizzo dello stesso Consiglio di Stato, che ha ritenuto «inappagante la statuizione del giudice di prime cure ove – com'è nel caso di specie - non fornisca indicazione di alcun elemento concreto dal quale sia possibile dedurre la sussistenza dei "giusti motivi" che legittimino la 'deroga' al c.d. "principio della soccombenza". Escluse, in quanto non aderenti al caso di specie, le ipotesi tipizzate della soccombenza reciproca, dell'assoluta novità della questione trattata e del mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, la compensazione avrebbe potuto giustificarsi solo al ricorrere di "gravi ed eccezionali ragioni". Nondimeno, l'affermata congestione degli uffici amministrativi a cagione di un numero esorbitante di pratiche da sbrigare - addotta dal giudice di primo grado ma mai eccepita in funzione scriminante dall'Amministrazione nel corso del giudizio di primo grado - si risolve in una formula di stile, del tutto generica, sganciata da riferimenti specifici e concreti a situazioni contingenti, potenzialmente spendibile in modo indifferenziato per qualunque ipotesi di attività amministrativa e, come tale, sostanzialmente elusiva dell'obbligo di adeguata esternazione della "eccezionalità" e "gravita" dei motivi derogatori, pure pretesa dall'art. 92 c.p.c.» (Cons. St., sez. III, 28 maggio 2020, n. 3377, commentata, in questo Blog, da L. Pergolizzi, *La rilevanza del termine di conclusione del procedimento di conferimento della cittadinanza italiana*, *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, agosto 2020). Per altre pronunce dello stesso indirizzo, si veda Cons. St., sez. III, nn. 6660/2019; 2346/2018; 3510/2018; 4084/2018.

[15] In giurisprudenza, si vedano Cons. St., sez. III, 4 agosto 2022, n. 2022; Cons. St., sez. III, 19 maggio 2022, n. 5801; TAR Emilia-Romagna, sez. I, 25 maggio 2016, n. 177; TAR Campania, 4 gennaio 2019, n. 51.

trovino (anche[16]) in una più accentuata condizione di vulnerabilità economica: non riconoscere loro i dovuti oneri processuali appare una scelta irragionevole, oltre che illegittima. Senza considerare le molte ipotesi in cui l'Avvocato assuma l'incarico *pro bono* o applichi tariffe agevolate, facendosi integralmente carico (della tutela) del diritto di difesa dello straniero. Sembrerebbe allora doveroso almeno riconoscere al professionista la "soddisfazione" delle spese di lite.

5. *Considerazioni conclusive: per un diritto amministrativo dello straniero*

La sentenza n. 333/2025 del Consiglio di Stato offre l'occasione per constatare come l'esigenza di assicurare la tutela dei migranti incida sull'assetto delle garanzie procedurali del diritto amministrativo, sollecitandone una (più favorevole) modulazione.

Si tratta, infatti, di procedimenti che coinvolgono interessi di rilievo costituzionale attinenti ai diritti fondamentali della persona[17], tanto più se, come nel caso di specie, lo straniero è già titolare dello status di protezione umanitaria, risiede da tempo in Italia[18] e «vi siano fondati motivi di ritenere sussistenti i requisiti per il rinnovo del permesso di soggiorno»[19]. Per queste ragioni, il giudice, valorizzando il principio di buona fede e l'istituto del soccorso istruttorio, esclude il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per mere irregolarità amministrative sanabili. L'amministrazione avrebbe dovuto integrare il controllo formale sulla mancata comunicazione del cambio di domicilio con una valutazione sostanziale della posizione del richiedente (concernente la sua reperibilità), superando così la rigidità degli automatismi decisionali.

All'importanza di un approccio sostanziale, si aggiunge il ruolo fondamentale del giudice amministrativo, che conferma la sua «caratura massimamente compensativa»[20] dell'agire illegittimo dell'amministrazione.

[16] Sulla più generale condizione di vulnerabilità dello straniero nei procedimenti amministrativi, si veda A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020, p. 179, ove ricorda che si tratta di «soggetti che si trovano in una condizione di indubbia soggezione nei confronti del potere amministrativo e sono per questo maggiormente vulnerabili».

[17] Cfr. Cons. St., n. 333/2025, punto 10.6.

[18] Sul criterio della durata del soggiorno che condiziona la consistenza della libertà dello straniero, si veda, M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, *La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 41.

[19] Cons. St., n. 333/2025, punto 10.5.

[20] C. FELIZIANI, *La tutela del migrante tra procedimento e processo amministrativi,* cit., p.

Si tratta di due elementi chiave, che contribuiscono a consolidare l'asse portante di un diritto amministrativo dello straniero.

MIGRAZIONI ECONOMICHE E PERMESSO DI SOGGIORNO PER ATTESA OCCUPAZIONE: IL "PERFETTO ESEMPIO" DI UN SISTEMA IMPERFETTO

Ivana Santoro*

SOMMARIO: 1. Il sistema di ingresso dello straniero per motivi di lavoro. – 2. Il permesso di soggiorno per attesa occupazione in caso di mancata sottoscrizione del contratto di soggiorno: dalle "cause di forza maggiore" alle "cause non imputabili al lavoratore". – 3. Il permesso di soggiorno per attesa occupazione in fase di emersione dal lavoro irregolare. – 4. Le oscillazioni della giurisprudenza amministrativa. – 5. Conclusioni: l'attesa occupazione (n)e(l)le disfunzioni del sistema di ingresso dello straniero per motivi di lavoro.

1. *Il sistema di ingresso dello straniero per motivi di lavoro*

L'ingresso degli stranieri in Italia per lavoro subordinato, anche "per esigenze di carattere stagionale", si colloca ormai da tempo nella cornice della programmazione dei flussi di ingresso (art. 3, c. 4, d.lgs. n. 286/1998, d'ora in avanti TUI)[1]. Lo straniero può accedere al mercato del lavoro italiano seguendo le tappe della procedura tratteggiata dal legislatore: dapprima, il "futuro" datore di lavoro deve presentare una domanda di ingresso per lavoro subordinato o stagionale allo Sportello Unico Immigrazione (SUI) territorialmente competente, il quale rilascia – all'esito delle verifiche – un nullaosta nei limiti delle quote assegnate dal c.d. Decreto Flussi[2].

Una volta ottenuto il nullaosta, il "futuro" lavoratore richiede all'autorità consolare del Paese di provenienza un visto che consente di accedere al territorio italiano.

Dopo la registrazione dell'ingresso dello straniero, le "future" parti contrattuali sono convocate innanzi al SUI per sottoscrivere il c.d. contratto di soggiorno per lavoro subordinato o subordinato a carattere stagionale[3]. La

* Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro, Università degli Studi del Molise.

[1] M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, Bari, 2017, p. 116 ss.

[2] Sugli ammessi "fuori quota" si v. W. CHIAROMONTE, *Una lettura giuslavoristica del d.l. 20/2023: le inadeguate politiche migratorie del Governo Meloni*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 179, n. 3/2023, p. 449 ss.

[3] W. CHIAROMONTE, voce *Immigrazione e contratto di lavoro*, in *Enciclopedia del Diritto*, I Tematici, VI - Contratto di lavoro, 2023, par. 2 e ss.

sottoscrizione congiunta – che oggi può avvenire anche in modalità telematica – consente allo straniero di richiedere il permesso di soggiorno (d'ora in poi: pds) alla Questura.

Tale meccanismo, contraddistinto dalla «duplicazione dei passaggi burocratici successivi al nulla osta e al visto di ingresso, cioè dalla separazione tra contratto di soggiorno e rilascio del permesso di soggiorno»[4], si rivela spesso inefficace, non sintonizzato con i ritmi veloci delle imprese e permeabile ad abusi perpetrati sovente a spese dello straniero[5].

Le disfunzioni della procedura – che affondano le radici nel legame tra pds e rapporto di lavoro subordinato – sono risultate accentuate dalle ultime riforme.

Nell'onda d'urto della semplificazione, il SUI dispone attualmente di soli 60 giorni (o, nei casi ben più numerosi dei lavoratori stagionali, di 20 giorni) per operare i controlli sui requisiti dell'istante: nel silenzio, il nullaosta di ingresso si intende concesso automaticamente (artt. 22, c. 5-5.01 e 24, c. 2 del TUI).

Il legislatore consente inoltre allo straniero di svolgere attività lavorativa munito del solo visto di ingresso al fine di velocizzare l'accesso al mercato del lavoro (artt. 22, c. 6-*bis* e 24, c. 2 del TUI)[6].

Un altro intervento di semplificazione (che porta con sé indubbi elementi di complicazione) si rinviene nell'art. 24-*bis*, TUI che "appalta" all'esterno verifiche amministrative su elementi cruciali per il mercato del lavoro (come la congruità del numero di richieste in relazione alla capacità economica dell'istante). La norma fa salva la possibilità che l'autorità amministrativa (in specie, l'ITL) effettui meri controlli "a campione" sulle domande: questi ultimi, tuttavia, rischiano di arrivare troppo tardi.

Se il tentativo di snellire l'*iter* procedurale appare apprezzabile, il rischio della semplificazione (o, quantomeno, del surrogato offerto dal legislatore) è duplice: rilasciare, tramite il meccanismo del silenzio-assenso, il nullaosta in

[4] A. GUARISO, *D.lgs. 20/2023 e d.lgs. 152/2023: una nuova fase degli ingressi per lavoro?*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, n. 1/2024, p. 9.

[5] Con un notevole «tasso di aggiramento, nella prassi, delle regole sui permessi, attraverso fenomeni più o meno strutturati di compravendita di contratti di lavoro e/o altra documentazione funzionale o propedeutica al rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno» (M. D'ONGHIA, *Il lavoro (regolare) come strumento d'integrazione*, in H. CAROLI CASAVOLA, L. CORAZZA, M. SAVINO (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, Catanzaro, 2022, p. 55).

[6] W. CHIAROMONTE, *Una lettura giuslavoristica del d.l. 20/2023: le inadeguate politiche migratorie del Governo Meloni*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 179, n. 3/2023, p. 431 ss.

difetto di opportuna istruttoria – trasformando i controlli da necessari e preliminari ad eventuali e successivi – impedisce di verificare l'affidabilità dell'istanza, riservando "quote" a datori di lavoro non realmente interessati o vittime (quando non complici) di illeciti; al contempo, consentire allo straniero di lavorare in forza del solo visto rende meno impellente per ambo le parti l'esigenza di sottoscrivere il contratto di soggiorno, lasciando il migrante "al valico" della (ir)regolarità.

Non a caso, uno dei "bug" più significativi dell'intero sistema si rinviene proprio nel segmento procedurale ricompreso tra l'accesso al territorio in forza di un visto regolarmente rilasciato e la stipula del contratto di (soggiorno per) lavoro subordinato o stagionale.

2. *Il permesso di soggiorno per attesa occupazione in caso di mancata sottoscrizione del contratto di soggiorno: dalle "cause di forza maggiore" alle "cause non imputabili al lavoratore"*

In un quadro normativo spesso inadeguato – che si presta a fenomeni di c.d. veicolazione delle domande – si inserisce la discussione sul pds "per attesa occupazione". L'istituto affonda le radici nell'art. 22, c. 11, TUI il quale dispone che «la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca» del pds al lavoratore extracomunitario. Come precisato dalla giustizia amministrativa, la norma assicura allo straniero che perde il lavoro in costanza di validità del pds, l'opportunità di rimanere in Italia sino alla scadenza del pds e, comunque, almeno per un anno dall'inizio della disoccupazione, con la conseguenza che ove la validità residua del permesso già posseduto sia tale da non consentire la permanenza in Italia per tale arco temporale, «viene rilasciato, ai sensi dell'art. 37, c. 3, d.P.R. n. 394/1999, il pds per attesa occupazione»[7].

Tale permesso – oltre che nell'ipotesi pacifica di "cessazione del rapporto" – è stato sovente chiamato in causa a fronte di rapporti di lavoro cessati prima ancora di iniziare, in ragione dell'indisponibilità del datore di lavoro a sottoscrivere il contratto di soggiorno con lo straniero.

La problematica, in un primo momento, ha interessato l'ipotesi "fisiologica" di impossibilità sopravvenuta di sottoscrivere il contratto di soggiorno a causa della morte (frequente nel lavoro domestico) o della cessazione di attività del datore di lavoro.

Il Ministero dell'Interno (d'ora in avanti, MdI), con circ. n. 2570/2006, ha

[7] TAR Umbria, sez. I, sentenza del 14 giugno 2006, n. 317.

riconosciuto la facoltà di subentro di un nuovo datore di lavoro in luogo dell'istante, sotto condizione del possesso dei requisiti di legge, in caso di «decesso del datore di lavoro o cessazione dell'azienda». Le indicazioni ministeriali – destinate ad operare «nelle more del rilascio del nulla osta al lavoro» – possono dirsi *a fortiori* valide nel caso in cui l'assenza dell'originario istante sopravvenga all'ingresso del lavoratore.

Dunque, lo straniero – entrato in Italia in forza di una "promessa di lavoro" – a fronte dell'impossibilità di instaurare il rapporto di lavoro con il richiedente può concludere il contratto di soggiorno per lavoro subordinato con un altro soggetto disponibile all'assunzione. Non è detto, tuttavia, che sussista un soggetto disposto a subentrare all'istante. In tal caso, se la "scomparsa" del datore di lavoro si verifica prima del rilascio del visto, è possibile che il SUI provveda tempestivamente alla revoca del nullaosta, "paralizzando" l'ingresso dello straniero sul territorio. Se, invece, l'evento fa seguito all'ingresso sul territorio in forza del visto regolarmente rilasciato, il migrante non può concludere la procedura e, quindi, ottenere il pds per lavoro subordinato.

La mancata sottoscrizione del contratto di soggiorno conduce dunque l'autorità amministrativa a revocare il nullaosta originario, "caducando" anche il visto di ingresso. Insomma, nel giro di poco tempo, lo straniero entrato regolarmente nel Paese diviene un soggiornante irregolare. Proprio per scongiurare il rischio di irregolarità "sopravvenuta" – che impatta negativamente sul governo del territorio – il MdI ha ammesso in tali ipotesi il rilascio di un pds per attesa occupazione, volto a regolarizzare la posizione giuridica dello straniero, dando avvio ad una sorta di "metamorfosi" dell'istituto.

Ben presto, tuttavia, accanto alle ipotesi "fisiologiche" di impossibilità sopravvenuta a sottoscrivere il contratto di soggiorno (per l'appunto, decesso o cessazione dell'attività), si sono moltiplicati i casi di indisponibilità sopravvenuta per motivi ulteriori, parimenti non imputabili al lavoratore sebbene non integranti gli estremi della forza maggiore. Per dare una risposta ai crescenti dubbi operativi è intervenuta la circ. del MdI n. 3836/2007 che ha ammesso il ricorso al pds per attesa occupazione nel caso in cui lo straniero, a seguito di regolare ingresso in forza del visto, non riesca a formalizzare il rapporto di lavoro per "sopravvenuta indisponibilità" datoriale, il più delle volte neanche circostanziata o motivata, riconducibile ad un mero disinteresse verso le "sorti" della procedura di ingresso. Si tratta di una finzione giuridica per mezzo della quale si assimila il caso di «cessazione del rapporto di lavoro» disciplinato dall'art. 22, c. 11, TUI al (differente) caso della mancata conclusione del contratto di lavoro «per indisponibilità del datore di lavoro». In tutti i casi di «mancata formalizzazione del rapporto di lavoro dipende(nte) da

causa non riconducibile allo straniero», quest'ultimo è ammesso a richiedere il pds per attesa occupazione «allegando alla domanda da formulare alla Questura una apposita dichiarazione a firma del responsabile del SUI dalla quale risulti il venir meno della disponibilità del datore di lavoro a formalizzare l'assunzione».

La soluzione, per quanto equilibrata, poggia su "piedi di argilla": oltre alla mancanza di un'espressa indicazione normativa, si riscontra infatti un'accentuata opinabilità in merito alle circostanze fattuali che integrano (quella che si atteggia come) una clausola generale.

Un ulteriore profilo di criticità si rintraccia avuto riguardo al lavoratore stagionale che non è ammesso a beneficiare dell'attesa occupazione in ragione dell'espressa esclusione operata dall'art. 22, c. 11, TUI. Peraltro, a seguito della l. n. 92/2012, il pds per attesa occupazione ha oggi una validità di 12 mesi, superiore dunque al limite massimo di durata del visto per lavoro stagionale pari a 9 mesi.

3. *Il permesso di soggiorno per attesa occupazione in fase di emersione dal lavoro irregolare*

Un'ulteriore conferma della "*vis expansiva*" del pds per attesa occupazione si rintraccia nella recente legislazione sulla regolarizzazione degli stranieri.

Le ricorrenti sanatorie (ben otto!) prevedono che lo straniero irregolarmente presente sul territorio possa ottenere il titolo di soggiorno qualora il datore di lavoro avvii e finalizzi la procedura delineata dalla legge, diretta all'emersione del rapporto di lavoro (in nero) mediante la stipula di un contratto di soggiorno. Tuttavia, non è detto che la procedura – una volta avviata – giunga a definizione con esito positivo.

Potrebbe infatti accadere che: a) il rapporto di lavoro in emersione cessi prima che si perfezioni la regolarizzazione; b) la domanda di emersione non abbia i requisiti per essere accolta «per cause non imputabili al lavoratore»; c) l'istante rifiuti di sottoscrivere il contratto di soggiorno per lavoro subordinato. In tutti questi casi, resta da capire come "definire" la posizione giuridica dello straniero sul territorio.

In occasione delle ultime due sanatorie, il legislatore ha affrontato gli "scogli" procedurali più alti proprio mediante il riconoscimento del pds per attesa occupazione allo straniero in via di regolarizzazione.

Dapprima, l'art. 5, c. 11-*ter*, d.lgs. n. 109/2012 ha risposto al problema sub a), ammettendo il rilascio di un pds per attesa occupazione «nei casi di

cessazione del rapporto di lavoro oggetto di una dichiarazione di emersione non ancora definita». Come chiarito dalla giurisprudenza, il rilascio di un titolo provvisorio «in presenza di un rapporto di lavoro e di una procedura correttamente instaurata, risponde alla evenienza della interruzione del suddetto rapporto di lavoro ed è l'unica alternativa legale alla espulsione dello straniero nel caso di una interruzione del rapporto di lavoro successiva alla domanda, ma precedente la verifica conclusiva ai fini della stipula del contratto di soggiorno»[8].

Al secondo problema, invece, ha risposto l'art. 5, c. 11-*bis*, d.lgs. n. 109/2012 – introdotto, invero, dall'art. 9, c. 10, l. n. 76/2013, conv. in l. n. 99/2013 – il quale ha ammesso il rilascio di un pds per attesa occupazione anche «nei casi in cui la dichiarazione di emersione [sia] rigettata per cause imputabili esclusivamente al datore di lavoro», previa verifica da parte del SUI della sussistenza del rapporto di lavoro. Sullo sfondo vi era la convinzione che il rigetto della domanda di emersione per cause imputabili esclusivamente al datore di lavoro non potesse (o meglio, dovesse) «andare a detrimento del lavoratore extracomunitario»[9].

Il medesimo trattamento era riservato allo straniero nell'ipotesi sub c), per scongiurare che la buona riuscita della regolarizzazione fosse «lasciata alla discrezione del datore di lavoro il quale, tra la data di presentazione dell'istanza e quella di convocazione in Prefettura, potrebbe non avere più interesse a perfezionare il contratto di soggiorno»[10].

Uno scenario diverso si è delineato, invece, nel contesto dell'ultima sanatoria regolata dall'art. 103, d.l. n. 34/2020, conv. in l. n. 77/2020. Il legislatore ha, in tale occasione, operato un richiamo all'art. 22, c. 11, TUI nella sola ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro in corso di emersione[11] (e non anche nei casi di assenza dei requisiti datoriali o irreperibilità dell'istante). Seppure con qualche resistenza[12], la giurisprudenza amministrativa non ha potuto fare

[8] Circ. MdI n. 589/2016.

[9] TAR Marche, sez. I, sentenza del 3 giugno 2016, n. 354; TAR Campania, sez. II, sentenza del 21 luglio 2016, n. 1740.

[10] TAR Liguria, sez. II, sentenza del 26 luglio 2012, n. 1094: cfr. TAR Puglia, sez. II, sentenza del 10 aprile 2013, n. 816; TAR Toscana, sez. II, sentenza del 3 luglio 2014, n. 1182.

[11] Cfr. circ. congiunta Ministero del Lavoro – MdI del 24/07/2020; circ. MdI del 17/11/2020.

[12] Si v. Corte cost., sentenza del 24 novembre 2023, n. 209 (R.D. COSTA, *Dubbi di legittimità costituzionale sulla "sanatoria" del 2020*, in *Lav. Giur.*, n. 7/2023, p. 728 ss.; M.T. AMBROSIO, *Sulla legittimità del requisito reddituale per la definizione della procedura di emersione. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 209/2023 della Corte Costituzionale*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 13 marzo 2024).

altro che attenersi al dato normativo, assestandosi sulla posizione "negazionista"[13].

La questione della concessione del pds per attesa occupazione si pone dunque anche nel contesto delle (frequenti) procedure di regolarizzazione. Tuttavia, nell'ambito dell'*iter* di ingresso per motivi di lavoro assume connotati peculiari: infatti, mentre lo straniero beneficiario della regolarizzazione si trova già sul territorio dello Stato, il migrante c.d. economico vi accede (almeno in teoria[14]) soltanto in ragione della promessa di lavoro dell'istante.

4. *Le oscillazioni della giurisprudenza amministrativa*

Sebbene, in astratto, il pds per attesa occupazione figuri come uno strumento versatile, idoneo a sopperire alla sopravvenuta assenza datoriale, in concreto – almeno facendo affidamento sui numeri – la situazione degli stranieri che non riescono a concludere positivamente la procedura di ingresso si rivela piuttosto preoccupante, come denunciato dalle associazioni del settore.

Malgrado l'impressionante scarto tra quote assegnate e domande finalizzate dalle prefetture mediante stipula del contratto di soggiorno[15], dagli ultimi dati a disposizione emerge che il ricorso al pds per attesa occupazione «è decisamente insufficiente rispetto all'altissimo numero di persone coinvolte nella procedura e rimaste senza documenti: solo 146 permessi per attesa occupazione sono stati rilasciati rispetto agli ingressi nel 2022, mentre per gli ingressi nel 2023, ne risultano 84 (fino a gennaio 2024)[16].

Nel corso del tempo, le autorità amministrative si sono dimostrate propense a riconoscere il titolo di soggiorno temporaneo solo al cospetto di seri motivi di "forza maggiore" debitamente comprovati, mentre hanno sottovalutato le altre cause non imputabili al lavoratore con una rigidità che ha alimentato il contenzioso.

La questione è giunta dinnanzi al G.A. attraversando diversi canali: a) il ricorso avverso il silenzio-inadempimento serbato dal SUI sulla richiesta di

[13] TAR Lazio, sez. I, sentenza del 4 dicembre 2023, n. 18171; cfr. TAR Lazio, sez. I-*ter*, sentenza del 14 luglio 2025, n. 13757.

[14] V. PINTO, *Migrazioni economiche e rapporti di lavoro. Alcuni spunti di riflessione*, in S. D'ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Napoli, 2017, p. 253.

[15] Cfr. *Monitoraggio decreti flussi 2023-2024. Lunghe attese e irregolarità: neanche "ritoccato", il decreto flussi funziona*, www.erostraniero.it, p. 26.

[16] *Ivi*, p. 27.

convocazione per il rilascio del nullaosta alla concessione del pds per attesa occupazione[17]; b) il ricorso volto all'annullamento del provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio del nullaosta alla concessione del pds per attesa occupazione; c) il ricorso volto all'annullamento del provvedimento di revoca del nullaosta al lavoro originario e contestuale rigetto della richiesta di rilascio del nullaosta alla concessione del pds per attesa occupazione.

I G.A. si sono, in genere, attenuti alle circolari ministeriali, soprattutto nei casi di "forza maggiore", assestandosi su di un'interpretazione generosa del concetto di "cessazione del rapporto" di cui all'art. 22, c. 11, TUI. Tale orientamento è culminato nella pronuncia del Consiglio di Stato che ha ammesso il rilascio del pds per attesa occupazione, in ogni caso di «mancato perfezionamento del rapporto di lavoro per causa non imputabile al lavoratore straniero munito di regolare visto di ingresso per motivi di lavoro subordinato»[18].

Non sono mancate, tuttavia, soprattutto negli ultimi tempi, pronunce di segno opposto che tradiscono un sostanziale irrigidimento esegetico.

Tale "inversione di marcia" si giustifica solo in parte con la circostanza che i giudici sono sempre più spesso chiamati a pronunciarsi su istanze di attesa occupazione provenienti da lavoratori stagionali (anche perché si tratta della quota più consistente di stranieri "ammessi" sul territorio in forza della programmazione dei flussi degli ultimi anni).

In tale direzione si muove il TAR Puglia che ha da ultimo segnalato come, «in caso di mancata instaurazione del rapporto di lavoro tra l'immigrato e l'impresa, dopo l'ingresso dello straniero in Italia, il nulla-osta al lavoro dipendente subordinato*, specie se stagionale,* risulti privo di efficacia»[19]. Infatti, «tale permesso viene rilasciato per l'assunzione dell'extracomunitario presso uno *specifico datore di lavoro* e risulta condizionato all'esecuzione di quello *specifico contratto di lavoro subordinato*»[20].

[17] Cfr. TAR Campania, sez. VI, sentenza del 10 marzo 2025, n. 1967. Il TAR interviene di frequente per dichiarare la sopravvenuta carenza d'interesse, a fronte della cessazione dell'inerzia della p.a. che interviene notificando il provvedimento di revoca del nullaosta rilasciato (TAR Campania, sez. VI, sentenza del 18 marzo 2025, n. 2280).

[18] Cons. St., sez. III, sentenza del 23 giugno 2014, n. 3166; cfr. Cons. St., sez. III, sentenza del 21 ottobre 2022, n. 5053.

[19] TAR Puglia, sez. III, sentenza del 2 maggio 2024, n. 544; cfr. TAR Sicilia, sez. III, sentenza del 17 novembre 2023, n. 3410.

[20] V. PAPA, *«Perdita della stagionalità» e permesso attesa occupazione: i cortocircuiti regolativi del Testo Unico Immigrazione,* in *Riv. It. Dir. Lav.*, n. 4/2024, p. 537 ss.; M. CHIARAMONTE, *Il permesso di soggiorno per attesa occupazione tra problemi applicativi e vulnerabilità dei lavoratori stranieri*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 1/2025, p. 185 ss.

Secondo il G.A., l'esclusione dell'attesa occupazione non vale "solo" per il lavoro stagionale, ma "specie" per il lavoro stagionale. L'argomentazione in merito al pds sottoposto a condizione e, dunque, strettamente connesso alla sottoscrizione di un contratto di soggiorno con uno specifico datore di lavoro, si presta infatti a operare anche con riferimento all'ipotesi di ingresso per lavoro subordinato.

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha chiarito che «l'unica possibilità per il rilascio di un permesso di lavoro per attesa occupazione è legata all'interruzione di un precedente rapporto di lavoro correttamente instaurato»[21], operando un "richiamo all'ordine" circa i presupposti legali per la concessione del titolo temporaneo di soggiorno[22].

5. *Conclusioni: l'attesa occupazione (n)e(l)le disfunzioni del sistema di ingresso dello straniero per motivi di lavoro*

Nel 2023, l'associazione "Ero Straniero" ha denunciato con una lettera aperta come solo «una parte minima di lavoratrici e lavoratori che entrano in Italia riesc[a] a stabilizzare la propria posizione lavorativa e giuridica, ottenendo lavoro e documenti, mentre la maggior parte, *impiegata dalle aziende col solo nulla osta,* una volta terminato tale impiego, è destinata a scivolare in una condizione di irregolarità e quindi di estrema ricattabilità e precarietà […]. In alcuni casi il datore di lavoro *arriva a chiedere un ulteriore contributo economico per concludere la procedura volta al rilascio del permesso per lavoro*. In altri casi, invece, *il datore si avvale della prestazione del lavoratore finché lo ritiene utile e successivamente si rifiuta di formalizzare il rapporto*»[23].

È evidente che, a fronte di una realtà fattuale così distante dal dato normativo, la discussione sul pds per attesa occupazione rappresenta soltanto "la punta dell'*iceberg*".

[21] Cons. St., sez. III, sentenza del 21 gennaio 2025, n. 399 (M. D'Onghia, C. De Martino, *L'ennesimo decreto legge sugli ingressi per lavoro: deboli segnali di un cambio di marcia ma ancora lontani da una riforma inclusiva*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, n. 1/2025, p. 5).

[22] Cfr. Cons. St., sez. III, sentenza dell'11 aprile 2025, n. 3158; Cons. St., sez. III, sentenza del 3 settembre 2025, n. 7186 (a tal proposito, si v. L. Grossi, *Nulla osta al lavoro subordinato e ingresso nel territorio dello Stato. Un nuovo difficile equilibrio nella materia migratoria*, in *ADiM Blog*, Ottobre 2025, spec. p. 3); TAR Lazio, sez. I-ter, sentenza del 24 ottobre 2025, n. 18549.

[23] https://www.arci.it/app/uploads/2024/03/Lettera-al-ministro-Piantedosi-attesa-occupazione.pdf.

Del resto, le soluzioni sperimentate dal legislatore per contrastare l'"abbandono" delle quote non sembrano nel complesso idonee a superare i molti problemi evidenziati.

L'art. 1, c. 2, d.l. n. 145/2024 conv. in l. n. 187/2024 ha sancito l'irricevibilità delle domande provenienti da un datore di lavoro che, nel triennio precedente, abbia presentato istanze di rilascio di nullaosta ma si sia poi sottratto alla conclusione del contratto di soggiorno, a meno che non provi che la mancata stipula sia dovuta a cause a lui non imputabili (art. 22, c. 3, TUI)[24]. Tale misura, di per sé apprezzabile, si rivela insufficiente mancando sanzioni effettive in capo al datore di lavoro che si sottragga agli impegni[25] e a tutti i protagonisti della "filiera" delle domande fittizie[26].

È necessario ricordare, infatti, che la mancata finalizzazione della procedura – nel caso dell'accesso degli stranieri per motivi di lavoro – non equivale soltanto alla rottura di una promessa contrattuale, ma solleva delicati problemi di ordine pubblico, altera il mercato mediante l'accesso di manodopera vulnerabile, maggiormente esposta a fenomeni criminali[27] e distorce il sistema delle quote, esaurite inutilmente da istanze destinate ben presto ad arenarsi.

Ad esiti altrettanto insoddisfacenti conduce la regola – anch'essa di "nuovo conio" – in forza della quale il datore di lavoro deve confermare l'interesse all'ingresso del migrante (con una sorta di "diritto di ripensamento" al contrario) entro sette giorni dalla comunicazione di avvenuta conclusione degli accertamenti di rito sulla domanda di visto, con la precisazione che, in mancanza di conferma, l'istanza si intende rifiutata e il nullaosta revocato. Se tale "doppio passaggio" mira a rilevare tempestivamente le eventuali sopravvenienze che interessano l'istante, la previsione rischia di tramutarsi nell'ennesimo *step* burocratico destinato ad aggravare la procedura.

[24] Sul punto, v. M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, *Le novità in materia di lavoro nell'ultimo Decreto flussi: qualche buon proposito, semplificazioni (apparenti) e rischi di ineffettività*, in *ADiM Blog*, Novembre 2024, p. 5.

[25] Sulle conseguenze della mancata o interrotta regolarizzazione, si v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La tutela del lavoratore in caso di mancata o interrotta regolarizzazione*, in *Questione Giustizia*, Ottobre 2021, p. 8 ss.

[26] Cfr. P. BONIZZONI, S. CAROSELLI, F. DE BLASIS, M. HAJER, *The regularisation industry: a qualitative analysis of the legal-administrative intermediation field*, in *Mondo Migranti*, n. 2/2024, p. 101 con riflessioni riferite alla procedura di regolarizzazione ma che è possibile estendere anche al sistema di ingresso per motivi di lavoro.

[27] Si tratta di un mercato che vanta una notevole capacità attrattiva «soprattutto (per) gli illegali che possono trovare lavoro solo nell'economia sommersa» (E. REYNERI, *Immigrazione ed economia sommersa*, in *Stato e mercato*, n. 2/1998, p. 311).

Il legislatore ha invece perso l'occasione (l'ennesima)[28] per generalizzare il ricorso al pds per attesa occupazione a beneficio di tutti coloro che si trovino "intrappolati" nell'impossibilità di finalizzare la procedura di ingresso per cause imputabili esclusivamente al datore di lavoro. Eppure, anche tale misura rappresenta un palliativo e non certo una cura alle "disfunzioni" del sistema di accesso per motivi di lavoro. Nella prospettiva di un'auspicata riforma sarebbe forse opportuno ripensare al ruolo del datore di lavoro nella procedura di ingresso dello straniero, che alimenta pratiche illecite ed esaspera la vulnerabilità giuridica (e, pertanto, sociale ed economica) dei migranti.

È significativo, a tal proposito, che lo straniero (divenuto) irregolare – una volta attratto nel fitto sottobosco dell'economia sommersa – non possa fare altro che attendere la prossima sanatoria su istanza del datore di lavoro, con l'auspicio che non si tramuti ben presto nell'ennesima "promessa tradita".

.

[28] Con riferimento al recente d.l. n. 146/2025, cfr. R.D. COSTA, *Ancora una riforma sui flussi di ingresso. Prime note sul d.l. 3 ottobre 2025, n. 146*, in *ADiM Blog*, Ottobre 2025, p. 3.

VULNERABILITÀ, MINORI E PROTEZIONE SOCIALE

ACCOGLIENZA E ACCERTAMENTO DELL'ETÀ PER I MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI: ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE SUL D.L. 133/2023

Marco Mondello*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. L'inserimento dei MSNA in strutture per adulti. – 3. L'accertamento dell'età. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Premesse*

Nel panorama delle migrazioni che interessano il continente europeo e, più nello specifico, il contesto italiano, è emersa la necessità, testimoniata dal legislatore nazionale, di fornire specifiche indicazioni per il trattamento di persone di minore età che, per la loro condizione di vulnerabilità, necessitano di forme di garanzia su misura. Ci si riferisce a una specifica categoria giuridica — il Minore Straniero Non Accompagnato (MSNA) — definibile come persona di minore età con cittadinanza di Paesi terzi (o apolide) «che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano»[1].

In questo contesto il D.L. 5 ottobre 2023, n. 133[2] (convertito con L. 1 dicembre 2023, n. 176), recante «Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e protezione internazionale, nonché per il supporto alle politiche di sicurezza e la funzionalità del Ministero dell'interno», modifica diverse disposizioni della Legge n. 47/2017[3] («Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati») nonché del D.lgs. 18 agosto 2015,

* Dottorando di ricerca in "Diritti e Istituzioni", Università di Torino. Il presente contributo si è giovato del dialogo intercorso nell'ambito del rapporto di collaborazione tra il CRID – Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità dell'Università di Modena e Reggio Emilia (Direttore il Prof. Thomas Casadei) e l'Ufficio della Garante regionale per l'Infanzia e l'adolescenza della Regione Emilia-Romagna (Dr.ssa Claudia Giudici).

[1] L. 47/2017, art. 2.

[2] Disponibile su: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2023-10-05;133

[3] Disponibile su: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/04/21/17G00062/s

n. 142[4]. La Legge n. 47/2017, almeno nella sua formulazione originaria, e rispetto ai due punti presi in esame, rappresenta una risposta coerente con i principi relativi ai diritti umani dei bambini e delle bambine, previsti dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 nonché dalla Costituzione italiana[5].

Le modifiche del D.L. 133/2023 devono essere lette alla luce della disciplina eurounitaria delineata dalla Direttiva 2024/1346/UE[6] «recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale» — il cui termine di recepimento è fissato al prossimo 14 giugno 2026 — e dal Regolamento 2024/1348/UE[7], «che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione», applicabile dal 12 giugno 2026. Entrambi gli atti, parte del Nuovo Patto europeo su migrazione e asilo[8], definiscono standard comuni minimi di accoglienza con particolare attenzione ai MSNA (Direttiva 2024/1346, artt. 26 e 27; Regolamento 2024/1348, artt. 22 e 23). L'imminenza di queste scadenze rende ancora più urgente la riflessione sulle criticità introdotte dal D.L. 133/2023.

Rispettare il *superiore interesse del minore*[9] — principio previsto dall'art. 3 della Convenzione ONU sui Diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 e

[4] Integrato dal Decreto ministeriale 1° settembre 2016, e modificato dalla L. 47/2017, dal D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 e, da ultimo, dal D.L. 133/2023. Disponibile su: https://www.normattiva.it/eli/id/2015/09/15/15G00158/CONSOLIDATED

[5] In termini di monitoraggio dell'impatto della L. 47/2017 si segnala il Rapporto annuale curato da Defence for Children Italia in collaborazione con CeSPI: Defence for Children Italia, CeSPI, *La Legge 47/2017: Rapporto 2025. Tra civile e penale: quale giustizia per i minorenni stranieri non accompagnati?*, 2025, disponibile su: https://www.defenceforchildren.it/easyUp/file/rapporto_msna_giustizia_2025_2_.pdf

[6] Disponibile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401346

[7] Disponibile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401348

[8] Comunicazione della Commissione del 23 settembre 2020, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, approvato il 14 maggio 2024. Disponibile su: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_it

[9] Si sottolinea l'adozione, nell'ambito dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), di specifiche *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, 2008, disponibili su: https://www.unhcr.org/media/unhcr-guidelines-determining-best-interests-child. Più recentemente, il riferimento al *best interests of the child* — declinato con riguardo al diritto a un ambiente familiare sereno e stabile — ha consentito alla Corte Costituzionale di aprire la possibilità dell'adozione di MSNA a persone singole: Corte Cost., sentenza del 21 marzo 2025, n. 33. Con riferimento al profilo costituzionale si segnala E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

dall'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[10] — significa che, nell'ambito di ogni decisione concernente una persona di minore età, devono trovare tutela prioritaria il diritto all'ascolto (art. 12 CRC), il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 37 CRC) e il diritto di non discriminazione (art. 2 CRC). L'obiettivo del presente contributo è esaminare se e in che modo le modifiche introdotte dal D.L. 133/2023 mettano in discussione le disposizioni fondamentali ispirate dalla Convenzione ONU che hanno portato all'adozione della Legge n. 47/2017 e del D.lgs. 142/2015, considerando anche il quadro normativo che verrà consolidato dalla Direttiva 2024/1346 e dal Regolamento 2024/1348.

2. *L'inserimento dei MSNA in strutture per adulti*

Un primo ambito interessato dal D.L. 133/2023 è il *sistema di accoglienza* per MSNA[11], il cui principale riferimento normativo è l'art. 19 del D.lgs. 142/2015. L'arrivo del MSNA si articola fondamentalmente in due fasi: una prima accoglienza di natura temporanea, finalizzata all'identificazione e alla valutazione delle caratteristiche personali (età, eventuale esperienza di tratta, condizioni psico-fisiche), gestita tramite i Centri di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA), i Centri di accoglienza straordinaria (CAS) per minori e le strutture di prima accoglienza accreditate da Comuni o Regioni. Segue una seconda fase, più duratura e stabile, nell'ambito del Sistema Accoglienza e Integrazione (SAI).

Se nella scelta del luogo più idoneo per la persona di minore età vige una serie di divieti e garanzie[12] — sul cui impatto erano già stati sollevati interrogativi in letteratura[13] — la novella introdotta dal D.L. 133/2023 al comma 3-

[10] Disponibile su: https://fra.europa.eu/it/eu-charter/article/24-diritti-del-minore

[11] Si segnala il *Vademecum operativo per la presa in carico e l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati*, disponibile su: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2022-08/24._vademecum_per_la_presa_in_carico_dei_minori_stranieri_non_accompagnati.pdf

[12] Il MSNA non può essere trattenuto o accolto presso i Centri di Permanenza per i Rimpatri (CPR) o i Centri governativi di accoglienza (art. 19, co. 4, D.lgs. 142/2015). Vanno preferite soluzioni che mantengano le continuità affettive, come il collocamento presso familiari idonei (art. 19, co. 7-*quater*, D.lgs. 142/2015). In ogni momento la persona di minore età deve essere adeguatamente ascoltata, informata e resa partecipe, per mezzo di un rappresentante legale, dei procedimenti che la riguardano, con la presenza di un mediatore culturale (art. 18, co. 2-*ter*, D.lgs. 142/2015).

[13] Cfr. G. PETTI, *La gabbia d'acciaio dei giovani migranti. I diritti dei minori stranieri non accompagnati*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2022, pp. 71-97.

bis dell'art. 19 del D.lgs. 142/2015 prevede che «in presenza di arrivi consistenti e ravvicinati di minori non accompagnati», laddove non ci sia disponibilità di posti nei centri ordinari e «in caso di momentanea indisponibilità delle strutture ricettive temporanee», i MSNA infrasedicenni possano essere collocati dalla Prefettura, per un massimo di novanta giorni (prorogabile di ulteriori sessanta), in una sezione loro dedicata dei Centri governativi di prima accoglienza per adulti e dei CAS degli adulti.

Queste previsioni non sembrano conformi all'art. 20 della Convenzione ONU del 1989 — che prevede la collocazione di ogni minore privo di ambiente familiare in un adeguato istituto per l'infanzia — né al General Comment No. 6 (2005) del Comitato CRC[14], secondo cui le condizioni di accoglienza devono essere strettamente tarate sulle esigenze peculiari delle persone di minore età. Appaiono distoniche anche rispetto alla Direttiva 2013/33/UE, secondo la quale i MSNA di almeno sedici anni possono essere alloggiati in strutture per adulti *solamente* ove ciò corrisponda al loro superiore interesse, valutato in relazione alla possibilità di ricongiungimento familiare o alla sicurezza rispetto al rischio di tratta. Il D.lgs. 142/2015 (art. 19, co. 4) dispone del resto che il collocamento in strutture per adulti possa avvenire solo in via eccezionale e previa valutazione del superiore interesse: in nessun punto la mancanza di posti è prevista come ragione legittimante. Va considerato, inoltre, che — a causa delle lacune del sistema di accoglienza[15] — l'Italia è già stata condannata più volte dalla Corte EDU[16].

Se il conflitto con la normativa vigente è evidente, controverso è anche il rapporto con la Direttiva 2024/1346/UE, il cui art. 13 prevede la possibilità di collocare i MSNA in strutture non adeguate in presenza di «circostanze eccezionali» non ulteriormente specificate, senza richiedere la condizione degli arrivi ravvicinati. Tale previsione espande i casi di deroga rispetto all'impostazione originaria; tuttavia, l'art. 20 inserisce più robuste garanzie, a partire dall'obbligo di assicurare in ogni caso un livello di vita conforme alla Carta dei diritti fondamentali[17]. La conseguenza paventata in dottrina[18] è la

[14] Disponibile su: https://www.refworld.org/legal/general/crc/2005/en/38046

[15] Cfr. C. ATZENI, *I Minori Stranieri Non Accompagnati fra tutela delle vulnerabilità e gestione emergenziale del fenomeno*, in *Democrazia e diritti sociali*, 2, 2024, pp. 1-24.

[16] Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2022, *Darboe e Camara c. Italia*, ric. n. 5797/17; Corte Edu, sentenza del 23 novembre 2023, *A.T. ed altri c. Italia*, ric. n. 47287/17.

[17] Cfr. A. VOINICH, *La "nuova direttiva accoglienza": tra obblighi di includere e volontà di escludere*, in *Quaderni AISDUE*, 4, 2024.

[18] Cfr. F. DI GIANNI, *Il trattamento dei minori stranieri negli atti del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Quaderni AISDUE*, 4, 2024.

moltiplicazione dei trattenimenti di MSNA alle frontiere, con conseguente violazione *de facto* del diritto alla circolazione e a un ambiente sicuro, specie considerato che le strutture di prima accoglienza sono frequentemente non adatte – per servizi offerti e formazione degli operatori – a garantire il *superiore* interesse di queste persone.

3. *L'accertamento dell'età*

L'accertamento della minore età è fondamentale perché da essa discende una serie di garanzie: il divieto di respingimento (art. 3 L. 47/2017), la nomina di un tutore (art. 11 L. 47/2017), il diritto a un permesso di soggiorno per minore età che consente l'accesso ai servizi essenziali, vietando al contempo l'attività lavorativa (art. 10 L. 47/2017).

La procedura ordinaria di accertamento — ai sensi dell'art. 19-*bis* del D.lgs. 142/2015, introdotto dall'art. 5 della L. 47/2017 — prevede che il compito di procedere all'identificazione spetti alle autorità di pubblica sicurezza, con l'ausilio di mediatori culturali e alla presenza del tutore già nominato. Qualora vi siano dubbi sull'età, la verifica avviene anzitutto mediante documenti idonei (certificato di nascita, documenti d'identità anche in copia[19]) e con l'eventuale assistenza delle autorità diplomatico-consolari del Paese d'origine. Gli accertamenti socio-sanitari sono disposti esclusivamente dall'autorità giudiziaria in presenza di elementi concreti di dubbio seguenti alle fasi di identificazione e colloquio tra minore e autorità competenti, e la mera impossibilità di reperire documenti anagrafici non è di per sé sufficiente a giustificarli[20]. Qualora rimangano dubbi rilevanti, la minore età è *presunta* ad ogni effetto di legge[21]. È del resto unanime nella comunità scientifica che gli esami sanitari (es. radiografici) non siano in grado di determinare con esattezza l'età biologica a causa delle variabilità nei processi di sviluppo adolescenziali[22].

[19] Almeno finché non ne sia provata la falsità: cfr. M. BENVENUTI, *Dubito, ergo iudico. Le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2022, p. 185.

[20] Cfr. O. FIORE, *Minori Stranieri Non Accompagnati: dalla tutela alla diffidenza. Il cambiamento di prospettiva nelle riforme contenute nel D.L. 133/2023*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2024, pp. 1-32.

[21] Decreto del Presidente della Repubblica n. 448 del 1988.

[22] Le ricerche di natura medica sono confluite nelle linee guida redatte dall'EASO (ora EUAA): *Practical guide on age assessment* (II ed.), 2018, disponibile su: https://euaa.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assesment-v3-2018.pdf

Il nuovo art. 6-*ter* del D.lgs. 142/2015 — introdotto con il D.L. 133/2023 — prevede, per le stesse ragioni legate ad «arrivi consistenti, multipli e ravvicinati», che le autorità di pubblica sicurezza possano disporre nell'immediatezza rilievi antropometrici o accertamenti sanitari (anche radiografici), dandone comunicazione alla Procura del Tribunale per i minorenni che li autorizza, anche in forma orale con successiva conferma scritta. Al momento dell'accertamento non è più necessaria la presenza di un mediatore culturale o del tutore legale, né la traduzione in una lingua comprensibile al MSNA. I termini per impugnare il provvedimento che determina la maggiore età sono ridotti a cinque giorni dalla notifica: la combinazione di questi elementi rende l'opposizione *oggettivamente* difficile, quasi rara nella prassi.

I rischi di questo assetto emergono nitidamente dal caso *Darboe e Camara c. Italia*[23]. La Corte EDU ha rilevato la violazione dell'art. 8 CEDU da parte dell'Italia: erano stati utilizzati metodi di accertamento di natura esclusivamente sanitaria, scientificamente inaffidabili, senza il consenso dei richiedenti, senza adeguata informazione sulla procedura e senza che il referto radiologico indicasse il margine di errore inerente alla variabilità biologica.

L'estrema semplificazione della procedura ha portato una autorevole parte della dottrina[24] a ritenere che il D.L. 133/2023 abbia *de facto* invertito la fondamentale presunzione di minore età: i MSNA non sono più *presunti*, ma *sedicenti* tali[25]. Si tratta di una posizione condivisibile: rimuovendo garanzie sostanziali, il decreto trasla nella prassi l'onere probatorio, favorendo il paradigma securitario rispetto a quello garantistico, in cui sarà l'evidenza probatoria portata dal minore a correggere un'errata determinazione dell'età.

All'interno del Regolamento 2024/1348/UE, l'art. 25 ribadisce invece la necessità di procedere ad accertamenti affidabili, multidisciplinari e con la minor invasività possibile (*Considerando* 36 e 37), con obbligo di informazione e traduzione (co. 4), consenso dell'interessato (co. 5) e presunzione di minore età in caso di dubbio (co. 2): un impianto coerente con la L. 47/2017 e in evidente contrasto con le modifiche del D.L. 133/2023. Tuttavia, l'art. 51 dello stesso Regolamento, fissando a dodici settimane il limite per concludere la

[23] Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2022, *Darboe e Camara c. Italia*, ric. n. 5797/17.

[24] *Ex multis*, O. FIORE, *Minori Stranieri Non Accompagnati: dalla tutela alla diffidenza*, cit.; D. MANDRIOLI, *Quando l'interesse superiore non è quello del fanciullo: le novità apportate dal d.l. n. 133/2023 in tema di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, in *SIDIBlog*, 2023.

[25] Termine utilizzato nella Relazione illustrativa del disegno di legge C. 1458 di conversione del D.L. n. 133 del 2023, nonché nel comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 52 del 27/09/2023.

procedura di protezione internazionale, rischia di incrementare i casi in cui — per la rapidità imposta — permangono dubbi sull'età, incentivando il ricorso ad esami medici e amplificando il rischio di errate valutazioni.

4. *Riflessioni conclusive*

Le modifiche introdotte dal D.L. 133/2023 si muovono in direzione contraria rispetto agli standard consolidati di protezione dei diritti delle persone di minore età, sacrificando garanzie sostanziali e procedurali in nome di esigenze emergenziali e di gestione securitaria. La condizione di «arrivi consistenti e ravvicinati» — posta a fondamento tanto dell'inserimento nelle strutture per adulti quanto dell'accertamento socio-sanitario semplificato — rischia di diventare una clausola ordinaria, che svuota le garanzie fondamentali della L. 47/2017.

Con il termine di recepimento della Direttiva 2024/1346/UE e l'applicazione del Regolamento 2024/1348/UE fissati al prossimo giugno 2026, il legislatore italiano si trova a un passaggio cruciale: non solo di adeguamento formale, ma di possibile correzione degli effetti regressivi prodotti dal D.L. 133/2023. Gli artt. 26 e 27 della Direttiva e l'art. 25 del Regolamento offrono un quadro puntuale, imperniato sul *superiore interesse del minore* e sull'obbligo di garanzie procedurali. Tuttavia, come si è visto, all'interno degli stessi strumenti europei persistono zone di indeterminatezza — le «circostanze eccezionali» dell'art. 13 della Direttiva e la rigidità temporale dell'art. 51 del Regolamento — che potrebbero in pratica vanificare le tutele enunciate.

L'assenza di mediatori culturali — sia nelle nuove disposizioni sull'accertamento dell'età, sia nell'organico delle pubbliche amministrazioni — continua a compromettere il diritto all'ascolto che, dall'art. 12 della Convenzione ONU del 1989, trova specificazione all'art. 15 della L. 47/2017 e ulteriore rafforzamento all'art. 26, co. 2, lett. b) della Direttiva 2024/1346/UE. Le garanzie *sulla carta* devono così confrontarsi con contesti concreti in cui prassi disomogenee e criticità strutturali del sistema di accoglienza rischiano di sacrificare *de facto* le condizioni reali dei minori stranieri non accompagnati. Il recepimento delle nuove disposizioni europee rappresenterà un passaggio ineludibile: sarà decisivo verificare se il legislatore italiano saprà coglierlo per ripensare in chiave sistematica la protezione dei MSNA, restituendo centralità alla loro dignità, alla loro voce e alla loro concreta vulnerabilità.

RADICI SOSPESE: I MINORI STRANIERI IN CARCERE TRA ABBANDONO E TUTELA

Francesca Porcheddu*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giustizia penale minorile: anatomia di un fiore appassito. – 3. Il volto concreto della detenzione dei minori stranieri: numeri e criticità. – 4. Conclusioni.

«Perché dopotutto ho capito
che ciò che l'albero ha di fiorito
vive di ciò che ha di sotterrato»[1].

1. *Introduzione*

Le radici di Seydou affondano nel mare, non nella terra, si perdono in quell'immensità incerta e indifferente che separa l'Africa dall'Europa. Seydou ha sedici anni e si trova al timone di un barcone carico di centinaia di persone nel Mediterraneo, non ha nessuna esperienza di navigazione e non sa neanche nuotare. La traversata è disperata, il mezzo precario, ma quando l'imbarcazione è in difficoltà, la Guardia Costiera italiana interviene per soccorrerla.

Il film *Io Capitano* di Matteo Garrone si interrompe così, ma se fosse stata una storia vera – e lo è, purtroppo, per molti – la scena successiva avrebbe avuto come sfondo la cella di un carcere italiano.

Non più adolescente in fuga, ma trafficante di uomini. Non più vittima, ma imputato. Sempre più frequentemente, infatti, i minori stranieri non accompagnati (MSNA) vengono arrestati all'arrivo sul territorio italiano con l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina[2]. Questa drammatica situazione rappresenta solo una delle molteplici vie che conducono i minori stranieri, in particolare i MSNA, nelle carceri italiane: un fenomeno che evidenzia come le vulnerabilità specifiche di questi giovani, spesso vittime di

* Dottoranda di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano.

[1] F. L. BERNÀRDEZ, *Soneto*, in *Cielo de tierra*, Buenos Aires, 1937.

[2] Cfr. ANTIGONE, *Nodo alla gola*, XX Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, 2024, p. 47.

tratta o sfruttamento, possano paradossalmente trasformarsi in cause della loro detenzione. Il carcere, infatti, per chi ha già vissuto il disorientamento dell'esilio, dell'abbandono o dell'irregolarità, si traduce in un'ulteriore cesura.

Quando si parla di minori stranieri giunti in Italia da soli o con le proprie famiglie, l'elemento che li accomuna è l'esperienza dell'emigrazione e della necessità di ridefinire, spesso in maniera radicale, i propri legami sociali e le proprie appartenenze culturali. Tale processo espone inevitabilmente i minori a una serie di vulnerabilità e fattori di rischio che li inducono alla scelta della criminalità.

Alla luce di queste premesse, il presente contributo intende esplorare la profonda tensione che caratterizza il trattamento dei minori stranieri ed MSNA nelle strutture detentive italiane: da un lato, i principi garantisti e la tutela rafforzata che l'ordinamento riconosce ai soggetti vulnerabili; dall'altro, una crescente tendenza alla criminalizzazione dello *status* di straniero che si riflette anche sui minori. Questo fenomeno, che la dottrina inquadra nel più ampio processo di "*crimmigration*[3]" – ovvero la progressiva sovrapposizione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione – si manifesta anche nel contesto della giustizia minorile, dove le politiche migratorie restrittive finiscono per prevalere sulle esigenze educative e di protezione che dovrebbero guidare l'intervento penale sui minori.

L'obiettivo è quello di restituire voce e visibilità a una categoria spesso relegata ai margini del discorso giuridico, e mettere in luce le maggiori criticità nella gestione dei minori stranieri all'interno degli istituti penitenziari.

2. *La giustizia penale minorile: anatomia di un fiore appassito*

I minori stranieri detenuti rappresentano una categoria particolarmente vulnerabile, al crocevia tra sistemi di protezione che raramente dialogano in modo efficace: quello penale minorile, quello dell'immigrazione e quello della tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. In questa intersezione si annidano criticità strutturali profonde: isolamento linguistico e culturale,

[3] Sulla teoria della "*crimmigration*" si veda *ex multis*; J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, 56, n. 2, 2006; per le sue declinazioni nel contesto europeo e italiano: G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, in *Hart Publishing*, Oxford, 2021; G. MENTASTI, *L'incriminazione delle condotte di soccorso e assistenza ai migranti al vaglio della crimmigration*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, marzo 2022.

assenza di riferimenti familiari, difficoltà di accesso alle misure alternative, incertezza giuridica che investe sia il proprio *status* che le prospettive future.

La giustizia minorile italiana, per anni considerata come un modello avanzato, è stata travolta negli ultimi anni da un'emergenza crescente caratterizzata da sovraffollamento cronico, trasferimenti forzati, interruzione dei percorsi educativi, e rivolte sempre più frequenti.

Eppure, nel cuore dell'ordinamento costituzionale italiano risiede una promessa: la tutela piena e integrata dei diritti fondamentali della persona, con particolare riguardo ai più vulnerabili come i minori stranieri, soggetti meritevoli di una protezione giuridica rafforzata. Quando però questa promessa incontra il carcere minorile emergono fratture profonde tra principi e prassi, tra la legalità proclamata e quella effettivamente garantita.

Questo scenario contraddittorio, tuttavia, non è frutto di un vuoto normativo. Anzi, negli ultimi decenni, il legislatore ha tracciato un percorso evolutivo che ha progressivamente rafforzato i presidi di tutela per i minori, culminato – almeno sulla carta – nella riforma dell'ordinamento penitenziario minorile del 2018[4].

Il d.lgs. 121/2018 disciplina l'esecuzione della pena nei confronti dei condannati minorenni e si applica a tutti coloro che hanno commesso il reato prima del compimento dei 18 anni e che, nel corso dell'esecuzione, pur divenuti maggiorenni, non abbiano ancora compiuto i 25 anni di età. Il bisogno di un trattamento differenziato dagli adulti si ricava dall'art. 31, co. 2, Cost. («la Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari allo scopo»), e permea tutta la disciplina del processo penale minorile che, regolato dal DPR 448/1988, ruota attorno al principio sovranazionale del "superiore interesse del minore" al fine di favorirne un'adeguata crescita psico-sociale.

La disciplina penitenziaria riservata ai minori tiene conto della necessità di proteggere una personalità ancora in fase di strutturazione, di privilegiare le esigenze di recupero e di crescita del minore, rispetto alla pretesa punitiva dello Stato. Ciò che contraddistingue l'esecuzione penitenziaria minorile è la marginalità del ricorso alla detenzione, essendo il fine primario dell'intervento sul minore non tanto quello della rieducazione e del reinserimento sociale, quanto l'educazione vera e propria, la messa a punto di meccanismi trattamentali che abbiano un contenuto pedagogico. Per realizzare tale scopo, la legge

[4] Il 2 ottobre 2018 vengono pubblicati in Gazzetta Ufficiale i decreti legislativi n. 121, 123 e 124 per la riforma dell'ordinamento penitenziario. Si tratta di decreti legislativi che hanno dato parziale attuazione alla legge delega 23 giugno 2017 n. 103 (c.d. riforma Orlando).

delega 103/2017 aveva predisposto in particolare due linee portanti: devono essere privilegiate le misure alternative alla detenzione e le misure di comunità; gli istituti penali per minorenni (IPM) devono essere organizzati in modo da favorire la responsabilizzazione e il rafforzamento delle relazioni con il mondo esterno, in funzione di un proficuo inserimento sociale che riduca il più possibile il rischio di commissione di nuovi reati.

Questo sistema è stato progressivamente eroso da un approccio sempre più repressivo, culminato con il recente Decreto Caivano[5]. Tale novella, lungi dal rappresentare un caso isolato, si inserisce in una più ampia tendenza legislativa che ha progressivamente incrinato i principi che regolano la giustizia minorile. Il decreto, nato sull'onda emotiva di un grave fatto di cronaca[6], introduce misure repressive rivolte ai minori per contrastare le *baby gang*: estende il Daspo urbano ai minori di 14 anni, anche senza condanna definitiva; consente l'avviso orale del questore (con divieto di usare *social* e cellulari); amplia l'uso di misure cautelari anche per reati meno gravi; prevede il trasferimento nei carceri per adulti dei minori detenuti sopra i 18 o 21 anni in caso di comportamenti violenti; inasprisce le sanzioni per chi viola l'obbligo scolastico, collegandovi anche la perdita dell'assegno di inclusione.

L'effetto più tangibile del decreto, secondo alcuni, è stato il drammatico incremento della popolazione detenuta negli istituti penali per minorenni: dalla fine del 2022 a oggi, le presenze sono aumentate di circa il 50%, con un picco significativo registrato proprio nei mesi successivi all'entrata in vigore del Decreto Caivano[7]. Si è così infranto, almeno nel breve periodo, il sogno riformatore che aveva animato il dibattito su un possibile superamento del modello carcerario e sull'elaborazione di un Codice penale minorile autonomo che prevedesse un'elencazione di reati diversa e un ben più vario pluralismo sanzionatorio.

[5] Decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123 "Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonchè per la sicurezza dei minori in ambito digitale".

[6] Il "Decreto Caivano" deve la sua denominazione al comune di Caivano, in provincia di Napoli, ove si è verificato, nel quartiere Parco Verde, nell'agosto del 2023, un grave episodio di violenza sessuale ai danni di due minori di 10 e 12 anni, ad opera di un gruppo di adolescenti. L'episodio ha acceso un ampio dibattito nazionale sulla devianza giovanile, il degrado di alcune periferie urbane e l'inefficacia degli strumenti di prevenzione e repressione. Cfr. G. SCALA, *Stupro a Caivano al Parco Verde, due cuginette di 11 e 12 anni violentate da un gruppo di adolescenti*, Il Corriere della Sera, 25 agosto 2023.

[7] S. MARIETTI, *Il mandato è neutralizzarli*, in *Tutti dentro. Lo Stato punisce i ragazzi, si moltiplicano carcere e daspo*, Lavialibera, pensieri nuovi, parole diverse, n. 29, 2024, p. 23.

Il carcere torna quindi ad essere il fulcro dell'intervento statale per i minori autori di reato, con un conseguente sovraffollamento e inasprimento delle tensioni interne agli istituti. Emblematico è il caso del carcere minorile "Cesare Beccaria" di Milano, teatro negli ultimi anni di rivolte, aggressioni e denunce di trattamenti inumani, che riflettono l'insostenibilità del sistema e la sua deriva securitaria.

3. *Il volto concreto della detenzione dei minori stranieri: numeri e criticità*

Definire chi sia un minore straniero, dal punto di vista strettamente formale, risulta un'operazione piuttosto semplice, perché si tratta di un individuo di età inferiore ai 18 anni privo della cittadinanza italiana. Una precisazione importante riguarda la categoria dei MSNA, che secondo la normativa vigente comprende esclusivamente i minori cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea o apolidi, di età inferiore ai 18 anni, che si trovano, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, privi di assistenza e rappresentanza legale. Queste definizioni restrittive evidenziano come le categorie giuridiche non sempre riescano a cogliere la complessità delle situazioni concrete, che impongono un approccio più attento alla reale tutela dei diritti. Le sfide legate all'integrazione e alla prevenzione della criminalità, infatti, riguardano anche i minori formalmente cittadini italiani ma con *background* migratorio, i quali ricomprendono, per esempio, i figli di coppie miste, i nati in Italia da genitori stranieri, i minori adottati a livello internazionale o coloro che hanno vissuto parte della loro infanzia all'estero. Particolare attenzione merita poi la condizione dei minori stranieri non accompagnati, provenienti sia da Paesi terzi che dall'Unione Europea. Sebbene i dati del più recente rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione dei minori stranieri si riferiscano esclusivamente ai minori e giovani adulti privi della cittadinanza italiana, sarebbe necessario estendere la riflessione a tutti i giovani con radici migratorie, spesso esposti a condizioni di marginalità e vulnerabilità analoghe.

Ciò premesso, alla fine di marzo 2025, erano 597 i giovani detenuti nei 17 IPM italiani[8], in netta crescita rispetto ai 496 di fine 2023 e ai 381 di fine 2022: un aumento significativo in soli due anni. Nel 2023 si sono registrati 1.143 nuovi ingressi, il numero più alto dell'ultimo decennio.

Nello specifico, i minori stranieri nel 2023 hanno rappresentato il 29% dei

[8] ANTIGONE, *Senza respiro*, XXI Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, 2025, p. 42.

giovani presi in carico complessivamente dalla giustizia minorile, ma la loro incidenza cresce in modo proporzionale alla restrittività delle misure applicate. I minori stranieri sono stati il 38% dei giovani collocati in comunità, il 48% dei giovani che hanno fatto ingresso in carcere[9]. Questo squilibrio è evidente anche nei dati relativi ai Centri di Prima Accoglienza (CPA), che accolgono i minori arrestati in attesa dell'udienza di convalida: nel 2023, quasi la metà degli ingressi ha riguardato ragazzi stranieri. Tra le uscite dai CPA, la presenza straniera cresce con l'inasprirsi delle misure: 30% delle prescrizioni, 25% delle permanenze in casa, 41% dei collocamenti in comunità e addirittura il 66% delle custodie cautelari in carcere. Tra i giovani detenuti non italiani, la maggior parte proviene dal Nord Africa – soprattutto da Tunisia, Marocco, Egitto e Algeria – mentre il 19% è originario di Paesi europei[10].

La presenza dei minori stranieri negli istituti penali minorili solleva una serie di criticità che mettono in discussione la capacità del sistema di garantire una reale uguaglianza di trattamento e di tutela. Accanto alla già rilevante questione del sovraffollamento, i giovani stranieri si trovano ad affrontare ulteriori ostacoli legati alla loro condizione specifica.

Tra le problematiche più rilevanti vi sono innanzitutto le barriere linguistiche, che incidono negativamente sulla comprensione della loro situazione giuridica, sull'accesso ai diritti e sulla partecipazione attiva ai percorsi educativi e trattamentali. La scarsa o nulla conoscenza della lingua italiana compromette non solo la comprensione delle regole e delle attività proposte, ma determina una condizione di isolamento tanto nei rapporti con gli operatori quanto nelle relazioni con gli altri detenuti. A ciò si aggiunge la frequente assenza di risorse adeguate ad attivare percorsi formativi destinati al personale affinché possa comprendere il contesto socio-culturale di provenienza del minore e facilitare un'interazione più efficace e rispettosa delle differenze culturali[11].

Una seconda criticità riguarda la salute mentale, spesso trascurata all'interno degli IPM. È frequente «l'uso eccessivo di psicofarmaci nelle carceri

[9] La percentuale dei giovani stranieri che hanno fatto ingresso in carcere è salita al 50% nel 2025. Cfr. ANTIGONE, *Senza respiro*, cit., p. 324.

[10] ANTIGONE, *Nodo alla gola*, cit., pp. 44-47.

[11] Sui fondi dedicati al Dipartimento di Giustizia Minorile e di Comunità, ANTIGONE, *Nodo alla gola*, cit., 2024, pp. 96-98, tuttavia non si riesce a individuare con chiarezza eventuali spese dedicate alla formazione del personale. Sulla necessità di incrementare la formazione in riferimento alle esigenze specifiche degli stranieri si veda CONFERENZA DEI GARANTI TERRITORIALI DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTÀ, *Gli stranieri in carcere: difficoltà e buone prassi*, 14 luglio 2023, p. 6.

minorili. La spesa pro capite in particolare degli antipsicotici, che dovrebbero venire prescritti per patologie molto serie quali il disturbo bipolare o la schizofrenia, è aumentata in media del 30% tra il 2021 e il 2022, ultimo dato disponibile. Gli psicofarmaci vengono troppo spesso utilizzati come strumento di gestione – e di neutralizzazione – dei ragazzi con problemi di disagio sociale e comportamentale»[12].

Molti dei minori stranieri presenti nelle carceri hanno subito traumi significativi che hanno portato allo sviluppo di disturbi psichiatrici e tossicodipendenze. Per questo motivo, dovrebbero essere indirizzati verso misure alternative alla detenzione, ma si ritrovano invece reclusi a causa della mancanza di risorse e di personale qualificato. Infatti, nonostante la doverosa e importante riforma della medicina penitenziaria[13], l'emergenza sanitaria causata dal Covid-19 e i successivi tagli alle risorse hanno aggravato la carenza di personale medico, rendendo estremamente difficoltosa l'assistenza socio-sanitaria all'interno e all'esterno del carcere. Il disagio sociale ed esistenziale di questi giovani dovrebbe essere considerato un problema complesso che richiede un approccio educativo, psicosociale e di recupero.

Una marcata disuguaglianza emerge nel trattamento dei minori stranieri rispetto ai minori italiani per quanto riguarda il trasferimento e l'accesso alle misure alternative e di comunità. I minori stranieri, sovente privi di un nucleo familiare o di legami stabili sul territorio, sono spesso trasferiti da un istituto all'altro con maggiore facilità rispetto ai minori italiani[14]. Ciò comporta il rischio di annullare i percorsi di rieducazione, isolando ulteriormente questi giovani dai pochi riferimenti che potrebbero aiutarli. Inoltre, l'assenza di un nucleo familiare stabile o di una casa impedisce loro di soddisfare i requisiti soggettivi necessari per godere delle misure alternative, limitando le opportunità di recupero e aumentando la probabilità che i minori stranieri finiscano per rimanere in carcere, dove il rischio di recidiva e di emarginazione sociale è maggiore.

Infine, una delle categorie più fragili è quella dei minori stranieri non accompagnati, la cui condizione li rende particolarmente difficili da gestire, poiché spesso provengono da contesti estremamente traumatici e hanno alle

[12] ANTIGONE, *Nodo alla gola*, cit., 2024, p. 49.

[13] Decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230 "Riordino della medicina penitenziaria, a norma dell'articolo 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419".

[14] Cfr. L. QUATTRINI, N. SCLIPPA, *Ragazzi come pacchi*, in *Tutti dentro. Lo Stato punisce i ragazzi, si moltiplicano carcere e daspo*, cit., p. 35; M. LA PIETRA, *Il rispetto del principio di territorialità per i minori stranieri nell'esecuzione penale*, in *Ragazzi Dentro*, Antigone, 2024, edizione digitale.

spalle mesi di clandestinità e vita di strada. Molti di loro sono analfabeti e soffrono di problemi di tossicodipendenza[15], con una storia che li ha già segnati profondamente prima del loro ingresso nel sistema di giustizia minorile. Spesso, i MSNA sono visti come i responsabili della crisi del sistema e i colpevoli delle rivolte, mentre in realtà sono semplicemente portatori di molteplici fattori di marginalità che li rendono particolarmente vulnerabili. Non mancano situazioni ambigue, come quelle di ragazzi accusati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, spesso inquadrati come scafisti nonostante siano in realtà minori vittime della tratta[16].

Queste criticità, spesso intrecciate tra loro, evidenziano la necessità di un approccio più consapevole e differenziato nella gestione dei minori stranieri ristretti, capace di tenere conto della loro vulnerabilità e della specificità dei loro percorsi di vita.

4. *Conclusioni*

Le mura degli istituti penali minorili racchiudono oggi una crisi profonda, che si manifesta con l'aumento di proteste, casi di autolesionismo ed evasioni, segni di un disagio profondo che non trova risposta nelle politiche attuali. La reazione delle istituzioni, che si concentra principalmente sull'irrigidimento delle misure di sicurezza, sull'uso dell'isolamento, sull'introduzione del reato di rivolta, non fa che intensificare la tensione, mentre i ragazzi continuano a protestare senza che qualcuno si fermi ad ascoltarli veramente.

"Radici sospese" è l'immagine che meglio descrive la loro condizione: radici estirpate dal Paese d'origine, e che non riescono ad attecchire in quello d'arrivo, perché il terreno è ostile, incerto, incapace di accogliere. Nel momento in cui lo Stato li respinge, cedere all'illegalità finisce col rappresentare una prospettiva promettente per i minori stranieri, che trovano nei gruppi criminali l'unica forma di appartenenza. I minori stranieri, infatti, sono spesso reclutati da organizzazioni criminali o, in alcuni casi, il loro arrivo in Italia è gestito da adulti connazionali che li introducono nel circuito della criminalità.

Le barriere linguistiche, la scarsa disponibilità di mediatori culturali,

[15] E. CICARELLO, *La discarica delle coscienze*, in *Tutti dentro. Lo Stato punisce i ragazzi, si moltiplicano carcere e daspo*, cit., p.1; M. CATALDO, *Senza possibilità tornano a delinquere*, in *Tutti dentro. Lo Stato punisce i ragazzi, si moltiplicano carcere e daspo*, cit., p. 34.

[16] Cfr. C. FERRARA, A. GENNARO, *I minori incriminati per traffico di esseri umani*, Internazionale, 25 agosto 2022.

l'inadeguata presa in carico dei disturbi psichici e la difficoltà di accesso alle misure alternative rappresentano ostacoli concreti che rischiano di trasformare l'esperienza detentiva da opportunità di recupero a momento di ulteriore marginalizzazione. La passione con cui alcuni bravi educatori, operatori, volontari, agenti si sforzano di portare occasioni di crescita non basta a compensare l'inadeguatezza degli spazi, delle risorse, e di un personale sottodimensionato[17] e non adeguatamente formato.

Per superare queste criticità, appare necessario un ripensamento complessivo del sistema che si muova lungo tre direttrici principali: il potenziamento degli strumenti di prevenzione e delle misure alternative e di comunità, con particolare attenzione alla predisposizione di progetti educativi individualizzati che tengano conto delle specificità culturali e linguistiche dei minori stranieri; il rafforzamento dei servizi di supporto all'interno degli istituti, attraverso la presenza stabile di mediatori culturali, etnopsicologi, psichiatri, e operatori specializzati nella presa in carico dei traumi migratori; la creazione di una rete territoriale di accoglienza e accompagnamento che faciliti i percorsi di reinserimento sociale e lavorativo, con particolare attenzione ai MSNA e a coloro che non possono contare su un adeguato supporto familiare.

Solo attraverso un approccio integrato che metta al centro la tutela effettiva di questi diritti sarà possibile trasformare l'esperienza detentiva in una reale opportunità di riscatto e integrazione. Le "radici sospese" dei minori stranieri in carcere potranno così trovare un terreno fertile in cui radicarsi e fiorire, capaci di nutrire la speranza di un futuro diverso.

[17] Sui numeri aggiornati di operatori penitenziari, personale amministrativo funzionari giuridico pedagogici, e direttori si veda ANTIGONE, *Nodo alla gola*, cit., 2024, pp. 112-119.

FROM EMERGENCY TO LONGER-TERM ASSISTANCE? THE EU SUPPORT FOR DISPLACED UKRAINIANS

Viktoryia Vaitovich*

SUMMARY: 1. The background. – 2. Longer-term assistance options. – 2.1. EU's Asylum and Migration Policy. – 2.2. Common Foreign and Security Policy (CFSP) – 2.3. EU accession path. – 3. Conclusions.

1. *The background*

The first-ever activation of the Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 (Temporary Protection Directive – TPD)[1] in March 2022 in response to the displacement from Ukraine represented a very positive unanimous move, granting immediate access to legal status and rights to more than 5 million persons in Europe.[2] However, this unprecedented measure has also been characterised by a number of implementation gaps and challenges, particularly regarding access to socio-economic rights,[3] as well as the continuous concerns about the limits of the Temporary Protection (TP). With certain aspects of the content and scope of the TP regime clarified by the recent decisions of the Court of Justice of the European Union (CJEU) (see *Krasiliva*, C-753/23,[4] and *Kaduna*, C-244/24 and C-290/24[5]), the questions about the EU's longer-term tools available to assist displaced Ukrainians persist.

While the extension of the TP regime for the 5th consecutive year[6] is

* Ricercatrice di Sociologia dei processi culturali e comunicativi, Università Ca' Foscari Venezia.

[1] Council of the EU, *Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequences Thereof*, Official Journal L 212, 07/08/2001.

[2] UNHCR, *Ukraine Refugee Situation*, 2026, https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine.

[3] ECRE, *Comparative report "Access to socio-economic rights for beneficiaries of temporary protection: 2023 update"*, in *Asylum Information Database (AIDA)*, January 2025. https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2025/01/Access-to-socio-economic-rights-for-beneficiaries-of-temporary-protection-2023-update.pdf.

[4] CJEU, judgment of 27 February 2025, Krasiliva, C-753/23, EU:C:2025:133.

[5] CJEU, joined cases, 17 March 2023, Kaduna, C-244/24 and C-290/24, EU:C:2024:1038.

[6] Council of the EU, *Council Implementing Decision (EU) 2025/1460 of 15 July 2025*

favourable in the current context, as it will ensure access to legal status and associated rights for the persons displaced from Ukraine, this move continues to stretch the limits of the initial design of the TPD,[7] aimed to address the emergency needs in the event of a mass influx for 3 years maximum, as per strict reading of Article 4 of the Directive, supported by expert opinion.[8]

This step also shows the boundaries of the European Commission's capacity to advance the response beyond the emergency measures and largely a failure to come forward, in a timely manner, with a set of transitioning strategies that would offer a longer-term perspective and address the needs of various groups among current TP beneficiaries.[9] The weakening leadership of the EU in providing alternative post-TP solutions contrasts with the firm EU stance and actions at the beginning of the displacement, securing unanimous collective action among the Member States in the first months of the displacement.

The future options for current beneficiaries of TP are conditioned by a set of various (and potentially conflicting) factors, including security concerns and ongoing hostilities in Ukraine; protection obligations by the EU vis-à-vis 5 million displaced persons currently in the EU; the demographic and economic needs (related to labour shortages) in EU Member States,[10] as well as the strong interest of the Ukrainian government in retaining its population, among others, for the defence and reconstruction of the country.[11]

Extending the Temporary Protection Introduced by Implementing Decision (EU) 2022/382, Official Journal L, 24/7/2025.

[7] V. VAITOVICH, *The EU Is Stretching the Limits of the Temporary Protection Directive beyond 2025, but Is It Enough?*, Op-ed, European Council on Refugees and Exiles (ECRE), https://ecre.org/op-ed-the-eu-is-stretching-the-limits-of-the-temporary-protection-directive-beyond-2025-but-is-it-enough/.

[8] See, for example, M. INELI-CIGER, *Legal landmine: the risky proposition of extending the application of the EU Temporary Protection Directive beyond March 2025*, in *EU Law Analysis*, 31 May 2024, https://eulawanalysis.blogspot.com/2024/05/legal-landmine-risky-proposition-of.html; M. İNELI-CIGER, *Beyond Temporariness: Policy Options for Ukrainians Under EU Temporary Protection in 2025*, in *College of Europe Policy Brief (CEPOB)* 2.25, June 2025, https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/%C4%B0neli-Ciger_CEPOB_2-2025.pdf.

[9] ECRE, *Transitioning out of the Temporary Protection Directive: ECRE's Analysis of the Main Options Available to Ensure a Smooth Transition out of the TPD Regime for People Displaced from Ukraine*, 2024, available at: https://ecre.org/wp-content/uploads/2024/02/ECRE-Policy-Paper-13_Transitioning-Out-of-the-Temporary-Protection-Directive.pdf.

[10] K. HOOPER, T. DE LANGE, J. SLOOTJES, *How Can Labour Migration Policies Help Tackle Europe's Looming Skills Crisis?*, Migration Policy Institute, 2025, https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/mpie-gs4s-europe-skills-2025_final.pdf.

[11] World Bank Group, *Updated Ukraine Recovery and Reconstruction Needs Assessment,*

2. *Longer-term assistance options*

In addressing these factors and interests, the EU can rely on only a limited set of long-term tools to support people displaced from Ukraine. These tools fall mainly into three areas: 1) the EU's migration and asylum policy; 2) the EU's assistance in the area of the Common Foreign and Security Policy; and 3) supporting Ukraine's integration through the accession process. Given the above factors and interests, this contribution examines the relevance and feasibility of these (non-exclusive) tracks in assisting the displaced persons in the long run.

2.1. *EU's Asylum and Migration Policy*

Among the numerous EU instruments in the area of both asylum and legal migration, few options are currently available for persons displaced from Ukraine beyond the prolonged TPD-based regime. The Directive itself covers two main exit strategies: the possibility to access the asylum procedure while the TP regime is still active (Chapter IV) and voluntary return once the TP regime ends (Chapter V). While the former path is largely disincentivised (with some States suspending the consideration of applications as long as the TP regime is active), the latter currently lacks the criteria of safe and durable solutions in the country of origin.[12] In this context, some Member States have been developing national pathways alternative to TP, mainly linked to employment.[13] This is also due to the lack of a unitary strategy for transitioning out of the current TP regime at the EU level.

The recent set of documents issued by the EU, related to the latest TPD extension proposal, is a mere reflection of this reality: despite the ambitious titles of the Commission's Communication on "A Predictable and Common European Way Forward for Ukrainians in the EU",[14] as well as the Proposal

2025, https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2025/02/25/updated-ukraine-recovery-and-reconstruction-needs-assessment-released.

[12] The initiatives informing on and supporting voluntary return are already taking place, see, for instance, UNHCR, *For returnees from abroad,* available at: https://ukraineishome.org/assistance-for-returning-to-ukraine/; and ICMPD, *UCCs: Ukrainian Consultation Centres,* https://www.icmpd.org/our-work/projects/ukrainian-consultation-centres-uccs.

[13] M. WAGNER, M. GRAMA, *Phasing Out Temporary Protection? Shaping EU Policies through National Experiences*, 2025, International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), Vienna.

[14] European Commission, *Communication from the Commission to the European*

for Council Recommendation of 6 June 2025 "on a coordinated approach to the transition out of temporary protection for displaced persons from Ukraine",[15] the main emphasis of the Commission reflected in these documents is on EU Member States' national legal frameworks, as well as voluntary return to and reintegration in Ukraine.

At the same time, the EU's so-called "legal migration package" does not have much to offer either: with the limited use of the EU Blue Card and Single Permit, the ceased reform of Long-Term Residency[16] appeared insufficient to address the situation of current beneficiaries of TP.[17] Moreover, the revised Blue Card Directive 2021/1883 failed to enhance the use of the Blue Card, with its Article 3 maintaining the exclusion of TP beneficiaries from its scope.[18] The recast of the Single Permit Directive 2024/1233 carries the same limits, not being applicable to BTPs.[19]

At the same time, the EU has shown no willingness to implement the idea of a new permit that would allow maintaining the legal status and rights in the EU alongside short-term returns to Ukraine (for instance, such as the "Reconstruction Permit" proposed by the Special Advisor Lodewijk Asscher to the European Commission in 2023).[20]

Therefore, the rising fragmentation of national post-TP frameworks

Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – "A Predictable and Common European Way Forward for Ukrainians in the EU, COM(2025) 649 final, Brussels, 4/06/2025.

[15] European Commission, *Commission Proposal for a Council Recommendation on a Coordinated Transition out of Temporary Protection for Displaced Persons from Ukraine*, COM(2025) 651 final, Brussels, 4/06/2025.

[16] EUR-lex, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning the status of third-country nationals who are long-term residents (recast),* Procedure 2022/0134/COD, COM (2022) 650.

[17] S. PEERS, *Temporary means temporary? The Commission proposes the extension – and the phase-out – of temporary protection,* in *EU Law Analysis,* 4 June 2025, https://eulawanalysis.blogspot.com/2025/06/temporary-means-temporary-commission.html.

[18] European Parliament and of the Council of the EU, *Directive (EU) 2021/1883 of 20 October 2021 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of highly qualified employment, and repealing Council Directive 2009/50/EC*, Official Journal L 382, 28/10/2021.

[19] European Parliament and of the Council of the EU, *Directive (EU) 2024/1233 of 24 April 2024 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State (recast),* Official Journal L 2024/1233, 30/4/2024.

[20] L. ASSCHER, *Integration of People Fleeing Ukraine in the EU: Note to the European Commission*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023.

targeting mainly labour market active groups of displaced persons, as well as the failure to develop timely EU-wide solutions under the umbrella of EU asylum and migration policy, pose multiple risks for displaced persons, including premature return, becoming undocumented, and being exposed to exploitative practices.

2.2. *Common Foreign and Security Policy (CFSP)*

The EU's migration and asylum policy mainly governs how third-country nationals are granted status and rights within the EU. In contrast, the EU's assistance to Ukraine under the Common Foreign and Security Policy (CFSP) focuses on external measures that promote security and stability. This second track can also support displaced persons in the long term – by improving conditions for their safe return and contributing to Ukraine's future reconstruction and stability.

The foundational legal basis for much of the EU's financial assistance to Ukraine, within its broader external action, is found within the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Specifically, Article 212 TFEU empowers the EU to engage in financial aid and technical assistance with third countries, while Article 322(1) TFEU provides the legal basis for adopting financial rules, including external aid.

Through these legal bases, the EU created a specific instrument to support the economic development and reconstruction: the €50 billion Ukraine Facility, established by Regulation (EU) 2024/792, is specifically set to provide financial support to Ukraine for its recovery, reconstruction, and modernisation, as well as to support its efforts on the path to EU accession. Such assistance is intended to reinforce Ukraine's institutions and rebuild its infrastructure, which are among the preconditions for the eventual return of its citizens in a sustainable manner. Furthermore, within the European Peace Facility (EPF),[21] designed to strengthen international security through support to military and defence activities, financial assistance under the Ukraine Assistance Fund (UAF) has been extensively used to support Ukraine's defence efforts. While distinct from direct humanitarian or migration policies and conditioned by factors of political will and unanimity within the EU decision-making, these CFSP measures might help to foster safe return and reintegration of displaced persons.

[21] Council of the EU, *European Peace Facility*, https://www.consilium.europa.eu/en/policies/european-peace-facility/#ukraine.

2.3. *EU accession path*

The prospect of Ukraine's accession to the EU represents one of the most significant long-term assistance tracks: as of June 2024, Ukraine has officially commenced accession negotiations, a landmark step that sets the stage for a formal integration process. Designed to modernise the economy and the institutions, Ukraine's accession is backed – as mentioned – by substantial financial support. This support is conditional on Ukraine's capacity to implement reforms in areas such as fighting corruption, strengthening the rule of law, and aligning its judicial system with the EU standards.

On the one hand, this strategic alignment is also meant to create the necessary conditions to enable displaced Ukrainians to return. On the other hand, it also conveys the expectation of current Beneficiaries of Temporary Protection (BTPs) to become EU citizens and thus enjoy the rights to freedom of movement, access to labour markets, etc. This development, however, is far from automatic and has many potential pitfalls. While the EU has formally opened accession negotiations and recognised Ukraine's progress on reforms, including in the justice and anti-corruption sectors, the process is merit-based and will take time to meet the stringent Copenhagen criteria. This path is not unanimously supported by all EU member states; beyond the well-known opposition from Hungary, Poland and Slovakia are reluctant too, due to their concerns over the potential destabilisation of their agricultural markets.

The territorial size of Ukraine also presents an institutional challenge, necessitating reforms to the EU's decision-making process and potentially impacting the distribution of funds. These challenges contrast with the unique characteristics of the Ukrainian community itself: the displaced population is composed of a significant number of adult women (nearly half of all BTPs),[22] many of whom have long-standing family and friendship ties in Europe. These social and demographic factors show that integration depends not only on political decisions but also on local community dynamics.

At the same time, the examination of historical precedents is critical to understanding the challenges ahead: during the past enlargement rounds, particularly the 2004 accession of countries with large populations like Poland, some Member States imposed transitional periods of up to seven years to restrict the free movement of workers from new member countries.[23] This

[22] Eurostat, *4.26 million under temporary protection in March*, 12 May 2025, https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/ddn-20250512-1.

[23] European Commission, *Press release: Free movement: workers from eight Member States*

measure was a direct response to fears of labour market disruption and mass migration. Ukraine's case is particular: many of its citizens already live and work in the EU and enjoy socio-economic rights under the TPD, without the "Dublin" rule limiting their choice of host country. However, past enlargements show that EU accession does not automatically guarantee full freedom of movement.

The parallel with Türkiye, a country with a decades-long Customs Union with the EU[24] (and a currently frozen accession process), serves as a cautionary tale. It demonstrates that deep economic ties and a significant migrant population within the EU are not sufficient conditions for the political consensus required for free movement and expanded access to rights. For Ukrainians, accession is not merely an economic (and political) alignment – it is also about having continuous access to employment and education rights, as well as to freedom of movement, which millions were granted under the TPD since 2022. While this track allows continuous exercise of rights by Ukrainians in the EU beyond the TP, its speed and success are constrained by the lack of consensus among Member States on enlargement. As a result, prioritising economic integration without full political alignment could leave Ukraine facing an uncertain future.

3. *Conclusions*

The EU's sustained use of the TPD, while effective as an emergency measure, exposes a fundamental gap in its long-term strategy for displaced Ukrainians. The reliance on this temporary mechanism and the lack of an EU-wide solution for transition pose significant risks for beneficiaries, potentially leading to increased precarity and vulnerability. While a combination of asylum and migration measures, CFSP tools, and the prospect of EU accession offers several options, only accession — though difficult — would secure permanent rights for citizens. By focusing on the accession track, the EU could fulfil its commitment to a stable, prosperous, and secure future for Ukraine and its people.

that joined EU in 2004 finally enjoy full rights, 28/04/2011, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_11_506.

[24] European Commission, *Turkey: Customs Unions and preferential arrangements*, Taxation and Customs Union, https://taxation-customs.ec.europa.eu/turkey-customs-unions-and-preferential-arrangements_en.

In addition to the continuous need for emergency protection, the growing challenge relates to the management of temporariness. Repeated extensions of temporary protection have, so far, prevented large-scale irregularity and safeguarded access to core rights; yet, without a credible transition strategy, they risk producing a prolonged "in-between" legal condition. Despite the impossibility of full harmonisation of national residence regimes, there is still a need for coordination around a limited set of principles. First, continuity of lawful stay should be ensured for those who cannot safely return, through predictable bridging options that do not depend solely on immediate labour-market participation. Second, time spent under temporary protection should count toward longer-term residence solutions, to avoid years of work, education, and social participation remaining legally "temporary." Third, transition pathways must be differentiated: employment routes are relevant for labour-market active groups, but are not appropriate for those with care responsibilities, health limitations, older persons, or those in education and training. Fourth, coordination should reduce information gaps through clear guidance on available pathways, deadlines, and documentation, limiting loss of status and premature return. Finally, any approach should acknowledge continued circulation and transnational responsibilities. Facilitating short, regularised stays in Ukraine without jeopardising EU legal status would reduce incentives for informal solutions. Together, these measures would narrow the gap between emergency solidarity and longer-term protection, mitigate fragmentation across Member States, and support more sustainable outcomes while uncertainty persists.

INTEGRAZIONE E INCLUSIONE

FACTORS INFLUENCING THE INTEGRATION OF MOLDOVAN MIGRANTS IN ITALY: A SOCIOECONOMIC ANALYSIS

Rusu Svetlana*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Key aspects of integration. – 3. Challenges of integration and legal status of Moldovan migrants in Italy. – 4. Conclusions.

1. *Introduction*

Emigration from Moldova constitutes a well-established phenomenon, with hundreds of people leaving the country every year in search of employment opportunities, better living standards, and the aspiration to accumulate financial resources to eventually return to their homeland. Moldovan emigrants frequently prioritize so-defined "developed" European nations, characterised by comparatively easy access to employment, housing, educational institutions for their children, linguistic assimilation, and potential access to social welfare provisions.

The integration process, referring to the broader inclusion of migrants and their offspring into the host society, is widely recognized as a crucial aspect of adaptation. While assimilation understood as adopting the dominant culture's norms is one potential pathway, the literature highlights that integration can also occur through more pluralistic approaches that allow for cultural diversity. Successful integration impacts not only migrants' subjective well-being but also their ability to contribute meaningfully to societal development.

Since the early 2000s, Italy has emerged as a primary destination country for Moldovan emigration, irrespective of the intended duration of stay, driven by a combination of linguistic and cultural proximity facilitating integration, coupled with greater economic opportunities compared to Moldova.

As of 2023, Italy hosts approximately 5.4 million foreign nationals, 102,667 of whom are officially registered as Moldovan citizens[1]. However, unofficial estimates suggest the actual number of Moldovan nationals residing in

* National Institute of Economic Research of the Academy of Economic Studies of Moldova, Senior Scientific Researcher.

[1] L. MACCHI, Foreign population living in Italy from 2010 to 2025, Statista Italy, 2025.

Italy approaches 300,000[2]. While some Moldovans migrate for short-term employment, others establish long-term residence, actively seeking assimilation into Italian society.

The integration of Moldovan migrants in Italy represents a complex and multifaceted process, characterized by both successes (e.g., long-term permits and citizenship acquisition) and challenges, such as employment in low-wage sectors). This process involves economic, social, cultural, and legal adaptation, with significant impacts not only on the migrants themselves but also on broader Italian society. However, these impacts may be potentially less pronounced given the relatively smaller size of the Moldovan community compared to larger migrant groups in Italy, such as Albanians and Moroccans. Despite this, the influx of Moldovan migrants can contribute to increased labor market diversity, the introduction of new cultural traditions and perspectives, and shifts in local social dynamics within the specific communities where Moldovans are concentrated.

This article will explore key aspects of the integration of Moldovan migrants in Italy, encompassing a multi-dimensional perspective on the process. The chosen dimensions, reflective of established frameworks in migration studies, include: economic integration (employment, income, entrepreneurship); social and cultural adaptation (language, traditions, interaction with the local population); and legal dimensions (citizenship acquisition, access to social services). It will also analyse the challenges and prospects of this integration process.

2. *Key aspects of integration*

It's crucial to acknowledge that Moldovan emigration to Italy was facilitated by geographical proximity, enabling relatively inexpensive travel and facilitating return migration. Access was also eased by Romanian citizenship, which was held by some Moldovans, granting them the right to legally reside and work within the EU. Following the liberalization of the visa regime between Moldova and the EU after 2014, Moldovans were permitted to legally enter Italy for up to 90 days within a 180-day period[3]. Furthermore, economic

[2] Câți cetățeni ai Moldovei sunt în străinătate? Diaspora moldovenească în UE, Rusia și în lumea intreaga /How many Moldovan citizens are abroad? Moldovan diaspora in the EU, Russia and around the world, Newsmaker, 2021.

[3] European Commission, Commissioner Malmström on visa-free travel for Moldova, 2014.

factors, particularly during the 2000s, made Italy attractive, as there was a demand for low-skilled labor, which Moldovans were willing to undertake, often accepting lower wages than local workers.

Sectors such as agriculture, construction, domestic care for children and the elderly continue to attract Moldovan workers, despite potentially challenging working conditions and lower-than-average compensation. It is important to note that even unskilled workers in Italy typically receive higher pay than those in comparable positions in Moldova, enabling migrants to remit earnings and improve the financial well-being of their families.

According to available data, in 2022, the average hourly earnings in economic units with 10 or more employees in Italy were 15.9 euro for women (0.5 euro below the overall average) and 16.8 euro for men (0.4 euro above). The gender pay gap was more pronounced for employees with at least a tertiary education (16.6%, around three times the average) and for managers (30.8%)[4]. Young people under 30 earned 36.4% less than those over 50 (38.5% for men, 33.3% for women), while workers on fixed-term contracts earned 24.6% less than those on open-ended duration contracts. Higher average earnings characterise the financial and insurance activities (25.9 euro per hour), while the lowest are found in the accommodation and food services (10.9 euro). Data also show that the lowest-earning 10% of employees earn a maximum of 8.8 euro per hour, while the highest-earning 10% receive more than 26.6 euro per hour. The economic impetus for Moldovan migration to Italy stems, in part, from the comparatively higher earning potential within the Italian labor market. As of January 2025, the minimum hourly wage in Moldova is legislated at 32.54 lei, predicated on a full-time employment schedule of 169 hours per month. This equates to approximately 1,6 euros. This contrasts with the average monthly salary across the Moldovan economy, reported at 16,100 lei. This equates to approximately 820 euros[5]. This economic disparity incentivizes migration to Italy, where Moldovans may secure higher wages, thereby facilitating remittances to their families in Moldova. The differential in earning capacity thus serves as a significant factor driving labor mobility from Moldova to Italy.

For many Moldovan migrants, Italy has also served as a conduit for accumulating capital, which they can then invest in their home country, including the purchase of housing, land, vehicles, and the establishment of small-scale enterprises. This phenomenon highlights the significant economic agency of migrants and their potential to contribute to Moldova's economic growth.

[4] National Institute of statistics, Structure of earnings in Italy, 2025.

[5] National Bureau of Statistics, Salaries in Moldova, 2025.

In terms of the distribution of employed persons of Moldovan origin across economic sectors, the majority fall into the public, social and personal services sector, which is prevalent, accounting for a total of two-fifths of Moldovans employed in Italy[6]. However, an analysis by gender shows that this specialisation by sector is primarily a feature of female workers, with 65% of employed Moldovan women compared to an entirely residual value of 5.9% for men. Meanwhile, male community members primarily work in industry (52.3% overall) as well as in transport and business services (31.6%). As of 31 December 2021, there were 7,079 sole proprietors born in Moldova, accounting for 1.8% of the non-EU entrepreneurs in Italy. Although the community is predominantly female, there is a clear majority of men (70%) among sole proprietors. A significant proportion of Moldovan entrepreneurs are involved in construction, accounting for 48.4% of the sector: Moldovan construction companies represent 3.9% of non-EU sole proprietorships operating in the sector[7].

Socio-cultural adaptation represents a multifaceted and dynamic process wherein Moldovan migrants in Italy navigate new living conditions and prevailing local norms and values, while simultaneously maintaining their national identity and cultural heritage. This encompasses not only aligning behavior with the host country's social norms (conformity), but also internalizing its values to varying degrees. For example, a Moldovan migrant, initially focused on maintaining connections with compatriots, may gradually shift toward values such as individualism and the pursuit of personal success. While these traits may appear to reflect "Italian values," it is important to recognize that they are also shaped by broader neoliberal ideologies that influence labor markets across Europe, including Italy. Scholars have noted that neoliberalism promotes self-entrepreneurship, flexibility, and competitiveness as central norms, which increasingly govern both migrant and native workers' experiences. Migrants often internalize these logics as part of their integration process, navigating precarious labor conditions by investing in self-improvement, expanding professional networks, and aligning with market-driven expectations[8]. Thus, such behavioral shifts-visible in efforts toward career

[6] The Moldovan Community in Italy. Migrant population annual report, by the Ministry of Labour and Social Policy, 2022.

[7] S. SASCU, Work experience of Moldovan women in Italy, marked by the UN, Radio Free Europe Moldova, 2024.

[8] R. GILL, C. SCHARFF, *New Femininities: Postfeminism, Neoliberalism and Subjectivity*, Palgrave Macmillan, 2011.

advancement and the inclusion of Italian colleagues in one's social circle-are better understood as responses to structural economic pressures rather than as the simple adoption of culturally "Italian" values.

As the literature shows, acculturation is not a unidirectional process of migrants assimilating the norms of the host country[9]. Rather, it is a more dynamic process involving mutual influence between migrants and the local population. There are reasons to believe that this is occurring among Moldovan migrants in Italy, manifesting, for instance, in Moldovan dishes, such as plăcinte, appearing on Italian restaurant menus, or in the organization of joint Moldovan-Italian cultural festivals showcasing Moldovan art and traditions.

Successful socio-cultural adaptation is critical for integration within the host society, influencing migrants' subjective well-being, overall prosperity, and access to opportunities.

Moldovan social networks and community organizations play a vital role in supporting and facilitating the adaptation of migrants in Italy. These networks provide newly arrived individuals with access to information, guidance, and practical assistance in overcoming various challenges, such as securing housing, finding employment, navigating bureaucratic processes, and adapting to the Italian lifestyle. According to the data provided by the National Bureau of Statistics in 2023, the presence of a substantial diaspora is evident through the establishment of 51 registered diaspora organizations in Italy, concentrated primarily in the northern and central regions, including cities such as Rome, Milan, Padua, Venice, and Turin[10].

Moldovan migration to Italy is facilitated by significant cultural proximity, stemming from linguistic similarities, shared values, and analogous traditions, all of which influence the selection of the destination country. The affinity between the Romance languages Romanian (Moldova's official language) and Italian expedites linguistic adaptation. Therefore, Moldovan migrants often prioritize Italy as a destination because the Italian language is relatively easy to learn. The widespread availability of Italian language courses in Moldova enables prospective migrants to develop linguistic skills before emigrating, facilitating their integration into Italian society and the labor market. This linguistic accessibility is a substantial pull factor, attracting Moldovan migrants to Italy. Acculturation is further promoted by parallel familial structures,

[9] J. W. Berry, *Immigration, Acculturation, and Adaptation*, Applied Psychology, 46(1), 5–34, 1997.

[10] N. Paholiniţchii, *The Moldovan diaspora in the EU, Russia, and worldwide*, Newsmaker, 2021.

analogous religious affiliations (such as Eastern Orthodox Christianity, which is prevalent in both Moldova and parts of Italy), and convergent culinary traditions.

3. *Challenges of Integration and Legal Status of Moldovan Migrants in Italy*

Despite these favorable factors, cultural differences and social biases can impede full societal integration, even as Moldovan migrants adopt Italian values and engage in Italian social practices. Legal integration is a vital aspect of adapting to Italian society because it defines migrants' rights, opportunities, and level of protection. There are two paths: acquiring a permit to stay or Italian citizenship. Either option will give access to the social services provided by the state according to the acquired status.

Complex and bureaucratic procedures for acquiring and renewing permits to stay, coupled with a lack of awareness of rights and responsibilities, make it difficult for some Moldovan migrants to obtain a stable permit and leave them vulnerable to exploitation and potential abuses.

For many Moldovans residing in Italy, acquiring Italian citizenship becomes an important objective, opening new prospects and opportunities. Recent trends indicate that the number of Moldovan nationals acquiring Italian citizenship has approached or even surpassed the number of new emigrants arriving from Moldova. In 2014, approximately 150,000 Moldovan citizens were legally residing in Italy. Social data suggests that nearly 30,000 Moldovan migrants had obtained Italian citizenship by 2022. Further illustrating this trend, 22,879 Moldovan citizens acquired Italian citizenship between 2012 and 2019[11]. Naturalization – based on legal residence for a specific period (usually 10 years), evidence of sufficient income, proof of Italian language proficiency at the B1 level, and the absence of criminal convictions – is the most prevalent way for Moldovan migrants to obtain citizenship (63.1%). This elevated incidence of naturalization among citizens of Moldovan origin underscores the community's deep-seated settlement patterns within Italy and subsequent stabilization processes. The vast majority of citizenship acquisitions by Moldovan nationals are attributed to naturalization.

Economic vulnerability also represents a significant concern. A substantial

[11] Câți cetățeni ai Moldovei sunt în străinătate? Diaspora moldoveneasca în UE, Rusia și în lumea intreaga /How many Moldovan citizens are abroad? Moldovan diaspora in the EU, Russia and around the world, Newsmaker, 2021.

number of migrants are compelled to accept jobs in sectors characterized by low wages and precarious working conditions, such as agriculture, construction, and elder care. Engagement in the informal sector, devoid of social protections and guarantees, renders them particularly vulnerable to exploitation and abusive labor practices. The reliance of numerous families in Moldova on remittances from relatives working in Italy further amplifies their vulnerability to economic shocks and fluctuations in migration policies.

Another salient challenge faced by migrants is social isolation and feelings of loneliness. Separation from family and friends, combined with linguistic barriers and cultural differences, often hinders the development of meaningful social networks and broader integration into the host society. These difficulties are further compounded by experiences of discrimination, which can manifest in both subtle and overt ways in everyday life and institutional settings. Research shows that perceived discrimination is significantly associated with negative psychosocial outcomes and reduced social trust[12]. Importantly, studies also suggest that legal status plays a critical role in shaping migrants' experiences of inclusion and exclusion. Acquiring a long-term residence permit or citizenship can reduce experiences of discrimination by increasing access to rights, stabilizing migrants' legal position, and signaling belonging to the national community[13]. Thus, while formal integration pathways such as language learning and employment are important, the attainment of secure legal status is also crucial in mitigating the effects of discrimination and fostering a more inclusive environment.

Moldovan migrants' psychological well-being is also subject to considerable strain. The stress of relocation and adaptation to a new environment, coupled with economic hardship, can trigger anxiety, depression, and a range of other psychological ailments. Similarly, issues of identity and feelings of non-belonging, stemming from the rupture between the culture of origin and the host culture, similarly negatively impact migrants' mental and emotional states.

[12] A. HEATH, N. DEMIREVA, *Has multiculturalism failed in Britain?, Ethnic and Racial Studies,* Vol. 36, No. 1, 20133, pp. 161–180.

[13] T. HUDDLESTON, *Naturalisation in context: how nationality laws and procedures shape immigrants' interest and ability to acquire nationality in six European countries, Comparative Migration Studies,* 2020.

4. *Conclusion*

In conclusion it can be said that overcoming the multifaceted challenges faced by Moldovan migrants in Italy demands a comprehensive approach and coordinated efforts across sectors. Cultivating a more equitable and inclusive society requires sustained and multidimensional strategies. Key priorities include promoting economic integration through targeted skills development programs and expanded employment opportunities, strengthening social support networks, and ensuring equitable access to healthcare and mental health services. Additionally, simplifying and accelerating the process for obtaining legal work permits and residence status can significantly ease integration and reduce migrants' vulnerability. Through such coordinated and continuous efforts, Italy can foster a society in which every Moldovan migrant, regardless of legal status has the opportunity to thrive and contribute meaningfully to the country's social, cultural, and economic development.

L'ACCORDO DI INTEGRAZIONE TRA PERSISTENTI CRITICITÀ E NUOVE PROSPETTIVE

Michela Giachetti Fantini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Accordo di integrazione: quadro normativo di riferimento e ambito di applicazione. – 3. L'articolazione dell'Accordo di integrazione per crediti: il c.d. "meccanismo a punti" – 4. La configurazione dell'Accordo di integrazione come "obbligazione ad integrarsi" a carico dell'immigrato regolarmente soggiornante. – 5. L'"edulcorazione" dell'Accordo di integrazione per ragioni di semplificazione burocratica e la sua inefficacia come strumento di politica per l'integrazione. – 6. L'Accordo di integrazione come forma di "discriminazione istituzionale" nei confronti dello straniero: l'eterogenesi dei fini. – 7. La clausola di inesigibilità del requisito della conoscenza della lingua italiana per gli stranieri vulnerabili e la mancanza di ambizione dell'Accordo di integrazione in ordine all'integrazione linguistica. – 8. La necessità di ripensare l'Accordo di integrazione in un'ottica di reciprocità degli impegni tra lo Stato e l'immigrato in una prospettiva di "solidarietà biunivoca". – 9. La sottoscrizione digitale dell'Accordo di integrazione nei Decreti Flussi 2025 e 2026-2028: la prevalenza di un approccio procedimentale su quello sostanziale alla questione dell'integrazione degli stranieri regolarmente residenti.

1. *Introduzione*

L'Accordo di integrazione merita di essere oggetto di riflessione, poiché esso si configura, di fatto, come un «Accordo senza Accordo»[1]. Il rapporto tra l'immigrato e lo Stato non è paritario ma è squilibrato a sfavore dello straniero, senza che rilevi davvero la volontà di quest'ultimo, il quale si qualifica piuttosto come mero soggetto passivo sottoposto al controllo autoritario, mentre l'obbligo di integrarsi non è controbilanciato da un effettivo impegno statale a sostenere l'integrazione.

Nel presente contributo ci si interroga sull'efficacia dell'Accordo come

* Dottore di ricerca Università di Roma La Sapienza e Tecnologo presso l'ENEA (Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile).

Le opinioni espresse in questo articolo sono dell'Autore e non rappresentano o impegnano l'Istituzione d'appartenenza.

[1] L. GALLI, *Rethinking Integration Contracts. The role of administrative law in building an intercultural society*, Napoli, 2021, p. 58.

strumento di politica per l'integrazione degli stranieri, fornendo una risposta negativa a tale domanda, alla luce delle criticità di questo istituto, che permangono anche con l'introduzione della novità della sottoscrizione digitale dell'Accordo di integrazione nei recenti Decreti Flussi. Tali aspetti problematici sono da individuare: da un lato, in un approccio procedimentale all'Accordo di integrazione - inteso come mero adempimento burocratico cui sono subordinati l'ingresso e il soggiorno degli immigrati sul territorio nazionale - che è apparso dominante rispetto alla finalità sostanziale dell'inclusione degli stranieri nella società ospitante, che esso è in astratto chiamato a garantire; dall'altro lato, nella logica intrinsecamente discriminatoria dell'Accordo di integrazione che, per effetto del "meccanismo a punti", produce effetti contrari a quelli dichiaratamente perseguiti, cioè la selezione e l'esclusione degli stranieri, creando una separazione tra "stranieri integrabili e accettabili" e "stranieri non integrabili e non accettabili" nella comunità statale accogliente, alimentando, così, la "stratificazione civica" e portando alla delegittimazione e poi alla progressiva "irregolarizzazione" degli stranieri regolari[2].

Il lavoro illustra inoltre la prospettiva di innovazione dell'Accordo di integrazione, offerta dalla chiave di lettura interpretativa della "solidarietà biunivoca", nella direzione del recupero della bilateralità degli impegni nel rapporto tra Stato e immigrato, affinché gli obblighi di integrazione dello straniero siano effettivamente compensati dalla controprestazione dello Stato volta a sostenere l'integrazione. Infine, si evidenzia l'esigenza di una riforma dell'Accordo nell'ottica della personalizzazione dell'integrazione linguistica in base alle caratteristiche soggettive e agli speciali bisogni degli stranieri vulnerabili, mediante la predisposizione di specifiche e individualizzate misure pubbliche di sostegno all'apprendimento.

2. *L'Accordo di integrazione: quadro normativo di riferimento e ambito di applicazione*

Occorre innanzitutto inquadrare l'istituto giuridico di cui si discute.

L'art. 4-bis del D.lgs 286/98 - introdotto dall'art. 1, co. 25, della l. 15 luglio 2009, n. 94, cd. "Pacchetto Sicurezza", e attuato dal regolamento di cui al

[2] E. GARGIULO, *Un lungo percorso ad ostacoli. Il difficile cammino dei non cittadini verso l'integrazione e la cittadinanza*, in *SocietàMutamentoPolitica*, 2016, vol. VII, n. 13, pp. 310 e 318, disponibile in *https://oajournals.fupress.net/index.php/smp/article/view/10470/10467*

d.P.R. 14 settembre 2011, n. 179[3], prevede la sottoscrizione da parte dello straniero di un Accordo di integrazione, con l'impegno a conseguire specifici obiettivi di integrazione nel periodo di validità del permesso di soggiorno.

In particolare, l'art. 1, co. 2, del d.P.R. n. 179/2011 dispone che gli stranieri di età superiore ai sedici anni, che fanno ingresso per la prima volta nel territorio nazionale, successivamente all'entrata in vigore in data 10 marzo 2012 del medesimo regolamento, sono tenuti a stipulare, in sede di presentazione della richiesta di un permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, l'Accordo di integrazione. Ai sensi dell'art. 2, co. 2, del d.P.R. n. 179/2011, il suddetto accordo, qualora abbia come parte un minore di età compresa tra sedici e diciotto anni, è sottoscritto anche dai genitori o dai soggetti esercenti la potestà genitoriale regolarmente soggiornanti nel territorio nazionale.

Con la stipula dell'Accordo di integrazione, lo straniero si impegna a:

- acquisire un livello adeguato di conoscenza della lingua italiana parlata, equivalente almeno al livello A2 del Quadro comune europeo di riferimento per le lingue;

- acquisire una sufficiente conoscenza dei principi fondamentali della Costituzione italiana e dell'organizzazione e del funzionamento delle istituzioni pubbliche;

- acquisire una sufficiente conoscenza della vita civile in Italia, con particolare riferimento ai settori della sanità, della scuola, dei servizi sociali, del lavoro e degli obblighi fiscali;

- garantire l'adempimento dell'obbligo di istruzione da parte dei figli minori.

L'art. 2, co. 6, del regolamento attuativo dell'Accordo di integrazione, nell'esplicitare la bilateralità del rapporto tra lo straniero e lo Stato italiano[4], dispone che lo Stato si impegna a sostenere il processo di integrazione degli

[3] La disciplina regolamentare è completata dalla circolare congiunta del Ministro dell'Interno e del Ministro per la Cooperazione Internazionale e l'Integrazione n. 21542 del 2 marzo 2012 disponibile in *https://www.meltingpot.org/2012/03/circolare-del-ministero-dellinterno-21542-del-2-marzo-2012/*, nonché da quattro circolari del Ministero dell'Interno, n. 1583 del 5 marzo 2012 disponibile in *https://www.asgi.it/banca-dati/ministero-dellinterno-circolare-5-marzo-2012-n-1583/*, n. 1869 del 7 marzo 2012 disponibile in *https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/22/0176_circolare_Accordo_di_Integrazione.pdf*, n. 6831 del 6 novembre 2012 disponibile in *https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/24/2012_11_08_circolare_06112012_n6831_istruzioni_Accordo_Integrazione.pdf*, e n. 824 del 10 febbraio 2024 disponibile in *https://www.meltingpot.org/2014/02/circolare-del-ministero-dellinterno-n-824-del-10-febbraio-2014/*.

[4] A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, 2018, p. 231.

stranieri attraverso ogni idonea iniziativa in raccordo con le Regioni e gli enti locali[5] che, anche in collaborazione con i centri per l'istruzione degli adulti, possono avvalersi delle organizzazioni del terzo settore e delle organizzazione dei datori di lavoro e dei lavoratori. In particolare, lo Stato assicura allo straniero la partecipazione gratuita ad una sessione di formazione civica e informazione sulla vita civile in Italia.

Nell'art. 2 dell'Allegato A al d.P.R. n. 179/2011 si declina specificamente l'impegno statale nell'Accordo di integrazione, prevedendo che lo Stato garantisce il godimento dei diritti fondamentali e la pari dignità sociale delle persone senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali. Inoltre, si dispone che lo Stato agevola l'accesso alle informazioni, che facilitano gli stranieri nella comprensione dei principali contenuti della Costituzione italiana e dell'ordinamento generale dello Stato, e assicura il rispetto delle norme a tutela del lavoro dipendente, il pieno accesso ai servizi di natura sanitaria e a quelli relativi alla frequenza della scuola dell'obbligo.

In base all'art. 4-bis, co. 3, del D.lgs 286/98, tuttavia, l'attuazione della disciplina sull'Accordo di integrazione deve avvenire «con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». Così pure l'art. 2, co. 6, del d.P.R. n. 179/2011 ribadisce che l'implementazione dell'Accordo deve realizzarsi «nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente», cioè senza risorse aggiuntive. In sostanza, l'applicazione dell'Accordo di integrazione ad opera dello Stato si compie a costo zero[6].

Ai sensi dell'art. 2, co. 5, del d.P.R. n. 179/2011, sull'immigrato grava anche l'obbligo di aderire e osservare la Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione[7], adottata con decreto del Ministro dell'Interno del 23 aprile 2007[8], che si qualifica «come un patto tra cittadini e immigrati in vista di una

[5] L'art. 3, co. 5, del T.U.I. assegna alle Regioni e alle Province autonome il compito di adottare provvedimenti finalizzati a rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti agli stranieri presenti nel territorio dello Stato, con particolare riguardo agli interventi concernenti l'integrazione sociale.

[6] N. Zorzella, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?,* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza,* n. 4/2011, p. 64.

[7] La suindicata Carta è disponibile in *https://www.tuttocamere.it/files/stranieri/Carta_Valori_Cittadinanza.pdf*

[8] Il summenzionato decreto è disponibile in *https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2007-06-15&atto.codiceRedazionale=07A05324&elenco30giorni=false*

integrazione che vuole conciliare il rispetto delle differenze di cultura e di comportamento legittime e positive con il rispetto dei valori comuni», ed enuclea «i principi ispiratori dell'ordinamento e della società italiana nell'accoglienza e regolazione del fenomeno migratorio in un quadro di pluralismo culturale e religioso».

Nel regolamento attuativo dell'Accordo di integrazione il richiamo espresso alla suddetta Carta conferisce, dunque, carattere vincolante all'adesione dello straniero alla stessa[9] e specifica il riferimento generico all'integrazione culturale, contenuto nell'art. 3, co. 3, del D.lgs 286/98, in cui si stabilisce che il documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione delinea gli interventi pubblici volti a favorire «l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone, purché non confliggenti con l'ordinamento giuridico».

3. *L'articolazione dell'Accordo di integrazione per crediti: il c.d. "meccanismo a punti"*

L'Accordo di integrazione è articolato per crediti numericamente proporzionali ai livelli crescenti di conoscenza della lingua italiana, della cultura civica e della vita civile in Italia, delineando, così, un "meccanismo a punti" correlato al conseguimento da parte dell'immigrato degli obiettivi di integrazione.

Il citato art. 2 del d.P.R. n. 179/2011, al co. 3, stabilisce che, all'atto della sottoscrizione dell'Accordo di integrazione, sono assegnati allo straniero sedici crediti, corrispondenti al livello A1 di conoscenza della lingua italiana parlata e al livello sufficiente di conoscenza della cultura civica e della vita civile in Italia.

L'Accordo di integrazione ha la durata di due anni, prorogabile di un altro anno; entro il biennio dalla sottoscrizione dell'accordo, lo straniero deve raggiungere almeno trenta crediti per poter continuare a soggiornare legittimamente sul territorio nazionale[10].

[9] A. GIUFFRIDA, *Il diniego e la revoca del permesso di soggiorno come misure afflittive per la mancata integrazione nella comunità accogliente dello straniero socialmente pericoloso: a margine di Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 6.12.2022, n. 346*, in *Consulta online*, 2023, n. 2, p. 625, disponibile in *https://giurcost.org/contents/media/posts/22752/giuffrida.pdf* ; M.C. LOCCHI, *L'accordo di integrazione tra lo Stato e lo straniero (art. 4-bis T.U. sull'immigrazione n. 286/98) alla luce dell'analisi comparata e della critica al modello europeo di "integrazione forzata"*, in *Rivista AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti)*, n. 1/2012, p. 2, disponibile in *https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Locchi.pdf* .

[10] L'Allegato B al d.P.R. n. 179/2011 contiene una tabella dei crediti riconoscibili in

Tra i vari adempimenti richiesti allo straniero rileva, ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. n. 179/2011 - che ne evidenzia il duplice carattere di diritto ed obbligo per l'immigrato - la partecipazione, entro tre mesi dalla stipula dell'Accordo di integrazione, alla c.d. "Sessione di formazione civica e di informazione sulla vita civile in Italia" presso lo Sportello Unico dell'Immigrazione, che ha una durata non inferiore a cinque e non superiore a dieci ore. La mancata partecipazione a tale sessione determina la perdita di quindici - cioè quasi la totalità - dei sedici crediti acquisiti al momento della sottoscrizione dell'accordo.

La previsione dell'obbligo di partecipazione a tale sessione formativa comporta per lo straniero un notevole sforzo di apprendimento, concentrato in un numero limitato di ore[11] per l'acquisizione in forma sintetica di molteplici conoscenze relative a: diritti e doveri degli stranieri in Italia, facoltà e obblighi inerenti al soggiorno, diritti e doveri reciproci dei coniugi, doveri dei genitori nei confronti dei figli, con particolare riferimento all'obbligo di istruzione[12]. Inoltre, si richiede allo straniero di informarsi sulle iniziative a sostegno del processo di integrazione degli immigrati, a cui egli può accedere nel territorio della provincia di residenza, nonché sulla normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

I sedici crediti iniziali, attribuiti allo straniero all'atto della sottoscrizione dell'Accordo di integrazione, possono poi essere incrementati mediante lo svolgimento di determinate attività, tra le quali l'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale, che consente la scelta del medico di base iscritto nei registri delle ASL e comporta il riconoscimento di quattro crediti.

Ai sensi dell'art. 4, co. 2, del d.P.R. n. 179/2011, i crediti subiscono decurtazioni in caso di: pronuncia di provvedimenti giudiziari di condanna anche non definitivi, che comportano l'arresto o il pagamento di un'ammenda non inferiore a dieci mila euro; applicazione anche non definitiva di misure di sicurezza personali; irrogazione definitiva di una sanzione pecuniaria di importo non inferiore a diecimila euro in relazione a illeciti amministrativi e tributari[13].

relazione alla conoscenza della lingua italiana, alla cultura civica e della vita civile in Italia, che elenca dettagliatamente i comportamenti che danno diritto all'acquisizione dei crediti.

[11] La "Sessione di formazione civica e di informazione sulla vita civile in Italia" consiste, di regola, nella proiezione di due filmati di cinque ore l'uno. Sul punto si veda G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 38, disponibile in *https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2017_Cerrina%20Feroni.pdf*

[12] R. COMPAGNUCCI, *L'Italia di fronte al fenomeno migratorio: l'accordo di integrazione. Sostegno alla condivisione di diritti e doveri (e alla crescita delle opportunità individuali) o mero strumento di politica migratoria (e di controllo della migrazione "marginale")?*, 2014, p. 65, disponibile in *https://culturaprofessionale.interno.gov.it/FILES/docs/1260/26gruppo1.pdf*

[13] La Conferenza unificata, nel parere del 18 novembre 2010 sullo schema di regolamento,

La verifica dell'Accordo di integrazione si conclude con l'assunzione di una delle determinazioni, di seguito esposte.

Qualora il numero dei crediti finali sia pari o superiore a trenta crediti - a patto che siano stati conseguiti il livello A2 della conoscenza della lingua italiana parlata e il livello di sufficienza della conoscenza della cultura civica e della vita civile in Italia - è decretata l'estinzione dell'Accordo di integrazione per adempimento, con il rilascio del relativo attestato.

Nell'ipotesi in cui - decorso anche l'anno di proroga - i crediti sono superiori allo zero ma inferiori ai trenta richiesti, il Prefetto decreta l'inadempimento parziale dell'Accordo di integrazione, del quale - secondo l'art. 6, co. 9, del d.P.R. n. 179/2011 - «l'autorità competente tiene conto per l'adozione dei provvedimenti discrezionali di cui al Testo Unico». Da tale formulazione si desume che l'inadempimento parziale dell'Accordo di integrazione non determina nessuna particolare conseguenza per lo straniero, ma costituisce un ulteriore elemento di valutazione a disposizione della Pubblica Amministrazione per il futuro rinnovo del permesso di soggiorno o per il passaggio da una tipologia a un'altra più stabile di permesso di soggiorno, come, ad esempio, da un permesso di soggiorno a termine ad un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

Ai sensi dell'art. 6, co. 5, lett. c), del d.P.R. n. 179/2011, la perdita integrale dei crediti, cioè la circostanza che al termine dei due anni il numero dei crediti è pari o inferiore a zero, è sanzionata con la revoca o il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, eseguita dal Questore secondo le modalità di cui all'art. 13, co. 4, del T.U.I.[14].

In base all'art. 6, co. 4, del d.P.R. n. 179/2011, l'inadempimento del dovere del genitore di garantire l'obbligo di istruzione da parte dei figli minori, salva la prova di essersi comunque adoperato per garantirne l'adempimento,

che ha portato all'adozione del d.P.R. n. 179/2011, aveva espresso dubbi di legittimità costituzionale sull'ipotesi dell'espulsione conseguente alla decurtazione dei crediti a causa di una condanna non definitiva, osservando che «un provvedimento di assoluzione, sopravvenuto all'espulsione, non potrebbe ripristinare la situazione precedente e dunque la legale presenza dello straniero sul territorio, violando il principio di ragionevolezza della norma *ex* articolo 3 della Costituzione». Il richiamato parere è disponibile in *https://www.meltingpot.org/app/uploads/2010/11/parere26nov2010.pdf*

[14] P. ATTANASIO, *Accordi di integrazione: il punto (critico) della situazione,* in CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS in partenariato con il CENTRO STUDI CONFRONTI (a cura di), *Dossier Statistico Immigrazione 2017*, Roma, 2017, p. 228, in cui si evidenzia che «l'applicazione rigida dell'Accordo di integrazione può portare a conseguenze anche molto gravi per la realizzazione del progetto migratorio, decretandone di fatto la fine».

determina in ogni caso la perdita integrale dei crediti assegnati all'atto della sottoscrizione e di quelli successivamente conseguiti e la risoluzione dell'accordo per inadempimento, con la produzione degli effetti della revoca del permesso di soggiorno o del rifiuto del suo rinnovo e dell'espulsione dello straniero dal territorio nazionale[15].

L'art. 4-bis, co. 2, terzo periodo, del D.lgs 286/98 esclude espressamente l'applicazione delle sanzioni della revoca del permesso di soggiorno e dell'espulsione per gli stranieri titolari di permesso di soggiorno per asilo, per protezione sussidiaria, per i motivi di cui all'art. 32, co. 3, del D.lgs 286/98, per motivi familiari, di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, di carta di soggiorno per familiare straniero di cittadino dell'Unione europea, nonché per gli stranieri titolari di altro permesso di soggiorno che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare.

In definitiva, per le suindicate categorie di migranti la sottoscrizione dell'Accordo di integrazione si configura come una mera facoltà e, anche in caso di stipula, essa non dà luogo ad alcuna verifica da parte della Pubblica Amministrazione. Lo straniero - pur esentato - che sottoscrive l'accordo può, però, usufruire delle misure di integrazione predisposte dalle istituzioni territoriali e avvalersi del medesimo accordo come un ulteriore elemento per progredire nel proprio *status* di immigrato regolarmente residente.

Il d.P.R. n. 179/2011 individua straordinari casi di giustificata esenzione dalla sottoscrizione dell'Accordo di integrazione, che rappresentano un temperamento di carattere solidaristico e umanitario alla logica utilitaristica dell'immigrazione economica, su cui si basa il descritto "meccanismo a punti"[16]. In particolare, l'art. 2, co. 9, del richiamato regolamento stabilisce che non si procede alla stipula dell'Accordo: a) per i minori stranieri non

[15] Da tale disposizione traspare l'esigenza di garantire in maniera particolarmente incisiva l'osservanza dell'obbligo di istruzione dei figli minori, in un'ottica di promozione dell'integrazione dei cd. "stranieri di seconda generazione", che identificano i bambini nati in Italia da genitori immigrati o i ragazzi nati all'estero e giunti nel nostro Paese in tenera età in ragione del progetto migratorio della propria famiglia. Tuttavia, la sanzione dell'espulsione nei confronti del genitore straniero inadempiente appare troppo gravosa, nella misura in cui ha pesanti ripercussioni sui figli minori e vanifica l'avvio di qualsiasi progetto di integrazione. Sul punto si veda R. COMPAGNUCCI, *L'Italia di fronte al fenomeno migratorio: l'accordo di integrazione. Sostegno alla condivisione di diritti e doveri (e alla crescita delle opportunità individuali) o mero strumento di politica migratoria (e di controllo della migrazione "marginale")?*, cit., p. 65.

[16] G. ZINCONE, *Un post scriptum. Eppur si muovono*, in T. CAPONIO (a cura di), *Dall'ammissione all'inclusione: verso un approccio integrato? Un percorso di approfondimento comparativo a partire da alcune recenti esperienze europee*, Rapporto FIERI per CNEL, settembre 2013, p.71, disponibile in *https://media.fupress.com/files/pdf/24/3376/3376_17209* .

accompagnati affidati o sottoposti a tutela, di cui all'art. 2 della l. 4 maggio 1983, n. 184, per i quali esso è sostituito dal completamento del progetto di integrazione sociale e civile, di cui all'art. 32, co.1 bis, del D.lgs 286/98, introdotto dalla l. 30 luglio 2002, n. 189[17]; b) per le vittime della tratta di persone, di violenza o grave sfruttamento, per le quali esso è sostituito dal completamento del programma di assistenza e integrazione di cui all'art. 18 del T.U.I.

Inoltre, l'art. 2, co. 8, del d.P.R. n. 179/2011 stabilisce che non si fa luogo alla stipula dell'Accordo di integrazione ai fini del rilascio del permesso di soggiorno e, se stipulato, esso si intende adempiuto, qualora lo straniero sia affetto da patologie o da disabilità tali da limitare gravemente l'autosufficienza o da determinare gravi difficoltà di apprendimento linguistico e culturale, attestati mediante una certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale.

Parimenti, l'art. 8 del d.P.R. n. 179/2011 ha una portata speciale e derogatoria, nella misura in cui dispone che l'efficacia dell'Accordo di integrazione può essere sospesa o prorogata, su richiesta dello straniero, per il tempo in cui sussista una causa di forza maggiore o un legittimo impedimento al rispetto dello stesso, attestato attraverso idonea documentazione, derivante da gravi motivi di salute o di famiglia, da motivi di lavoro, dalla frequenza di corsi o tirocini di formazione, aggiornamento o orientamento professionale, ovvero da motivi di studio all'estero.

4. *La configurazione dell'Accordo di integrazione come "obbligazione ad integrarsi" a carico dell'immigrato regolarmente soggiornante*

L'articolazione per crediti dell'Accordo di integrazione mostra che esso equivale a una sorta di permesso di soggiorno a "punti", mediante cui si persegue surrettiziamente il controllo dell'immigrazione, dato che non sono

[17] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La condizione giuridica dei minori stranieri*, in C. COTTATELLUCCI (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Torino, 2016, p. 319, in cui si è osservato che, nel sottrarre l'intera categoria dei MSNA dall'obbligo della stipula dell'Accordo di integrazione, questa norma si fonda sull'erroneo presupposto secondo cui ogni minore straniero non accompagnato sarebbe ammesso ad un «progetto di integrazione ampiamente comprensivo pure degli adempimenti previsti dall'accordo di integrazione, rendendolo superfluo […]», rilevandosi, al contrario, che sarebbe stato opportuno obbligare alla frequentazione dei corsi di lingua e cultura italiana i minori di età superiore a quella della frequenza della scuola dell'obbligo e prevedere «modalità diverse da quelle altrimenti previste dalla mediocre disciplina dell'accordo di integrazione» .

prestabilite soltanto le modalità per l'acquisizione dei crediti, che attestino l'avvenuta integrazione dello straniero, ma anche le situazioni che determinano la riduzione dei crediti già ottenuti, e che, in caso di perdita totale dei crediti, possono comportare l'espulsione dello straniero.

Invero, la collocazione della disposizione istitutiva dell'Accordo di integrazione nel Titolo II del D.lgs 286/98, recante "Disposizioni sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio dello Stato", anziché nell'ambito del Titolo V, recante "Disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale", fa sorgere il dubbio che tale norma, piuttosto che finalizzata all'integrazione degli immigrati, sia volta ad introdurre un ulteriore adempimento al quale è condizionato l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale.

L'Accordo di integrazione ha un contenuto antinomico, poiché, nonostante la denominazione formale di "accordo", esso non è il frutto dell'incontro paritario di due volontà, bensì si risolve nell'imposizione da parte dello Stato di determinate regole legittimanti la permanenza dello straniero sul territorio nazionale[18].

L'art. 4-bis, co. 1, del D.lgs 286/98 definisce l'integrazione come «quel processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società». Seppure tale norma offra un riferimento normativo utile per la delimitazione del concetto assai ampio di integrazione[19], tuttavia, la declinazione di tale nozione nella disciplina attuativa dell'Accordo di integrazione si rivela inconsistente[20].

Come è emerso dalla descrizione del funzionamento dell'Accordo di integrazione, il d.P.R. n. 179/2011 individua unilateralmente il percorso di integrazione dello straniero. Si evidenzia, dunque, il contrasto tra il concetto di integrazione, astrattamente evocato nell'art. 4-bis del D.lgs 286/98, la quale è

[18] N. ZORZELLA, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?,* cit., p. 62.

[19] A. GIUFFRIDA, *Il diniego e la revoca del permesso di soggiorno come misure afflittive per la mancata integrazione nella comunità accogliente dello straniero socialmente pericoloso: a margine di Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 6.12.2022, n. 346*, cit., p. 626; M.C. LOCCHI, *L'accordo di integrazione tra lo Stato e lo straniero (art. 4-bis T.U. sull'immigrazione n. 286/98) alla luce dell'analisi comparata e della critica al modello europeo di "integrazione forzata"*, cit., p. 2.

[20] R. COMPAGNUCCI, *L'Italia di fronte al fenomeno migratorio: l'accordo di integrazione. Sostegno alla condivisione di diritti e doveri (e alla crescita delle opportunità individuali) o mero strumento di politica migratoria (e di controllo della migrazione "marginale")?*, cit., p. 30.

intrinsecamente volontaria, e la determinazione ad opera del regolamento attuativo del percorso di integrazione, che, invece, ha carattere autoritativo[21].

L'art. 4-bis del T.U.I., nel prescrivere l'obbligo per lo straniero di sottoscrizione dell'Accordo di integrazione, non provvede a definirne compiutamente la disciplina, rinviando al d.P.R. n. 179/2011 la determinazione dei criteri e delle modalità per la sottoscrizione, i casi straordinari di giustificata esenzione dalla stipula, i contenuti e l'articolazione per crediti, i casi di sospensione dell'accordo, le modalità e gli esiti delle verifiche dell'accordo, e l'istituzione dell'Anagrafe nazionale degli intestatari degli accordi di integrazione.

Il rinvio alla potestà regolamentare, unitamente all'estrema genericità del contenuto precettivo dell'art. 4-bis del D.lgs 286/98, ha tra l'altro portato la dottrina a sollevare dubbi di legittimità costituzionale della disposizione, per violazione della riserva di legge di cui all'art. 10, co. 2, Cost., essendosi il legislatore spogliato del compito di disciplinare la condizione giuridica dello straniero a favore del potere esecutivo/amministrativo[22].

Parimenti, si è evidenziato che l'individuazione dell'ipotesi dell'espulsione, come conseguenza dell'inadempimento dell'Accordo di integrazione, è demandata al potere normativo secondario, in violazione non solo della riserva di legge di cui all'art. 10, co. 2, Cost., a causa dell'ampia discrezionalità concessa all'Amministrazione nella valutazione sul conseguimento degli obiettivi di integrazione da parte dello straniero, ma anche della riserva di cui all'art. 13 Cost, che assegna esclusivamente alla legge il compito di determinare i soli casi e modi in cui è ammessa una restrizione della libertà personale[23].

È vero che il legislatore italiano ha definito la fattispecie dell'Accordo di

[21] N. ZORZELLA, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?,* cit., p. 64.

[22] F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge. I riflessi sulle politiche regionali e locali*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, pp. 253-287; A. PITINO*, Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, cit., p. 228; N. ZORZELLA, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?,* cit., p. 66.

[23] N. ZORZELLA, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?,* cit., pp. 66 e 68.

In ragione dei suesposti profili di illegittimità costituzionale, l'ASGI, per esempio, nel programma di riforme in materia di immigrazione per la legislatura 2013-2018 disponibile in *https://asgi.it/wp-content/uploads/2013/01/2013_completo_manifesto.pdf*, aveva richiesto l'abrogazione della disposizione istitutiva dell'Accordo di integrazione di cui all'art. 4 bis del D.lgs 286/98, allo scopo di assicurare l'effettiva garanzia del diritto dello straniero ad un regolare ingresso e soggiorno.

integrazione sulla falsariga delle esperienze di alcuni Paesi dell'Unione europea, quali Francia e Spagna, facendo propria l'idea di un contratto o di un pubblico impegno che, attraverso un vincolo giuridico obbligatorio, possa favorire l'integrazione individuale. Tuttavia, nella misura in cui l'Accordo veicola un modello di integrazione per legge, sanzionata nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi minimi di integrazione, esso può essere inquadrato come l'ultimo atto di una lunga stagione sociale e politica contraddistinta da una forte connessione tra immigrazione e sicurezza.

L'integrazione non si configura infatti come un obiettivo a cui tendere mediante lo svolgimento di un complesso di attività alle quali la società ospitante dovrebbe contribuire, ma piuttosto come un onere posto, talora interamente, a carico del migrante, al punto che si è parlato di Accordo «stonato»[24], in quanto fortemente sbilanciato a svantaggio dello straniero.

Con l'Accordo di integrazione sembra in altre parole realizzarsi un'"integrazione forzata", dato che l'ingresso e la permanenza sul territorio nazionale vengono subordinati al conseguimento di un determinato grado di integrazione, nell'ottica secondo cui il riconoscimento della condizione giuridica di straniero e di un catalogo di diritti sia un premio da meritare[25].

L'Accordo di integrazione costituisce in sostanza un meccanismo di selezione degli immigrati, mascherato dalla retorica dell'integrazione, dato che il suo vero fine «non è includere effettivamente i nuovi arrivati nella società italiana, ma scegliere i più adatti - e i più utili - a rimanervi»[26].

L'istituzionalizzazione, tramite l'accordo, di un modello legale di integrazione determina uno snaturamento del graduale e spontaneo processo di radicamento dello straniero sul territorio ospitante, traducendosi in un'"obbligazione ad integrarsi" a carico dello straniero regolarmente soggiornante[27].

[24] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Entra in vigore l'accordo (stonato) di integrazione*, in *Gli Stranieri*, 2012, n. 3.

[25] V. CARBONE, E. GARGIULO, M. RUSSO SPENA, *Tra Piani, Accordi e discorsi morali e securitari: la via italiana alla civic integration*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, p. 409, disponibile in *https://series.francoangeli.it/index.php/oa/catalog/view/553/358/2674*; V. PIERGIGLI, *Integrazione linguistica e immigrazioni. Approcci e tendenze nel diritto comparato europeo*, in *federalismi.it*, n. 22/2013, p. 3, disponibile in *https://media.fupress.com/files/pdf/24/3376/3376_17209*

[26] E. GARGIULO, *Integrazione o esclusione? I meccanismi di selezione dei non cittadini tra livello statale e livello locale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2014 pp. 61-62.

[27] M. MICHETTI, *L'integrazione degli stranieri*, in *dirittifondamentali.it,* n. 3/2020, p. 381, disponibile in *https://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/11/Michetti-L%E2%80%99integrazione-degli-stranieri.pdf*

L'Accordo di integrazione è, dunque, «sintomatico della volontà di tematizzare l'integrazione come obbligo e non come diritto»[28].

In proposito, si è non a caso osservato che «i termini del nesso tra inclusione giuridica e integrazione sociale sostanziale si sono […] invertiti: l'accesso ad un soggiorno progressivamente più stabile non è più inteso come pre-condizione necessaria all'acquisizione di una dimestichezza crescente con il contesto, anche culturale, di accoglienza e all'inserimento socio-economico, ma questi ultimi requisiti sono bensì utilizzati come strumenti di selezione degli aspiranti migranti, residenti, cittadini»[29].

L'Accordo di integrazione sarebbe quindi espressione di un approccio al processo di inclusione degli stranieri definito "*civic integration*", che mira al disciplinamento della popolazione migrante e si fonda su misure volte a "preservare" le comunità nazionali dagli effetti dell'immigrazione, quali test di alfabetizzazione e di lingua, sessioni di formazione civica e prove di conoscenza della Costituzione, che sono concepiti come strumenti di controllo degli ingressi degli immigrati nel Paese ospitante[30].

Nella visione della *civic integration* si prevede che la differenza culturale tra "autoctoni" e "nuovi arrivati", intesa come assoluta e irriducibile, debba essere contenuta, attribuendo agli immigrati l'obbligo di conoscere e di aderire ai princìpi fondanti dell'ordinamento del Paese di arrivo, perseguendo così lo scopo di rendere i non cittadini "normali", ossia conformi a una norma morale e comportamentale e selezionando altresì tra gli stranieri i più "integrabili culturalmente"[31]. In questa prospettiva, l'integrazione si configura

[28] C. CORSI, *Da stranieri a cittadini. Linee di un percorso italiano*, in G. CERRINA FERRONI, V. FEDERICO (a cura di), *Società multiculturali e percorsi di integrazione*, Firenze, 2017, p. 45, disponibile in *https://media.fupress.com/files/pdf/24/3376/3376_17209*; nel medesimo senso si veda A. GIUFFRIDA, *L'accordo di integrazione: ricostruzione dogmatica dell'istituto e profili di dubbia costituzionalità,* in *Giustamm.it*, 2016, n. 1, pp. 1 ss.; G. MILANI, *Cittadinanza e integrazione. L'influenza del diritto comparato sulla disciplina italiana e sulle proposte di riforma*, in *federalismi.it,* n. 4/2018, p. 9, disponibile in *https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=35752&content=&content_author=*

[29] M.C. LOCCHI, *L'accordo di integrazione tra lo Stato e lo straniero (art. 4-bis T.U. sull'immigrazione n. 286/98) alla luce dell'analisi comparata e della critica al modello europeo di "integrazione forzata"*, cit., p. 11; Nel medesimo senso si veda L. GALLI, *La spinta gentile all'integrazione: cosa c'è oltre il dovere di integrarsi e di integrare?, ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, Maggio 2021, p. 2, disponibile in *https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2021/05/ADiM-Blog-Maggio-2021-AnalisiOpinioni-L.pdf*

[30] L. GALLI, *Rethinking Integration Contracts. The role of administrative law in building an intercultural society*, cit., pp. 31-32.

[31] V . CARBONE, E. GARGIULO, M. RUSSO SPENA, *Tra Piani, Accordi e discorsi morali e securitari: la via italiana alla civic integration*, cit., p. 395.

come un processo "meritocratico", attraverso il quale gli immigrati devono dimostrare di "civilizzarsi", al punto da raggiungere un livello sufficiente di "assimilazione" e da poter, così, ricevere una "patente di avvenuta integrazione"[32].

5. *L'"edulcorazione" dell'Accordo di integrazione per ragioni di semplificazione burocratica e la sua inefficacia come strumento di politica per l'integrazione*

L'irrilevanza strategica dell'Accordo di integrazione ai fini delle politiche di integrazione degli stranieri, in termini di efficacia[33], si evince dai dati dell'Anagrafe nazionale degli intestatari dell'Accordo, che attestavano che a metà 2019 i sottoscrittori dell'Accordo erano 340.000[34] e che mostravano - a dieci anni dalla sua introduzione - un'implementazione piuttosto debole dell'istituto. L'Accordo di integrazione si è andato via via configurando come un patto «sfumato»[35] dal buon senso amministrativo, disvelandone l'originario intento demagogico, volto a ostentare la capacità di governo delle migrazioni economiche e di rassicurazione degli autoctoni[36].

La complessa architettura dell'Accordo di integrazione ha richiesto cospicui interventi di regolazione ad opera delle circolari amministrative, che hanno specificato l'ambito applicativo dell'istituto, chiarendo le categorie di stranieri regolarmente residenti - e quindi le tipologie di permessi di soggiorno - soggette all'accordo e semplificando la certificazione degli atti comprovanti le

[32] C. Di Maio, *Riflessioni critiche sull'accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato italiano*, in *Diritti Comparati*, 29 marzo 2012, p. 1, disponibile in https://www.dirittocomparati.it/brevi-riflessioni-sullaccordo-di-integrazione-tra-lo-straniero-e-lo-stato-italiano/?print-posts=pdf ; F. Della Puppa, E. Gargiulo, M. Semprebon, *Per una critica delle politiche migratorie italiane: fare ricerca, prendere posizione*, in N. Martorano, M. Prearo (a cura di), *Migranti LGBT, Pratiche, Politiche e contesti di accoglienza*, Pisa, 2020, p. 187, disponibile in *https://iris.unive.it/retrieve/e4239ddd-d1a8-7180-e053-3705fe0a3322/007-DellaPuppa-et-al.pdf.*

[33] P. Morozzo della Rocca, *La clausola di inesigibilità del requisito della lingua nel diritto dell'immigrazione della cittadinanza*, in *federalismi.it*, n. 3/2024, pp. 421-422, disponibile in *https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2024_15_Morozzo.pdf* .

[34] Al 31 dicembre 2014 il numero degli intestatari degli Accordi di Integrazione ammontava a 188.724 e al 21 marzo 2016 il totale degli accordi sottoscritti era 243.049.

[35] V. Carbone, M. Russo Spena, *L'Accordo di integrazione: un «patto» che va sfumando*, in *Osservatorio Romano sulle Migrazioni,* XI Rapporto, Roma, 2016, pp. 89-98.

[36] N. Zorzella, *Il dovere di integrarsi secondo la legge*, in M. Russo Spena, V. Carbone, *Il dovere di integrarsi. Cittadinanze oltre il* logos *multiculturalista*, Roma, 2014, pp. 121-144.

competenze di integrazione[37]. Dai dati del 2019, relativi agli Accordi di integrazione "chiusi per esenzione", ai casi di "mancato rinnovo del permesso di soggiorno per perdita integrale dei crediti", e a quelli di "rinuncia" e "secondo ingresso", è emerso che essi coprivano il 70% del totale degli accordi. Nell'ambito della platea degli immigrati che avevano intrapreso il percorso di integrazione, nel 2019 gli accordi "adempiuti" erano meno del 2%, a cui si sommavano quelli "adempiuti parzialmente", pari al 3%, e gli accordi "prorogati per verifica", che ammontavano all'1,5%. Ciò denota che nel tempo sono divenuti esigui i numeri degli stranieri realmente obbligati a conseguire gli obiettivi di integrazione[38].

La necessità di semplificazione burocratica ha portato all'"edulcorazione" dell'Accordo di integrazione, in quanto l'Amministrazione, rallentata dagli onerosi adempimenti correlati alla gestione dell'Accordo di integrazione, ne ha progressivamente ridotto l'ambito soggettivo di applicazione, evidenziando la «sostanziale inefficacia dello strumento, poiché le politiche integrazionistiche si realizzano con l'impiego di altri dispositivi di governo, controllo, selezione»[39].

Allo stato attuale, sono esonerati dall'obbligo di sottoscrizione dell'Accordo di integrazione i soggetti titolari del permesso di soggiorno per investitori, per la durata complessiva di cinque anni a decorrere dal primo rilascio, ai sensi dell'art. 26-bis, co. 5-bis, del D.lgs 286/98, i richiedenti la cd. "carta blu"[40], ai sensi dell'art. 27-quater del T.U.I., nonché i detentori di altri titoli di soggiorno per lavoro o per ricerca non contemplati dall'art. 5 del T.U.I. e gli stranieri che entrano in Italia per lavoro stagionale e per soggiorni brevi, essendo in questi casi la durata del relativo permesso inferiore ad un anno.

[37] Con la circolare n. 824 del 10 febbraio 2014 il Ministero dell'Interno ha comunicato che gli Sportelli Unici per l'Immigrazione non avrebbero dovuto procedere alla verifica dell'adempimento dell'accordo, per ragioni di semplificazione e di economicità, per i sottoscrittori titolari di un permesso di soggiorno per motivi familiari o nei confronti dei quali fosse stato rilasciato un nulla osta per ricongiungimento familiare, in quanto per essi era esclusa, in caso di inadempimento dell'accordo, l'applicazione della sanzione della revoca del permesso di soggiorno e dell'espulsione.

[38] E. CESARINI, *Accordo di integrazione: esperienze europee a confronto*, in M. RUSSO SPENA, V. CARBONE (a cura di), *Il dovere di integrarsi. Cittadinanze oltre il* logos *multiculturalista*, Roma, 2014, pp. 145 e 159, in cui si sottolinea con riguardo all'Accordo di integrazione che «l'esperienza italiana si colloca a valle di un processo espansivo che appare attualmente in fase di contrazione», avendo esaurito la sua spinta propulsiva.

[39] V. CARBONE, E. GARGIULO, M. RUSSO SPENA, *Tra Piani, Accordi e discorsi morali e securitari: la via italiana alla civic integration*, cit., p. 401.

[40] I lavoratori altamente qualificati titolari di carta blu UE devono sottoscrivere l'Accordo di integrazione, solo qualora la durata della loro permanenza nel territorio nazionale sia superiore a trecentosessantacinque giorni.

Nella prassi sono stati esentati dall'Accordo di integrazione gli stranieri già presenti sul territorio nazionale, che abbiano volontariamente lasciato l'Italia prima della scadenza del loro precedente permesso di soggiorno, per poi farvi ritorno in un momento successivo con un nuovo visto d'ingresso. Nella Circolare del Ministero dell'Interno-Dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione n. 5218 del 30 settembre 2015[41] si precisa che, in caso di ingressi in Italia successivi al primo, che comportino nuove richieste di permesso di soggiorno, non dovranno prevedersi ulteriori sottoscrizioni dell'Accordo di integrazione, che, ove non sia stato chiuso per altri motivi, dovrà essere archiviato.

L'elencazione dei soggetti esentati per legge o in via di prassi dalla stipula dell'Accordo di integrazione mostra un depotenziamento dell'istituto, la cui applicazione risulta, di fatto, limitata agli immigrati che entrano in Italia per lavoro e agli studenti stranieri, i quali, mediante la frequenza di un anno accademico e il superamento di due verifiche di profitto, possono acquisire trenta crediti, cioè raggiungere la soglia per l'adempimento dell'Accordo.

Nel Rapporto dell'ISTAT "Vita e percorsi di integrazione degli immigrati in Italia" del 2018[42] si è evidenziato che l'introduzione di obblighi di integrazione ad opera dell'Accordo di integrazione, come l'apprendimento della lingua, l'acquisizione di un lavoro stabile, la conoscenza dei principi dell'ordinamento giuridico, non ha impattato in modo particolarmente positivo sugli indici di inclusione degli stranieri, i quali presentano ancora livelli insoddisfacenti di conoscenza dell'italiano, un frequente declassamento nella qualità del proprio lavoro prima e dopo l'emigrazione, condizioni abitative spesso inadeguate.

Le sanzioni previste per l'inadempimento dell'Accordo di integrazione (la revoca o il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno e l'espulsione) appaiono scarsamente efficaci ed efficienti, non solo in quanto incapaci di operare nei confronti delle categorie numericamente più consistenti di stranieri presenti sul territorio nazionale (richiedenti protezione internazionale e titolari di permessi per ricongiungimento familiare), la cui permanenza è garantita dal diritto internazionale ed europeo, ma anche in quanto dispendiose e difficili da attuare[43].

L'implementazione dell'Accordo di integrazione presenta notevoli

[41] La suindicata circolare è disponibile in *https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/10/2015_Ministero_Interno_30_sett_accordo_integrazione.pdf.*

[42] ISTAT, *Vita e percorsi di integrazione degli immigrati in Italia*, Roma, Edizione 2018, data di pubblicazione 17 maggio 2019, pp. 1-414, disponibile in *https://www.istat.it/wp-content/uploads/2019/05/Vita-e-percorsi.pdf.*

[43] L. GALLI, *La spinta gentile all'integrazione: cosa c'è oltre il dovere di integrarsi e di integrare?,* cit., p. 2.

criticità dato che, come si è visto, esso finisce per tramutare diritti sociali, o almeno finalità pubbliche che richiedono attuazione legislativa, in obblighi pesantemente sanzionati a carico dello straniero, dando poco spazio alle variabili soggettive[44] e trascurando le difficoltà di realizzazione del processo di integrazione[45].

Inoltre, l'Accordo di integrazione si fonda sull'erroneo presupposto che i servizi predisposti per consentire al migrante l'acquisizione dei crediti siano organizzati dallo Stato e dagli enti territoriali con una capillare distribuzione sull'intero territorio nazionale e con standard di efficacia e qualità omogenei[46]. Nell'Accordo non si soppesa, perciò, adeguatamente il rischio che l'integrazione risulti inefficace, qualora non siano debitamente considerate le specificità territoriali.

In sostanza, l'Accordo di integrazione si rivela un istituto di scarsa utilità[47], dato che esso non funge da parametro per la valutazione dell'effettività del processo di integrazione e per il monitoraggio dei risultati delle politiche di integrazione e, quindi, non è in grado di assumere il ruolo di indicatore del successo del percorso migratorio e della capacità degli immigrati di inserirsi professionalmente e socialmente nella comunità italiana[48].

6. *L'Accordo di integrazione come forma di "discriminazione istituzionale" nei confronti dello straniero: l'eterogenesi dei fini*

Non basta. L'Accordo di integrazione, anziché prevenire ogni manifestazione di discriminazione istituzionale, secondo il mandato dell'impegno statale sancito dall'art. 2 dell'All. A al d.P.R. n. 179/2011, si è tradotto, con un'eterogenesi dei fini e paradossalmente, in una forma di «discriminazione istituzionale»[49] nei confronti dello straniero. La logica discriminatoria, che

[44] R.T. Di Rosa, *Politiche, servizi e migranti: questioni aperte sull'integrazione*, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, n. 1/2017, pp. 124-125, disponibile in *https://www.futura-editrice.it/wp-content/uploads/2019/10/RPS-1-2017-Di-Rosa.pdf*

[45] F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Diritto e immigrazioni*, Bologna, 2022, pp. 216-217.

[46] R.T. Di Rosa, *Politiche, servizi e migranti: questioni aperte sull'integrazione*, cit., p. 125.

[47] C. Corsi, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti)*, n. 1/2018, p. 27, disponibile in *https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2018_Corsi.pdf* .

[48] C. Corsi, *Da stranieri a cittadini. Linee di un percorso italiano*, cit., p. 45.

[49] P. Cuttitta, *L'accordo di integrazione come caso di discriminazione istituzionale in Italia*, in M. Grasso (a cura di), *Razzismi, discriminazioni e confinamenti*, 2013, Roma, pp. 257 ss.,

permea l'Accordo di integrazione, emerge dal meccanismo di acquisizione di crediti su cui esso si fonda.

Allo straniero che frequenta con profitto percorsi di istruzione per adulti, corsi di istruzione secondaria superiore o di istruzione e formazione professionale sono riconosciuti da quattro a trenta crediti. Ancora più meritevole è considerato lo straniero che frequenta con profitto corsi di studi universitari o di alta formazione, a cui sono assegnati da trenta a cinquanta crediti. L'immigrato, che consegue titoli di studio aventi valore legale in Italia, è premiato poi con un minimo di trentacinque crediti per un diploma di qualifica professionale e un massimo di sessantaquattro punti per il titolo di dottore di ricerca.

Risulta evidente come alcune circostanze, che comportano l'attribuzione di punti nell'Accordo di integrazione, presuppongano una condizione personale di partenza particolare, nel senso che per frequentare un dottorato di ricerca bisogna essere laureati, per frequentare un corso di laurea bisogna avere completato un percorso di istruzione secondaria superiore e, in entrambi i casi, è necessario disporre di risorse economiche sufficienti.

Altrettanto particolari devono essere le condizioni personali per l'assegnazione di sei crediti allo straniero che sottoscrive, registra e trascrive contratti di locazione pluriennale o acquista un immobile a uso abitativo o certifica l'accensione di un mutuo a tale scopo. Nel regolamento attuativo dell'Accordo di integrazione si sottintende l'idea che una condizione legittima, non punita dalla legge, quale quella di essere per scelta o necessità, nomade o senza fissa dimora, debba essere discriminata rispetto a chi acquisti o prenda in affitto un immobile per risiedervi.

Sono, altresì, assegnati allo straniero quattro crediti per lo svolgimento di attività economico-imprenditoriale e, addirittura, cinquantaquattro per l'attività di docenza universitaria. Ciò appare discutibile, poiché la semplice circostanza di svolgere un'attività lavorativa diversa dal lavoro subordinato equivale ad un trattamento privilegiato rispetto a quello riservato appunto a un lavoratore subordinato, che identifica una categoria di stranieri, per la quale non è riconosciuto nessun credito aggiuntivo e che, quindi, si considera meno integrata "a prescindere"[50].

L'effettuazione di attività di volontariato presso associazioni, iscritte nei pubblici registri o che svolgono attività di promozione sociale, comporta l'attribuzione allo straniero di quattro crediti. Per il conferimento di onorificenze

disponibile in *https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/928368/cuttitta.integrazione.in.grasso.pdf*

[50] IVI, p. 270.

della Repubblica Italiana e di benemerenze pubbliche sono poi assegnati all'immigrato fino a otto crediti.

Nell'Allegato B al d.P.R. n. 179/2011, la Tabella dei crediti riconoscibili mostra plasticamente la desiderabilità sociale dello straniero che l'Italia è disposta ad accogliere: egli deve avere un elevato livello di istruzione e formazione professionale, possedere un'abitazione presa in locazione o acquistata, svolgere attività imprenditoriali e, quindi, essere un soggetto economicamente produttivo, meglio se dedito al volontariato per il bene comune e degno di benemerenze e onorificenze pubbliche.

In sostanza, chi è ricco, istruito, sedentario, docente universitario o imprenditore è avvantaggiato rispetto a chi è povero, ignorante, nomade o operaio, dato che può guadagnare punti, seguendo corsi di studio, laureandosi, registrando un contratto di locazione, certificando di aver acquistato un immobile a uso abitativo o di aver acceso un mutuo a tal fine, o semplicemente in virtù dell'attività lavorativa svolta[51].

In definitiva, il meccanismo di acquisizione dei crediti nell'Accordo di integrazione evidenzia come la posizione di subalternità, che caratterizza gli immigrati, anche regolarmente residenti, si ripercuota negativamente, in termini di maggiore fragilità sociale, sulle dinamiche dell'integrazione[52].

Parimenti, la tabella dei crediti decurtabili di cui all'Allegato C del d.P.R. n. 179/2011, nell'indicare le fattispecie dalle quali può derivare la perdita integrale dei crediti, che è sanzionata con la revoca o il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno e l'espulsione, descrive icasticamente la condizione di precarietà dello straniero anche regolarmente soggiornante sul territorio nazionale.

7. *La clausola di inesigibilità del requisito di conoscenza della lingua italiana per gli stranieri vulnerabili e la mancanza di ambizione dell'Accordo di integrazione in ordine all'integrazione linguistica*

Nell'art. 2, co. 8, del d.P.R. n. 179/2011 è prevista un'espressa clausola di inesigibilità del requisito di conoscenza della lingua italiana per gli stranieri disabili o affetti da gravi patologie, per i quali è disposta l'esenzione

[51] IVI, p. 271.

[52] P. DE NARDIS, *Per una nuova "integrazione"*, in Centro Studi e Ricerche IDOS in partenariato con il Centro Studi Confronti (a cura di), *Dossier Statistico Immigrazione 2024,* Editoriale, Roma, 2024, p. 181.

dall'Accordo di integrazione e, nel caso di sottoscrizione dello stesso, è presunto l'adempimento anche in ordine al conseguimento degli obiettivi di integrazione linguistica.

La disciplina attuativa dell'Accordo di integrazione, nella misura in cui è volta a confermare un diritto di soggiorno temporaneo in capo a stranieri appena giunti in Italia, ai quali tale diritto è stato riconosciuto in via preliminare con l'autorizzazione all'ingresso per lavoro, tiene conto delle diverse difficoltà di apprendimento linguistico derivanti dal profilo soggettivo dell'interessato. In particolare, si segnala che non è richiesta la certificazione di abilità nella lingua scritta ma solo in quella orale, consentendo, in tal modo, anche agli stranieri analfabeti di certificare la conoscenza della lingua italiana[53].

Tuttavia, il risultato finale prodotto non è quello di garantire comunque, in considerazione delle particolari caratteristiche soggettive dell'interessato, un percorso di integrazione linguistica, predisponendo misure pubbliche di sostegno all'apprendimento, ma di estromettere dall'ambito applicativo dell'Accordo di integrazione gli stranieri vulnerabili, quali quelli affetti da patologie o portatori di disabilità[54], la cui inclusione necessiterebbe dell'investimento di risorse *ad hoc* destinate, che sono, però, assenti in ragione della clausola di invarianza finanziaria prevista dall'art. 4-bis, co. 3, del D.lgs 286/98 e dall'art. 2, co. 6, del d.P.R. n. 179/2011.

L'Accordo di integrazione è, dunque, caratterizzato dall'assenza di ambizione in ordine all'integrazione linguistica[55], discostandosi, sotto questo profilo, dall'analogo istituto francese del *contrat d'accueil,* a cui il legislatore italiano si è ispirato ma non completamente conformato, che è contraddistinto dalla determinazione "contrattuale" di percorsi individualizzati di integrazione, definiti sulla base della posizione di partenza dell'interessato.

Nell'Accordo, l'obiettivo di integrazione linguistica si qualifica come "dovere di apprendimento della lingua ufficiale da parte degli immigrati" in funzione dell'integrazione sociale[56], mostrando come in Italia le politiche pubbliche si limitino a concepire la conoscenza della lingua italiana come un dovere individuale o, comunque, un onere lasciato alla capacità dei singoli di assolverlo.

[53] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La clausola di inesigibilità del requisito della lingua nel diritto dell'immigrazione della cittadinanza*, cit., p. 422.

[54] IVI, p. 423.

[55] IVI, p. 423.

[56] G. POGGESCHI, *Diritti linguistici (la lingua come strumento del diritto e la lingua quale oggetto della regolamentazione giuridica) in Digesto delle Discipline Pubblicistiche (aggiornamento*), Torino, 2015, p. 107.

L'integrazione linguistica è, cioè, intesa come un'obbligazione di mezzi o di risultato da adempiere da parte del migrante[57], indipendentemente da un sostegno all'apprendimento che tenga conto degli speciali bisogni del soggetto interessato.

Appare invece necessaria una radicale rivisitazione delle politiche relative all'integrazione linguistica, nel presupposto che l'interesse prioritario dello straniero regolarmente residente non è potersi avvalere di clausole legali di inesigibilità, bensì essere sostenuto nell'apprendimento della lingua e, più in generale, nel processo di integrazione sociale secondo le sue potenzialità[58].

Pertanto, la corretta risposta dell'ordinamento giuridico alla mancata padronanza della lingua italiana da parte dello straniero regolarmente residente «non sta nella rinuncia ad una pretesa di integrazione, […] ma nella protezione contro la discriminazione»[59], la quale consiste sia nel diritto di essere messi in grado di conoscere la lingua italiana, nel rispetto dell'art. 3, co. 2, Cost., sia nel diritto di non subire pregiudizi nei casi in cui la conoscenza della lingua italiana non sia nella propria ragionevole sfera di possibilità, nell'osservanza dell'art. 3, co. 1, Cost.

D'altra parte, la lingua potrebbe fungere da anello di congiunzione tra le diverse esigenze della società multiculturale contemporanea, in quanto, da un lato, l'apprendimento della lingua da parte degli immigrati costituisce uno strumento imprescindibile per favorire la loro integrazione sociale[60], dall'altro, l'integrazione rappresenta il mezzo più efficace per garantire la tenuta sociale delle comunità di accoglienza[61].

L'integrazione, a cominciare da quella linguistica, non è un requisito valutabile in modo istantaneo o misurabile attraverso un test, bensì è un processo interattivo e graduale[62], che deve concretamente realizzarsi nel Paese di

[57] V. PIERGIGLI, *Integrazione linguistica e immigrazioni. Approcci e tendenze nel diritto comparato europeo*, cit., p. 3.

[58] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La clausola di inesigibilità del requisito della lingua nel diritto dell'immigrazione della cittadinanza*, in *federalismi.it*, cit., p. 416.

[59] IVI, pp. 416-417.

[60] V. CARBONE, M. RUSSO SPENA, *Management delle migrazioni, regimi discorsivi culturalisti e politiche di* workfare, in V. CARBONE, E. GARGIULO, M. RUSSO SPENA (a cura di), *I confini dell'inclusione. La* civic integration *tra selezione e disciplinamento dei corpi migranti*, Roma, 2018, pp. 85-137.

[61] G. MILANI, *Cittadinanza e integrazione. L'influenza del diritto comparato sulla disciplina italiana e sulle proposte di riforma*, cit., p. 21.

[62] V. PIERGIGLI, *Integrazione linguistica e immigrazioni. Approcci e tendenze nel diritto comparato europeo*, cit., p. 23.

immigrazione, svilupparsi nella pratica quotidiana e ricevere il supporto delle strutture di accoglienza[63].

8. *La necessità di ripensare l'Accordo di integrazione in un'ottica di reciprocità degli impegni tra lo Stato e l'immigrato in una prospettiva di "solidarietà biunivoca"*

L'Accordo di integrazione, unitamente al contratto di soggiorno, riflette, come visto, un approccio securitario, coerente con il "Piano per l'integrazione nella sicurezza. Identità e incontro" del 2010[64], in cui, al di là della proclamazione ideologica del titolo, appare evidente una visione dell'integrazione marcatamente a senso unico, che si risolve nella formula «straniero *versus* collettività».

Con l'istituto in esame si delinea un processo che, anziché negoziale, cioè basato sulla reciprocità degli obblighi, appare unidirezionale, che va dallo straniero verso lo Stato[65], sembrando più orientato a proteggere i cittadini italiani che ad offrire agli immigrati concrete opportunità per diventare una parte attiva all'interno della comunità statale[66], mediante interventi di promozione sociale di medio-lungo periodo[67].

Occorrerebbe recuperare la reciprocità degli obblighi dell'Accordo di integrazione nel senso della "sinallagmaticità"[68], in conformità con la

[63] G. MILANI, *Ius linguae e status civitatis: verso un nuovo paradigma della cittadinanza italiana?, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* n. 2/2019, p. 113, disponibile in *https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-2-2019-1/396-ius-linguae-e-status-civitatis-verso-un-nuovo-paradigma-della-cittadinanza-italiana/file*; A. RICCI, *L'integrazione dei rifugiati nell'UE: lacune politiche, indicatori quantitativi e impatto economico*, in B. COCCIA, L. DI SCIULLO (a cura di), *L'integrazione dimenticata. Riflessioni per un modello italiano di convivenza partecipata tra immigrati e autoctoni*, Roma, luglio 2020, p. 74, disponibile in https://media.fupress.com/files/pdf/24/3376/3376_17209 .

[64] Il suindicato Piano è disponibile in *https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/19/0538_Pianointegrazionesicurezzaidentitaincontro.pdf*

[65] V. CARBONE, E. GARGIULO, M. RUSSO SPENA, *Tra Piani, Accordi e discorsi morali e securitari: la via italiana alla civic integration*, cit., p. 398.

[66] A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, cit., p. 226.

[67] F. CAMPOMORI, *Le politiche per l'integrazione degli immigrati: tra retorica e realtà*, 2015, disponibile in *https://www.treccani.it/enciclopedia/le-politiche-per-l-integrazione-degli-immigrati-tra-retoriche-e-realta_%28L%27Italia-e-le-sue-Regioni%29/*

[68] R. COMPAGNUCCI, *L'Italia di fronte al fenomeno migratorio: l'accordo di integrazione.*

qualificazione espressa dello stesso come "contratto a prestazioni corrispettive"[69], contenuta nella circolare del Ministero dell'Interno n. 21542 del 2 marzo 2012.

Sarebbe necessario inquadrare l'Accordo di integrazione nella prospettiva della «solidarietà biunivoca»[70], che postula una reciprocità degli impegni a carico di entrambe le parti che sottoscrivono tale patto, ovvero lo Stato e l'immigrato[71]. Il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost.[72], implica una potenziale bilateralità degli impegni, essendo tale dovere imputabile tanto a carico della comunità statale accogliente (in misura senz'altro maggiore, ma non esclusiva), quanto a carico dello straniero che aspiri all'integrazione, al quale si richiede una partecipazione attiva e una responsabilizzazione individuale.

In questa prospettiva, l'adempimento dei doveri costituzionali può offrire all'immigrato una via di integrazione[73]. Invero, lo straniero è soggetto ai doveri costituzionali, che vengono imposti mediante la sottoscrizione dell'Accordo di integrazione e l'adesione alla Carta dei valori, della cittadinanza e

Sostegno alla condivisione di diritti e doveri (e alla crescita delle opportunità individuali) o mero strumento di politica migratoria (e di controllo della migrazione "marginale")?, cit., p. 61.

[69] L. RESTUCCIA, *Solidarietà e integrazione: una lettura rinnovata della giustizia sociale*, in *Comparative Law Review*, 2024 Special Issue, Vol. 15, n. 1, pp. 21-34, disponibile in *https://comparativelawreview.giurisprudenza.unipg.it/index.php/comparative/article/view/296/233*, in cui si inquadra l'Accordo di integrazione nell'ambito del fenomeno della "contrattualizzazione dell'integrazione" dello straniero in Italia.

[70] A. GIUFFRIDA, *Il diniego e la revoca del permesso di soggiorno come misure afflittive per la mancata integrazione nella comunità accogliente dello straniero socialmente pericoloso: a margine di Tar Emilia-Romagna*, *Parma, sez. I, 6.12.2022, n. 346*, cit., p. 630.

[71] L. GALLI, *Rethinking Integration Contracts. The role of administrative law in building an intercultural society*, cit., p. 34, in cui, con riguardo all'esigenza di recuperare il consenso dello straniero nell'Accordo di integrazione, si indaga sulla possibilità di «dimostrare l'ammissibilità di una struttura dialogica sulla quale costruire un'effettiva relazione collaborativa tra la Pubblica Amministrazione e i nuovi arrivati che sia in grado di supportare un complesso sistema di obblighi e diritti […]».

[72] L'art. 2 Cost. stabilisce una stretta connessione tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà e, quindi, tra il principio personalista e il principio di solidarietà, che, come affermato da Corte Cost., sentenza del 10 maggio 1999, n. 172 disponibile in *https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/1999/172*, riguarda anche gli stranieri, prescindendo la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo e l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà dal legame stretto di cittadinanza.

[73] F. BIONDI DAL MONTE, *La condizione giuridica dello straniero. Alcune chiavi di lettura*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa, 2020, p. 56, disponibile in *https://www.iris.sssup.it/retrieve/dd9e0b32-4728-709e-e053-3705fe0a83fd/Diritti%20oltre%20frontiera.pdf* .

dell'integrazione, facendo della Costituzione non soltanto la fonte su cui si basa il processo di integrazione degli immigrati nella comunità nazionale, ma anche la condizione che rende possibile tale integrazione[74].

Il rafforzamento della reciprocità degli obblighi dell'Accordo di integrazione, in termini di "solidarietà biunivoca", consentirebbe poi di allinearne il contenuto alla definizione di integrazione, elaborata nei Principi Fondamentali Comuni della Politica d'Integrazione degli immigrati nell'Unione Europea[75], secondo cui essa è «un processo dinamico e bilaterale di adeguamento reciproco da parte di tutti gli immigrati e di tutti i residenti degli Stati membri dell'Unione Europea», in cui è cruciale «l'accesso degli immigrati alle istituzioni e servizi pubblici e privati, su un piede di parità con i cittadini nazionali».

9. *La sottoscrizione digitale dell'Accordo di integrazione nei Decreti Flussi 2025 e 2026-2028: la prevalenza di un approccio procedimentale su quello sostanziale alla questione dell'integrazione degli stranieri regolarmente residenti*

Nel quadro finora descritto si inseriscono recenti novità che forniscono ulteriori spunti di riflessione. L'art. 4-bis, co. 2, secondo periodo, del D.lgs 286/98, come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. b), del d.l. 11 ottobre 2024, n. 145, convertito nella l. 9 dicembre 2024, n. 187, cd. "Decreto Flussi 2025", infatti, dispone che la stipula dell'Accordo di integrazione, con le modalità di cui all'art. 22, co. 6, del T.U.I., rappresenta - come si è detto più volte - condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno.

L'art. 22, co. 6, del D.lgs 286/98, come sostituito dall'art. 1, co. 1, lett. e), punto 5, del d.l. n. 145/2024, convertito nella l. n. 187/2024, e ulteriormente modificato dall'art. 1, co. 1, lett. a-ter), del d.l. 3 ottobre 2025, n. 146, convertito nella l. 1° dicembre 2025, n. 179, prevede che, entro quindici giorni dalla data di ingresso del lavoratore nel territorio nazionale, il datore di lavoro e il lavoratore straniero sottoscrivono mediante apposizione di firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata il contratto di soggiorno. Il lavoratore ha la possibilità di firmare il contratto con firma autografa. Il datore di lavoro trasmette il contratto di soggiorno, firmato digitalmente o con firma autografa

[74] F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Diritto e immigrazioni*, cit., p. 217.

[75] Council of the European Union, *Common Basic Principles,* 14615/04, Brussels, 19 November 2004, pp. 17-18, disponibile in https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/jha/82745.pdf .

dal lavoratore, allo Sportello Unico per l'Immigrazione per gli adempimenti concernenti la richiesta di rilascio del permesso di soggiorno.

Con nota del Ministero dell'Interno del 2 settembre 2025[76] è stata definita una nuova procedura informatica per la sottoscrizione del contratto di soggiorno, la stipula dell'Accordo di integrazione e la successiva richiesta di permesso di soggiorno, da parte dei lavoratori stranieri entrati in Italia nell'ambito delle quote stabilite con il Decreto Flussi. Tale procedura, che è operativa attraverso il Portale Servizi ALI, si articola in una sequenza di adempimenti telematici, che coinvolgono datori di lavoro, lavoratori stranieri e Sportelli Unici per l'Immigrazione. Questo intervento di digitalizzazione mira a rendere più snella ed efficiente la gestione dell'ingresso dei lavoratori stranieri, garantendo una maggiore tracciabilità, sicurezza e trasparenza del processo.

La sottoscrizione digitale del contratto di soggiorno e dell'Accordo di integrazione è confermata anche nel d.l. n. 146/2025, convertito nella l. n. 179/2025, cd. "Decreto Flussi 2026-2028"[77], e nella circolare congiunta del 16 ottobre 2025, n. 8047[78], emanata dal Ministero dell'Interno, dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, dal Ministero dell'Agricoltura, della Sovranità alimentare e delle Foreste e dal Ministero del Turismo, recante le indicazioni operative sui flussi di ingresso 2026 per lavoratori stranieri.

[76] La suindicata nota è disponibile in *https://integrazionemigranti.gov.it/it-it/Ricerca-news/Dettaglio-news/id/4396/Flussi-cosi-contratto-di-soggiorno-accordo-di-integrazione-e-permesso-di-soggiorno* .

[77] In sede di conversione in legge del d.l. n. 145/2024, il Parlamento è intervenuto sulla programmazione dei flussi di ingresso, disponendo l'estensione al triennio 2026-2028 della previsione, già contenuta nell'art. 1 del d.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito in l. 5 maggio 2023, n. 50, con il quale il Governo aveva stabilito che la determinazione dei flussi fino al 2025 dovesse avvenire con una programmazione triennale, sostitutiva di quella prevista all'art. 3 del T.U.I., e successivamente adottata con D.P.C.M. 27 settembre 2023.

Invero, nel cd. "Decreto Cutro", con una norma transitoria valevole per il triennio 2023-2025, è stata abbandonata la distinzione tra il documento programmatico triennale e quello annuale di definizione delle quote di ingresso, disponendo espressamente, in deroga all'art. 3 del D.lgs 286/98, che, mediante l'emanazione di un unico documento governativo, siano definiti sia i criteri generali di programmazione dei flussi che le quote di ingresso. Tale deroga è stata poi confermata per il triennio 2026-2028 dal D.lgs n. 145/2024, che sul punto ha modificato l'art. 1, co. 1 e 4, del d.l. n. 20/2023, e in conseguenza del quale è stato adottato il D.P.C.M. 2 ottobre 2025, contenente la programmazione dei flussi di ingresso 2026-2028. Al riguardo si veda R.D. COSTA, *Ancora una riforma sui flussi di ingresso. Prime note sul D.L. 3 ottobre 2025, n. 146, ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, Ottobre 2025, p. 2, disponibile in *https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2025/11/Costa-DEF-con-EDIT.pdf*

[78] La suindicata circolare è disponibile in *https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2025-10/circolare_dpcm_flussi_2026-2028_signed_signed-signed_firmato.pdf* .

Va salutata con favore la novità procedurale relativa alla sostituzione della sottoscrizione analogica del contratto di soggiorno e dell'Accordo di integrazione, da effettuare presso lo Sportello Unico per l'Immigrazione della Prefettura, con la sottoscrizione digitale tra le parti e la successiva trasmissione telematica, a cura del datore di lavoro, allo Sportello Unico. Si auspica che la digitalizzazione della procedura produca l'effetto di un'accelerazione dei tempi per la sottoscrizione del contratto di soggiorno e dell'Accordo di integrazione, che in passato erano particolarmente lunghi a causa delle attese per la fissazione di un appuntamento presso lo Sportello Unico per l'Immigrazione[79].

La novità procedurale relativa alla sottoscrizione digitale dell'Accordo di integrazione nei Decreti Flussi 2025 e 2026-2028 conferma, tuttavia, la prevalenza di un approccio procedimentale su quello sostanziale alla questione dell'integrazione degli stranieri regolarmente residenti. Infatti, l'accordo, nel rendere l'integrazione un pre-requisito per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri, è espressione della tendenza alla procedimentalizzazione dell'integrazione[80], configurandosi come un procedimento burocratico di integrazione previsto per i soli detentori del permesso di soggiorno[81]. Invero, l'Accordo di integrazione è stato completamente svuotato nel suo contenuto di patto sociale, che avrebbe dovuto valorizzare e rafforzare la "capacitazione" degli stranieri, in termini di conoscenze e competenze, per favorire la loro inclusione nella società di accoglienza[82].

Questo è in sostanza un altro sintomo di quanto si perseveri nell'adozione di interventi frammentari, che non incidono sull'impostazione complessiva della regolazione delle migrazioni economiche, limitandosi a rivedere aspetti di dettaglio della procedura[83], senza affrontare le criticità strutturali

[79] M. D'Onghia, C. De Martino, *Le novità in materia di lavoro nell'ultimo Decreto flussi: qualche buon proposito, semplificazioni (apparenti) e rischi di ineffettività*, *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, Novembre 2024, p. 4, disponibile in *https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2024/12/DOnghia-de-Martino-Aamp_amp_O_def.pdf*

[80] A. Pitino, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, cit., p. 212.

[81] G. Faso, *L'accordo di integrazione e il permesso di soggiorno a punti*, in *Scienza e Pace,* 2012, n. 2, p. 1, disponibile in *https://scienzaepace-dev.webhost1.sid.unipi.it/index.php/en/item/320-l%E2%80%99accordo-di-integrazione-e-il-permesso-di-soggiorno-a-punti.html*

[82] M. Russo Spena, V. Carbone, *A misura di integrazione. L'Accordo ed il Piano per l'integrazione nel sistema delle politiche migratorie*, in M. Russo Spena, V. Carbone, *Il dovere di integrarsi. Cittadinanze oltre il* logos *multiculturalista*, Roma, 2014, pp. 31-97.

[83] M. D'Onghia, C. De Martino, *Le novità in materia di lavoro nell'ultimo Decreto flussi: qualche buon proposito, semplificazioni (apparenti) e rischi di ineffettività*, cit., p. 3.

dell'impianto normativo del T.U.I. Si reitera, cioè, un approccio minimalista, rinunciando ad affrontare un nodo nevralgico del sistema, quale è l'integrazione degli immigrati regolarmente residenti[84].

Nei recenti Decreti Flussi non è presente alcuna novità in tema di integrazione degli stranieri[85], riflettendo tale omissione una visione dei flussi migratori esclusivamente "produttivistica" e funzionale alle esigenze di mercato. Le politiche migratorie appaiono, cioè, più orientate alla gestione emergenziale dei flussi, legate alla crescente domanda di manodopera, piuttosto che alla costruzione di un sistema volto a promuovere una reale integrazione sociale degli immigrati.

Si auspica di superare definitivamente la disfunzionalità del Decreto Flussi, che ha dimostrato «di ostacolare l'immigrazione regolare invece che favorirla»[86].

È necessario guardare all'integrazione come un investimento per il futuro, in quanto investire risorse in politiche di integrazione significa innescare un processo virtuoso di "moltiplicazione del capitale umano", come ribadito nel parere del Comitato Economico e Sociale Europeo del 12-13 dicembre 2018[87].

Si pone, dunque, l'esigenza di riconoscere il valore dell'integrazione come fattore di coesione sociale e di sviluppo per l'intera collettività, alla luce del Piano d'azione per l'integrazione e inclusione 2021-2027[88], adottato dalla Commissione europea con la comunicazione COM(2020)758, che, per la

[84] C. De Martino, *La riforma degli ingressi per motivi di lavoro*, *ADiM Blog*, *Editoriale*, Novembre 2025, p. 3, disponibile in *https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2025/12/de-Martino-blog-novembre_REV-MS-def-1-1.pdf*

[85] M. D'Onghia, *L'ennesimo Decreto-Legge sugli ingressi per lavoro: deboli segnali di un cambio di marcia ma ancora lontani da una riforma inclusiva*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2025, p. 7, nt. 34, disponibile in https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2025-1/1692-l-ennesimo-decreto-legge-sugli-ingressi-per-lavoro-deboli-segnali-di-un-cambio-di-marcia-ma-ancora-lontani-da-una-riforma-inclusiva/file, in cui si osserva come il superamento del documento di programmazione triennale, di cui all'art. 3, co. 3, del D.lgs 286/98, distinto dal Decreto Flussi, costituisca un ulteriore tentativo di marginalizzare le politiche per l'integrazione dei lavoratori stranieri.

[86] *Scheda di Sintesi*, in Centro Studi e Ricerche Idos in partenariato con il Centro Studi Confronti (a cura di), *Dossier Statistico Immigrazione 2025,* Roma, 2025, p. 4, disponibile *in https://www.dossierimmigrazione.it/wp-content/uploads/2025/10/Scheda-di-sintes-del-Dossier_2025.pdf* .

[87] Il suindicato parere è disponibile in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IE2459&from=EN*

[88] Il richiamato Piano è disponibile in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0758*

prima volta, è rivolto non solo ai migranti nuovi arrivati, ma anche ai cittadini naturalizzati e agli stranieri di seconda generazione[89]

[89] S. DALL'OGLIO, *Le politiche di integrazione in Italia: quali prospettive per il futuro*?, 26 gennaio 2021, disponibile in *https://www.cespi.it/it/eventi-attualita/dibattiti/lintegrazione-senso-unico/le-politiche-di-integrazione-italia-quali*

LA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

INTEGRATION AT WHAT COST? THE CJEU RULES ON CIVIC INTEGRATION OBLIGATIONS FOR REFUGEES

Tatiana Margalitadze and Tereza Starling*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Ruling. – 3. Financial Sanctions and the Principle of Proportionality under EU Asylum Law. – 4. Cost-Sharing and the Right to Access Integration. – 5. Integration as Shared Responsibility: Balancing State Support and Individual Duty. – 6. Conclusion.

1. *Introduction*

On 4 February 2025, the Grand Chamber of the Court of Justice of the European Union (CJEU) delivered a judgment in Case C-158/23, *T.G. v. Minister for Social Affairs and Employment*,[1] offering clarification on the limits of Member States' discretion in developing integration policies for beneficiaries of international protection. The case was referred for a preliminary ruling by the Dutch Raad van State (Council of State), and addressed the compatibility of national legislation with Article 34 of Directive 2011/95/EU,[2] the Qualification Directive, which regulates the content of protection granted to refugees and persons eligible for subsidiary protection.

At issue was whether national authorities may impose financial penalties and cost burdens on refugees who fail to complete mandatory integration programmes. The Court ruled that while participation and assessment may be mandatory, such obligations must be proportionate, individualized, and non-punitive. Systematic fines and repayment requirements are contrary to EU law if they undermine effective access.

* This contribution is the result of joint reflection. Sections 2 and 4 were written by Tatiana Margalitadze; Sections 3 and 5, by Tereza Starling. The introduction and conclusion were written jointly. Both authors are Master's students in Security and Human Rights at the University of Tuscia. Margalitadze is a lawyer and mediator with experience in migration and human rights. Starling has a background in crisis management and public administration, with a focus on migration policy.

[1] CJEU (Grand Chamber), judgment of 4 February 2025, *T.G. v. Minister for Social Affairs and Employment*, C-158/23, EU:C:2025:52.

[2] Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 … OJ L 337, 20.12.2011, p. 9.

After a summary of the ruling (§ 2), this comment analyzes three issues addressed in the judgment: the permissibility of financial sanctions (§ 3), the legality of cost imposition for mandatory integration measures (§ 4), and the broader balance between State discretion and individual rights under EU asylum law (§ 5).

2. *The Ruling*

The CJEU's recent judgment in *T.G.* marks a pivotal development in EU asylum law. It not only addresses a technical issue of civic integration measures, but it also reframes the legal standards that govern how Member States can design and enforce such obligations. The debate thus moves from formal requirements to the broader question of fairness and accessibility of refugee protection.

The case is based on the Dutch civil integration regime, which requires beneficiaries of international protection to complete an integration program within three years. Failure to do so leads to automatic fines of up to €1,250 and full repayment of loans used to finance the program, which in *T.G.*'s case amounted to nearly €10,000. A Dutch Court asked the CJEU whether this practice violates Article 34 of the Qualification Directive, which obliges Member States to «ensure access» to integration programs (paras. 1-4, 26-30).

In its judgment, the Court acknowledged that requiring a financial contribution is not inherently incompatible with EU law. However, such measures must not render participation unaffordable or impose a disproportionate burden on beneficiaries of international protection. It stressed that integration support must be adapted to the individual's specific situation, especially when failure to comply stems from vulnerability rather than deliberate non-compliance (para. 52).

The Grand Chamber ruled that, even when civic integration may be mandatory, Member States cannot introduce measures that create unreasonable, disproportionate, or punitive barriers to participation. Importantly, the Court stressed that automatic financial sanctions, such as fines or repayment obligations, must take into account individual vulnerabilities (paras. 40-43). Measures that disregard personal hardship risk turning a right into a penalty.

The Advocate General's opinion[3] reinforced this logic, insofar as it warns

[3] Opinion of Advocate General Medina delivered on 6 June 2024, T.G. v Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, C-158/23, EU:C:2024:461.

that transforming integration into a system of performance-based penalties undermines the principle that it should be an enabling right, especially for persons fleeing conflict, trauma, or displacement (paras. 54-58). While the Court's language is more restrained, it echoes this concern by placing integration within a broader rights-based framework.

The Court's reasoning in *T.G.* rested on three core arguments. First, it reaffirmed the principle of proportionality as central to the implementation of integration measures: obligations may be imposed, but sanctions must not be automatic or excessive, and must account for the individual's personal circumstances (paras. 40-43). Second, the Court interpreted the phrase «ensure access» in Article 34 of the Qualification Directive to mean effective and unconditional accessibility, not just formal entitlement. This implies that national measures must avoid creating economic or structural barriers such as unwaivable costs or rigid timeframes, that could deter participation (paras. 44-47). Third, while the Court acknowledged that financial contributions might be legitimate in certain cases, it held that imposing full costs or loan repayment cannot become a systematic condition for participation, especially where failure is not due to deliberate non-compliance but to vulnerability or hardship (paras. 50-53). These three arguments collectively frame integration not as a test of merit, but as a protected right under EU asylum law.

3. *Financial Sanctions and the Principle of Proportionality under EU Asylum Law*

The *T.G.* judgment clarifies how EU asylum law views the use of financial penalties within integration regimes. While the Court ultimately recognised that Member States may impose civic integration obligations on persons with international protection status, it rejected the notion that such obligations can be enforced through automatic financial sanctions that disregard the individual's circumstances (paras. 42-47). This case law redefines the relationship between integration as a facilitated right and a conditional obligation, marking a shift from viewing integration as a compliance requirement to recognizing it as a component of protection that must be meaningfully supported.

The *T.G.* judgment affirmed that integration measures must not impose automatic sanctions that disregard individual circumstances, particularly where such measures create material barriers to participation. The Court stressed that access under Article 34 of the Qualification Directive must be effective rather than merely formal, and that enforcement mechanisms must

comply with the principle of proportionality (paras. 42-47). This position formed the basis for invalidating the Dutch model of uniform financial penalties (paras. 50-53).

From the State's perspective, financial sanctions may be intended to incentivize compliance or promote a sense of civic responsibility. However, the Court drew a clear line: such policy objectives cannot override the fundamental principle of human dignity. Any sanction must be exceptional, individualized, and strictly necessary (paras. 54-56). It must distinguish between wilful non-compliance and structural inability to meet integration goals. This standard reflects earlier decisions such as *Haqbin*,[4] where the Court invalidated blanket exclusions from reception benefits, and *Saciri*,[5] where the Court rejected purely formal compliance that failed to ensure substantive access.

At its core, the judgment underscores that integration is not an administrative hurdle or behavioural test, but a right embedded in international protection. Linking that right to financial penalties, without safeguards or consideration of personal struggle, risks reversing the legal logic of protection itself. In practical terms, the ruling invites national policymakers to reconsider the use of coercive financial measures within integration systems. Sanctions may appear cost-effective or politically expedient, but if they penalize those least equipped to comply, they become counterproductive, not only legally but also socially. Although the ruling strengthens legal protection for refugees, it also leaves open key implementation questions. What criteria must national authorities use to assess hardship? Can recurring delays ever justify moderate sanctions? The Court offers guiding principles but no concrete tests, potentially leaving wide discretion at the national level.

By reframing integration through the lens of proportionality, the Court reinforces a legal model grounded in fairness and feasibility. It insists that the road to integration must remain open to all beneficiaries of protection, not only to those who can navigate rigid deadlines and financial penalties. This recalibration is especially relevant at a time when several Member States are seeking to tighten integration rules in response to domestic political pressures. The *T.G.* ruling offers a timely legal reminder: integration obligations must support, not sabotage, the path to inclusion.

[4] CJEU (Grand Chamber), judgment of 12 November 2019, *Zubair Haqbin v Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18, EU:C:2019:956.

[5] CJEU, judgment of 27 February 2014, *Saciri and Others*, C-79/13, EU:C:2014:103.

4. *Cost-Sharing and the Right to Access Integration*

A second key issue raised by the *T.G.* judgment concerns whether national authorities may legitimately require beneficiaries of international protection to bear the financial cost of participating in mandatory civic integration programmes. Although the Qualification Directive does not explicitly prohibit cost-sharing mechanisms, Article 34 implies a positive obligation for Member States to provide access to such programmes: a requirement that, according to the CJEU, goes beyond mere formal availability, requiring States to remove economic barriers that would render such access ineffective in practice (paras. 42-47).

This reasoning builds on the Court's previous rulings. In *Saciri*, the Court had already made clear that Member States may not rely on formal systems that leave beneficiaries unable to meet their basic needs due to financial or structural barriers (paras. 35-38). In *CIMADE*,[6] the Court similarly found that obligations must not shift the burden of provision onto individuals in a way that undermines effective access (paras. 53–55). In *T.G.,* the Court took this logic further: where the burden of cost deters or delays access to integration, the State violates its duty under Article 34 (paras. 50-52).

From a policy perspective, requiring refugees to invest financially in their integration may be seen as a way to promote ownership, commitment, or public legitimacy. However, when the cost of failure is economically significant, as in the *T.G.* case, the approach risks turning a guaranteed right into a mutual obligation, disproportionately penalizing those least equipped to succeed within strict administrative timeframes. In the Dutch system, repayment of civic integration loans is enforced through the Central Administration Office (DUO),[7] which may initiate debt collection procedures against beneficiaries who fail to repay the loan on time or do not pass the civic integration examination.

Academic commentators have warned that shifting towards cost-based or conditional integration mechanisms may risk weakening the legal foundations of refugee protection. A recent comparative study[8] argues that tying integration support to performance risks reinforcing structural inequalities and

[6] CJEU, judgment of 27 September 2012, CIMADE and GISTI, C-179/11, EU:C:2012:594.

[7] DUO (Dienst Uitvoering Onderwijs), Paying back a loan – Inburgeren, updated 2025.

[8] E. McGregor, M. Godin, M.G. Jumbert, N. Ike, *Conditionality, Compensation, or Both? Comparative Experiences of Third-Country Cooperation on Migration with the EU*, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, vol. 23, no. 1, 2025, pp. 47–61.

weakening the protective goals of asylum frameworks. The *T.G.* ruling reinforces this concern, making clear that cost-sharing mechanisms must not lead to *de facto* exclusion or reproduce cycles of vulnerability.

Ultimately, the Court confirms that Member States retain discretion in designing integration policies, but that this discretion is not unlimited. If financial obligations prevent effective participation, the state has not simply failed in policymaking. It has breached its legal duties under EU asylum law (para. 53).

5. *Integration as Shared Responsibility: Balancing State Support and Individual Duty*

Beyond the immediate questions of sanctions and cost-sharing, the *T.G.* judgment highlights a deeper tension in EU asylum law: whether integration should be understood primarily as an individual duty or as a State-supported right. This underlying issue, often obscured in more technical debates, has significant implications for how Member States approach refugee protection in law and practice.

In line with Article 34 of the Qualification Directive, the Court reiterates that integration is not a discretionary add-on, nor a reward for successful behaviour. It is an element of protection, part of what beneficiaries are entitled to receive. Yet, as the Dutch model examined in *T.G.* shows, recent national trends increasingly treat integration as a conditional obligation, where success in exams or repayment of loans determines whether access to further rights is maintained. The ruling pushes back against this shift.

The Court does not reject the idea that beneficiaries may be required to participate in integration measures. But it insists that the terms of that participation must be proportionate, supportive, and realistic (paras. 48-52). What matters is not only that obligations are reasonable in abstract terms, but that they are applied considering individual vulnerability, effort, and capacity (paras. 48-52). This reflects the broader logic of the Charter of Fundamental Rights,[9] particularly Article 1 on human dignity, which requires State authorities to treat persons seeking protection not merely as administrative subjects, but as legal rights-holders. This emphasis on vulnerability and individualized assessment is also consistent with the ECtHR's reasoning in *Tarakhel v.*

[9] Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/C 364/01, Art. 1.

Switzerland,[10] where the Court held that rigid enforcement rules are incompatible with the specific needs of vulnerable asylum applicants, especially children (paras. 119-122).

While this judgment builds on earlier case law, including earlier-mentioned *Haqbin* and *Saciri*, it should not be read as simply reiterating existing principles. Those two cases are often cited together, but they deal with different concerns. In *Haqbin*, the issue was whether an asylum seeker could be sanctioned with the exclusion from reception benefits and the Court concluded that such exclusions must respect dignity and be strictly necessary (paras. 40-45). In *Saciri*, by contrast, the issue concerned the adequacy of reception support and the Court held that Member States must ensure that services are not just theoretically available but also practically accessible (paras. 33-37). What *T.G.* adds is an explicit recognition that performance-based models, where failure to meet administrative expectations leads to punitive outcomes, may violate the very purpose of integration obligations under EU law.

Legal scholarship reflects this evolution. As Daniel Thym has noted, overly rigid or conditional approaches to integration risk undermining operational fairness and legal coherence in EU asylum systems[11]. Similarly, McGregor et al. argue that tying integration to performance or cost-sharing schemes risks reinforcing structural inequalities and undermining the universal nature of protection[12]. The *T.G.* ruling does not simply endorse these critiques. It rather identifies the limits of conditionality through the lens of enforceable rights and institutional responsibility. Conditionality is not removed: participation in integration programmes may still be required. But the conditions should be proportionate to the integration goal. Member States may not impose obligations that, in practice, penalise vulnerability or treat failure as a basis for exclusion. This distinction between participation and performance, between inclusion and punishment, is central to the Court's message.

The real test will be whether national policies give meaningful effect to the allocation of responsibilities in the integration process, not just rhetorically, but in institutional design. The *T.G.* judgment invites Member States to define more clearly the respective roles of the State and the individual, ensuring that

[10] ECtHR (Grand Chamber), judgment of 4 November 2014, Tarakhel v. Switzerland, no. 29217/12.

[11] D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in Verfassungsblog, 28 September 2020.

[12] European Commission, Migrant integration in Sweden, Migration and Home Affairs - Migrant Integration Hub, last updated 4 March 2025.

integration is not reduced to a personal duty alone, but understood as a shared process grounded in legal commitment. The challenge now is not only to respect the boundaries the Court has drawn, but to build systems that support inclusion as a right, not a conditional reward.

6. *Conclusion*

The *T.G.* ruling contributes to the evolving interpretation of integration obligations under EU asylum law, confirming that while Member States may impose such obligations, they must do so within a framework of proportionality and individual capacity. Financial penalties and repayment schemes that ignore vulnerability undermine the protective aims of Article 34 of the Qualification Directive.

Three main conclusions follow. First, the regulation limits the use of uniform sanctions that penalize non-compliance without taking into account the real-life conditions and constraints of refugees. Second, it states that cost-sharing must not render access to integration a burden or a barrier. Third, it reasserts that integration is a shared responsibility: not a test of merit, but a right requiring state support.

From a doctrinal perspective, *T.G.* continues the Court's commitment to the principles of proportionality and dignity, echoing its reasoning in *Saciri* and *Haqbin*. In the broader context of increasingly conditional integration policies, the judgment serves as a timely reminder that EU law protects not only the duty to integrate but the right to be supported in doing so.

By contrasting punitive approaches with more supportive models, such as Sweden's[13] emphasis on voluntary participation, early housing, and language support, the ruling may guide national policymakers toward frameworks that facilitate inclusion rather than impose rigid compliance.

At the same time, *T.G.* leaves important questions open. What criteria must national authorities apply when assessing hardship or vulnerability? Can moderate sanctions ever be justified in cases of persistent delay? And how much discretion should be left to national systems when implementing these principles? While the judgment offers strong guidance, it stops short of defining concrete thresholds, leaving implementation and potential divergence largely in the hands of Member States.

[13] European Commission, Migrant integration in Sweden, Migration and Home Affairs - Migrant Integration Hub, last updated 4 March 2025.

PARTE IV:
INGRESSO, LAVORO E MOBILITÀ QUALIFICATA

POLITICHE DI INGRESSO PER LAVORO

ANCORA UNA RIFORMA SUI FLUSSI DI INGRESSO. PRIME NOTE SUL D. L. 3 OTTOBRE 2025, N. 146

Rita Daila Costa*

SOMMARIO: 1. La perenne riforma dei flussi di ingresso: il paradosso di un sistema di accesso regolare che produce irregolarità. – 2. Il d.l. 146/2025: le novità in materia di ingresso e soggiorno per lavoro. – 3. Il d.l. 146/2025 e l'azione di contrasto allo sfruttamento lavorativo.

1. *La perenne riforma dei flussi di ingresso: il paradosso di un sistema di accesso regolare che produce irregolarità.*

A partire dal 2023, quasi ogni ambito della materia regolata dal decreto legislativo 25 ottobre 1998, n. 286 (cosiddetto "Testo Unico sull'Immigrazione", d'ora innanzi anche TUI) è stato oggetto di modifiche più o meno profonde. Per effetto del susseguirsi di una serie di interventi rapsodici e puntuali, realizzati attraverso l'impiego reiterato della decretazione d'urgenza, l'impianto del TUI è stato sottoposto ad un complessivo ripensamento: una vera e propria riforma della materia, realizzata in assenza di un disegno organico e ai margini del dibattito parlamentare.

Il decreto-legge 3 ottobre 2025, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 1° dicembre 2025, n. 179, rappresenta uno degli ultimi approdi di tale complessiva opera di riforma. Il decreto, recante «Disposizioni urgenti in materia di ingresso regolare di lavoratori e cittadini stranieri, nonché di gestione del fenomeno migratorio», porta avanti la revisione della disciplina degli ingressi per lavoro, già avviata dal decreto legge 10 marzo 2023, n. 20, convertito in legge con modificazioni dalla legge 5 maggio 2023, n. 50 (meglio noto come "Decreto Cutro"), e poi proseguita dal decreto legge 11 ottobre 2024, n. 145, convertito in legge con modificazioni dalla legge 9 dicembre 2024, n. 187. Entrambi i decreti hanno, infatti, già contribuito a riformare la disciplina dei flussi di ingresso, anche attraverso dei cambiamenti strutturali, inizialmente introdotti in via derogatoria, ancorché, in molti casi, con vocazione alla permanenza, come dimostra anche il d. l. 146/2025.

* Ricercatrice in Diritto del Lavoro, Università degli studi di Palermo.

In particolare, il d.l. 20/2023, con una disposizione transitoria valevole per il triennio 2023-2025, ha abbandonato la distinzione tra il documento programmatico triennale e quello annuale di definizione delle quote di ingresso (già, nella prassi, ampiamente disattesa, dal momento che l'ultimo documento di programmazione risale al triennio 2004-2006). Con il Decreto Cutro, in deroga al meccanismo previsto dall'art. 3 TUI, è stata invece prevista l'emanazione di un unico documento da parte dell'esecutivo, con cui sono definiti i criteri generali di programmazione e individuate le quote di ingresso[1]. La deroga è stata poi confermata anche per il successivo triennio dal d.l. 145/2024, in conseguenza del quale è stato recentemente adottato il d.p.c.m. 2 ottobre 2025 contenente la programmazione dei flussi di ingresso per il triennio 2026-2028.

Modifiche più puntuali hanno interessato il procedimento di autorizzazione individuale al lavoro. Fra queste, merita, in particolare, di essere menzionato l'art. 2 d.l. 20/2023, che ha previsto che i *nulla osta* possano essere rilasciati, dopo sessanta giorni, anche in assenza delle informazioni fornite dalla Questura (art. 22, c. 5.01, TUI), autorizzando il cittadino straniero a svolgere attività lavorativa nel territorio nazionale «nelle more della sottoscrizione del contratto di soggiorno» (art. 22, c. 6 *bis*, TUI).

Nelle intenzioni del Governo, le dette modifiche avrebbero dovuto consentire di semplificare e accelerare gli accessi per motivi di lavoro[2], aumentando le opportunità anche attraverso l'incremento delle quote annuali. Tuttavia, sebbene il Governo abbia effettivamente aumentato il numero delle quote messe a disposizione per gli ingressi per motivi di lavoro, per il triennio 2023-2025, a queste non è corrisposto un aumento del numero di persone per cui la procedura sembra essersi conclusa positivamente con il rilascio di un permesso di soggiorno. Come messo in evidenza dalla Campagna Ero straniero, il tasso di successo della procedura (vale a dire, i casi in cui alla sottoscrizione del contratto di soggiorno è seguito l'effettivo rilascio del permesso), è pari al 16,9% delle quote messe a disposizione per il 2024 e al 7,9% per il 2025.

Le ragioni di tale discrasia tra le quote previste e il numero di lavoratori che

[1] W. CHIAROMONTE, *Una lettura giuslavoristica del d.l. 20/2023: le inadeguate politiche migratorie del Governo Meloni*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 3/2023, pp. 438 ss.; A. SGROI, *Ordinamento giuridico e ingresso dei lavoratori di paesi terzi: considerazioni a margine del d.l. 10 marzo 2023, n. 20*, in *Diritto del mercato del lavoro,* 2/2023, pp. 415 ss.

[2] Cfr. A. GUARISO, *D.lgs. 20/2023 e D.lgs. 152/2023: una nuova fase degli ingressi per lavoro?*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2024, pp. 9 ss.

effettivamente riescono a completare la procedura sono molteplici e, in parte, riconducibili alla tradizionale inefficienza di tale sistema di intermediazione della domanda e offerta di lavoro[3]. Cionondimeno, non vanno ignorate le specifiche conseguenze degli interventi acceleratori introdotti a partire dal d.l. 20/2023. Le novità introdotte hanno infatti reso possibile accedere in Italia e cominciare a svolgere attività lavorativa anche in assenza dei previ controlli relativi alla regolarità della procedura, pur senza alcuna garanzia rispetto al successivo esito della procedura, restando ferma la possibilità di revocare, in ogni momento, il *nulla osta* rilasciato in assenza dei controlli (art. 22, co. 5 *quater*, TUI).

Nei casi più gravi, ma affatto infrequenti, di vera e propria frode, le persone hanno fatto ingresso in Italia 'chiamate' da un datore di lavoro poi rivelatosi inesistente, solo una volta arrivati in Italia. In altre ipotesi, nonostante l'ingresso regolare e, talvolta, anche l'avvio dell'attività lavorativa, è stato comunque impossibile completare la procedura perché è intervenuta (tardivamente) la revoca del *nulla osta*, o perché il datore di lavoro si è reso indisponibile alla conclusione del contratto di lavoro, talvolta anche dopo aver già beneficiato della prestazione lavorativa.

A fronte di tali criticità, il d.l. 145/2024, è intervenuto con un insieme di disposizioni volte a prevenire e contrastare le condotte fraudolente, pur perseverando nell'obiettivo di semplificare le procedure, anche tramite l'uso degli strumenti digitali[4].

Nulla è stato previsto, invece, con riguardo al soggiorno delle persone trovatesi nell'impossibilità di completare la procedura e, di fatto, costrette a soggiornare irregolarmente nonostante l'ingresso regolare sul territorio[5]. Solo in alcune limitate ipotesi, come mostrano i dati raccolti dalla Campagna Ero straniero, l'esito negativo della procedura ha spinto le Questure a rilasciare permessi per "attesa occupazione", adottando un'interpretazione estensiva dell'art. 22, co. 11, TUI, tutt'altro che pacifica.

[3] Per tutti, v. A. GARILLI, *Immigrati e diritti sociali: parità di trattamento e tutela multilivello*, in *Diritti Lavori Mercati*, 1/2017, pp. 13-16.

[4] Cfr. M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, *Le novità in materia di lavoro nell'ultimo Decreto flussi: qualche buon proposito, semplificazioni (apparenti) e rischi di ineffettività*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, novembre 2024, nonché *amplius*: C. DE MARTINO, M. D'ONGHIA, *L'ennesimo decreto legge sugli ingressi per lavoro: deboli segnali di un cambio di marcia ma ancora lontani da una riforma inclusiva*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2025, spec. pp. 11 ss. Sia consentito altresì il rinvio a R.D. COSTA, A. SGROI, *Regolazione dei flussi e misure di tutela per le vittime di sfruttamento nel d.l. 145/2024*, I Working Papers di FA.RI, 5/2024.

[5] In tal senso, si v. i rilievi critici già espressi da A. SGROI, *Ordinamento giuridico e ingresso dei lavoratori di paesi terzi: considerazioni a margine del d.l. 10 marzo 2023, n. 20*, cit., p. 421.

È proprio in tale complesso contesto che si inserisce il d.l. 146/2025.

Come a breve si vedrà, al pari del precedente, anche il decreto in esame non risolve le molteplici questioni aperte intervenendo invece con una serie di interventi eterogenei, che nel complesso sembrano consolidare il sistema delineato a partire dal Decreto Cutro, senza scioglierne le criticità.

2. *Il d.l. 146/2025: le novità in materia di ingresso e soggiorno per lavoro*

Il d.l. 146/2025 si apre con una disposizione di modifica dell'art. 22, co. 5, TUI, attraverso cui si dispone che il termine di sessanta giorni per il rilascio del *nulla osta* debba decorrere «dalla data di imputazione della richiesta alle quote di ingresso di cui all'articolo 21, comma 1, primo periodo» e non più dalla «presentazione della richiesta». Lo stesso è adesso previsto anche per gli ingressi per lavoro stagionale di cui all'art. 24, co. 2, per cui il termine è, invece, pari a venti giorni.

Il decreto è, dunque, intervenuto a modificare il termine *a quo* da cui far decorrere i termini per il rilascio del *nulla osta*. Individuando il termine nel momento in cui avviene l'imputazione delle quote, si rimette così all'efficienza e solerzia dell'amministrazione la concreta individuazione della data da cui far decorrere il termine per il rilascio del *nulla osta*. L'imputazione delle quote è, infatti, un procedimento di esclusiva competenza degli Uffici, circostanza che rende incerta per il lavoratore la durata della procedura.

La novità sembra procedere, dunque, in direzione opposta rispetto all'obiettivo di garantire la celerità dei procedimenti amministrativi e semplificare gli ingressi per lavoro, perseguito dal Decreto Cutro e ancor prima dal «Decreto Semplificazioni», il decreto-legge 21 giugno 2022, n. 73, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2022, n. 122.

Inoltre, con l'intento di garantire il controllo delle dichiarazioni rese, sempre l'art. 1 d.l. 146/2025 prevede che ai fini del rilascio dell'autorizzazione al lavoro nei casi particolari disciplinati dall'art. 27 TUI siano effettuati da parte dell'amministrazione competente dei «controlli sulla veridicità delle dichiarazioni fornite dal datore di lavoro». E gli stessi controlli vengono introdotti anche nel caso delle altre procedure 'fuori quota', e cioè degli ingressi per volontariato (art. 27-*bis* TUI), per ricerca (art. 27-*ter* TUI), per lavori altamente qualificati (art. 27-*quater* TUI) e per trasferimenti intra societari (artt. 27-*quinquies* e 27-*sexies* TUI).

La previsione dovrebbe estendere, così, anche agli ingressi 'fuori quota' il controllo relativo alla veridicità delle dichiarazioni rese dai datori di lavoro,

già previsto per gli ingressi per lavoro subordinato relativamente alle dichiarazioni rese in fase di precompilazione delle domande di nulla osta al lavoro subordinato, inizialmente introdotto dal d.l. 145/2024 per il solo anno 2025.

Si tratta, però, di un controllo che, nei procedimenti in questione, lascia invariati quelli già richiesti dal TUI, assommando un ulteriore aggravio procedurale anche per gli ingressi 'fuori quota', con una prevedibile dilatazione dei tempi.

Un ampliamento dei termini si introduce, peraltro, anche nelle procedure di ricongiungimento familiare, per le quali l'art. 7 del decreto in commento amplia da novanta a centocinquanta giorni il termine per il rilascio del *nulla osta* regolato dall'art. 29, co. 8, TUI.

Ciononostante, il d.l. 146/2025 non abbandona l'obiettivo di semplificare e accelerare le procedure. Questo trova, in particolare, espressione nella messa a regime della precompilazione delle domande di *nulla osta*, inizialmente prevista solo per il 2025 dal d.l. 145/2024, e ora generalizzata dall'art. 2 del d.l. 146/2025. Quest'ultimo modifica il testo dell'art. 22 TUI, introducendo un nuovo co. 2 *bis*.1, attraverso cui si prevede che la richiesta di *nulla osta* per lavoro subordinato, anche a carattere stagionale, debba avvenire tramite la procedura di «precompilazione dei moduli di domanda, tramite il portale informatico messo a disposizione dal Ministero dell'interno», specificando inoltre che le amministrazioni devono effettuare i controlli sulla veridicità delle dichiarazioni fornite dagli utenti contestualmente all'accesso alla precompilazione. Ulteriormente, si conferma, introducendo un nuovo art. 22, co. 2*bis*.2, TUI, il limite di tre richieste di *nulla osta* al lavoro subordinato per ciascun anno, imposto ai datori di lavoro che accedano alla procedura come privati e non invece a quelli che presentino domanda con le associazioni di categoria, alle quali è richiesto di garantire che il numero delle «richieste di nulla osta al lavoro presentate sia proporzionale al volume degli affari o dei ricavi o compensi dichiarati ai fini dell'imposta sul reddito, ponderato in funzione del numero dei dipendenti e del settore di attività dell'impresa».

Tali nuove disposizioni sono rese applicabili anche alle procedure di ingresso per lavoro stagionale, di cui all'art. 24 TUI.

Vengono, così, rese permanenti le novità inizialmente introdotte in via transitoria dal d.l. 145/2024 per l'anno 2025, promuovendo un rafforzamento dei controlli sin dalla fase iniziale della procedura. Al riguardo, va però messo in evidenza, come, secondo la Campagna Ero straniero, la prima applicazione della procedura di precompilazione, nei *click day* di febbraio 2025, parrebbe aver finito per ostacolare la presentazione delle domande, senza che tuttavia i controlli siano mai stati veramente svolti. E non v'è motivo di ritenere che lo

stesso non avverrà anche ora che la procedura di precompilazione è stata messa a regime.

Nelle intenzioni espresse dal Governo con Comunicato Stampa del 4 settembre 2025, avrebbero dovuto assumere carattere di stabilità anche le previsioni che garantiscono l'ingresso 'fuori quota' per l'assunzione di lavoratori domestici per l'assistenza di grandi anziani e persone con disabilità, già prevista in via sperimentale dal d. l. 145/2024 per il 2025. Nel testo attuale, l'art. 5 del d. l. 146/2025, piuttosto che modificare il TUI, come inizialmente prospettato dal Governo, si è limitato ad estendere anche a «ciascuno degli anni dal 2026 al 2028» le previsioni dell'art. 2 d. l. 145/2024 che consentono l'ingresso 'fuori quota' dei lavoratori domestici, sempre entro un massimo di diecimila istanze annue[6].

Nell'ambito degli ingressi 'fuori quota', viene invece modificato in via permanente il testo dell'art. 27 *bis* TUI, stabilendo che l'ingresso per la partecipazione ai programmi ed alle attività di volontariato debba avvenire nell'ambito di un contingente triennale (e non più annuale) «stabilito con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con i Ministri dell'interno e degli affari esteri e della cooperazione internazionale, sentito il Consiglio nazionale del Terzo settore, di cui all'articolo 59 del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117» (art. 6, d.l. 146/2025).

Oltre ad intervenire sulla materia degli ingressi, il d.l. 146/2025 si occupa anche di modificare l'art. 5, co. 9 *bis*, TUI. La norma, novellata dall'art. 3 del d.l. 146/2025, consente allo straniero di soggiornare legittimamente nel territorio dello Stato e svolgere temporaneamente attività lavorativa in attesa del rilascio, del rinnovo o della conversione del permesso di soggiorno, anche quando non vengano rispettati i termini di sessanta giorni per l'istanza previsti dal TUI (al contrario di quanto previsto in passato), ma sempre che si sia «in presenza degli altri requisiti previsti dalla legge». In tali casi, anche nel nuovo tenore, la disposizione subordina l'accesso all'attività lavorativa al rilascio della «ricevuta attestante l'avvenuta presentazione della richiesta di rilascio, di rinnovo o di conversione del permesso». A questo, la nuova formulazione del co. 9 *bis* somma, tuttavia, anche un requisito ulteriore ed estremamente 'generico', vale a dire aver rispettato gli «altri adempimenti previsti dalla legge», formula che potrebbe prestarsi a valutazioni ampiamente discrezionali.

[6] Cfr. C. De Martino, M. D'Onghia, *L'ennesimo decreto legge sugli ingressi per lavoro: deboli segnali di un cambio di marcia ma ancora lontani da una riforma inclusiva*, cit., pp. 13 ss.

3. *Il d.l. 146/2025 e l'azione di contrasto allo sfruttamento lavorativo*

Alle novità riconducibili alla straordinaria necessità ed urgenza di «intervenire sulla disciplina dell'immigrazione e della condizione dello straniero, con particolare riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro […]», il d.l. 146/2025 coniuga anche alcuni interventi motivati dalla necessità di «incrementare l'azione di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura, oltre che al reclutamento illegale di manodopera straniera», parimenti posta a giustificazione della decretazione d'urgenza.

A dire il vero, già il d.l. 145/2024 si era preoccupato di intervenire in materia, con un Capo II, espressamente dedicato alla protezione degli stranieri vittime di sfruttamento, la cui novità più rilevante era data dall'introduzione dell'art. 18 *ter* TUI, contenente la disciplina di un 'nuovo' «permesso di soggiorno per gli stranieri vittime di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro», in sostituzione di quello già regolato dall'art. 22, commi 12 *quater, quinquies* e *sexies* TUI, contestualmente abrogati.

Il d.l. 146/2025 lascia invariato il regime del detto permesso, limitandosi ad estendere la durata minima del titolo di soggiorno da sei a dodici mesi. Si specifica, però, che lo stesso permesso possa essere rinnovato per il maggior periodo occorrente anche «per la conclusione delle misure di inserimento socio-lavorativo» e non più solo per motivi di giustizia, come inizialmente previsto dall'art. 18 *ter* TUI (art. 4, d.l. 146/2025). Viene accentuata, così, la vocazione "umanitaria" del nuovo permesso[7], dal momento che se ne garantisce il rinnovo non solo per finalità di stretta utilità processuale, come in passato, ma anche in considerazione dei tempi del percorso di inclusione lavorativa eventualmente intrapreso, il cui buon esito è da ritenersi determinante anche al fine di evitare che le vittime di sfruttamento tornino a essere vulnerabili a nuove forme di abuso.

Le stesse modifiche sono apportate anche all'art. 18 TUI, al fine di armonizzare i termini dei permessi rilasciati 'per casi speciali' alle vittime di sfruttamento.

Inoltre, si estende anche ai titolari del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale *ex* art. 18 TUI e di quello per le vittime di violenza domestica *ex* art. 18 *bis* TUI il diritto a beneficiare dell'assegno di inclusione, anche in assenza dei presupposti di legge di cui all'art. 2, c. 2, lett. a) e b), del decreto legge 4 maggio 2023, n. 48, convertito con modificazioni dalla legge 3 luglio

[7] Cfr. L. CALAFÀ, *Una lettura lavoristica dell'art. 18-ter del testo unico immigrazione*, in *Lavoro e Diritto*, 3/2025, pp. 387 ss.

2023, n. 85, i quali normalmente condizionerebbero il diritto alla misura a stringenti requisiti.

Si tratta di una deroga già prevista per i titolari del permesso di cui all'art. 18 *ter* TUI, ancorché solo per quelli ammessi alle misure di assistenza, previste dall'art. 6 del d.l. 145/2024. Limite, questo, che rischia di apparire irragionevole, se si considera che un simile condizionamento non è invece previsto per i titolari di altra tipologia di permesso per «casi speciali» *ex* art. 18 e 18 *bis* TUI, a cui il d.l. 146 estende il diritto alla prestazione.

Si tratta, dunque, nel complesso di interventi positivi. Tuttavia, va sottolineato come, al pari di quanto fatto dal precedente d.l. 145/2024, pur modificando il regime dei permessi rilasciati per le vittime di sfruttamento, il d.l. 146/2025 non intervenga né sui problemi che hanno tradizionalmente determinato la scarsa applicazione dell'art. 18 TUI, né su quelli oggi riguardanti il 'nuovo' art. 18 *ter* TUI[8]. Quanto, in particolare, a quest'ultimo, si ricorda che il rilascio del titolo di soggiorno è condizionato all'iniziativa (o, comunque, al parere positivo) dell'autorità giudiziaria o, in alternativa, dell'Ispettorato del Lavoro ed è subordinato alla 'utile' cooperazione della vittima di sfruttamento: circostanze, queste, che rimettono, di fatto, la possibilità di ottenere un permesso all'iniziativa e alle valutazioni delle autorità chiamate a rilasciare il parere. Rimangono, inoltre, ancora dubbie anche le modalità di erogazione delle misure di assistenza, previste dal d.l. 145/2024, alla cui attivazione, come si è visto, si condiziona peraltro l'accesso all'AdI per i titolari del permesso *ex* art. 18 *ter* TUI.

Merita, infine, di essere menzionata la stabilizzazione del «Tavolo operativo per la definizione di una nuova strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura» (anche noto come «Tavolo Caporalato»). L'art. 8 del d.l. 146/2025 ha infatti abrogato la parte dell'art. 25-*quater* del d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136, che ne avrebbe dovuto consentire l'operatività solo fino al settembre 2025, estendendola *sine die*. Contestualmente, viene ampliata anche la partecipazione al Tavolo, consentendo che prendano parte alle riunioni anche degli enti religiosi civilmente riconosciuti.

.

[8] Cfr. C. De Martino, M. D'Onghia, *L'ennesimo decreto legge sugli ingressi per lavoro: deboli segnali di un cambio di marcia ma ancora lontani da una riforma inclusiva*, cit., pp. 18 ss.

LA RIFORMA DEGLI INGRESSI PER MOTIVI DI LAVORO

Claudio de Martino*

SOMMARIO: 1. Un quadro delle più rilevanti problematiche - 2. Introduzione a quattro letture sul lavoro dei migranti.

1. *Un quadro delle più rilevanti problematiche*

Il presente contributo introduce una serie di riflessioni di giovani giuslavoriste, che prende le mosse dalla sessione di interventi sviluppati nel corso della *ADiM-IntoME Migration Conference* (Viterbo, 29-31.5.2025). L'obiettivo della raccolta è fornire un esame critico del sistema di accesso al territorio nazionale per motivi di lavoro, alla luce dei cambiamenti introdotti dall'ultima produzione normativa.

La necessità di un approfondimento in ottica giuslavoristica, diretto a mettere ordine sulle più recenti innovazioni normative in materia di migrazioni economiche, deriva, anzitutto, dalla bulimia del legislatore che, dal 2022 ad oggi, ha dato luogo a ben quattro decreti-legge[1] (e ad altrettante leggi di conversione), dapprima con il dichiarato fine di semplificare le modalità di accesso per motivi di lavoro, e successivamente diretti a correggere in *itinere* gli evidenti *bug* del sistema.

I dati contenuti nel Rapporto della rete "Ero Straniero"[2] consentono di cogliere agevolmente quanto ampio sia il divario tra le quote autorizzate e gli ingressi effettivamente realizzatisi. In via esemplificativa, si può segnalare come, a fronte delle 119.890 quote previste dal decreto flussi 2024, siano stati rilasciati soltanto 83.570 nulla osta e appena 24.151 visti d'ingresso. Si è, cioè, in presenza di un tasso di conversione delle quote disponibili in visti di ingresso pari a circa il 20%: un dato che, già da solo, sarebbe sufficiente a

* Ricercatore di diritto del lavoro, Università di Foggia.

[1] D.L. 21 giugno 2022, n. 73, convertito in L. 4 agosto 2022, n. 122; D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito in L. 5 maggio 2023, n. 50; D.L. 11 ottobre 2024, n. 145, convertito in L. 9 dicembre 2024, n. 187; D.L. 3 ottobre 2025, n. 146, la cui legge di conversione, già approvata con modifiche dal Senato, non è stata ancora pubblicata in Gazzetta Ufficiale.

[2] Rapporto della rete "Ero Straniero", "Monitoraggio decreti flussi 2023-2024. Lunghe attese e irregolarità: neanche "ritoccato", il decreto flussi funziona", consultabile al link: https://erostraniero.it/decretoflussi-territori/.

dimostrare la distanza tra i numeri programmati e gli esiti della procedura. Ma c'è di più, in quanto, limitando l'analisi ai soli dati del 2024, emerge che solo il 7,8% dei lavoratori per i quali è stato richiesto un nulla osta di ingresso per motivi di lavoro ha effettivamente sottoscritto un contratto di soggiorno.

Appare evidente come la differenza tra le quote programmate e i contratti di soggiorno sottoscritti possa spiegarsi solo in parte con la rinuncia dei datori di lavoro a concludere l'*iter* — frequentemente determinata dalle eccessive lungaggini procedurali — e con la presenza di organizzazioni criminali che sfruttano l'aspettativa di ingresso dei lavoratori stranieri, ossia con i fenomeni sui quali ha concentrato l'attenzione il legislatore del d.l. n. 145/2024 e del successivo d.l. n. 146/2025.

Difatti, il principale fattore di inefficienza sembra risiedere nell'apparato amministrativo che governa la procedura e nella stessa architettura del sistema delle quote, il quale non prevede alcun meccanismo di "scorrimento" delle domande: in altri termini, le quote autorizzate ma non utilizzate, per qualunque ragione, non vengono riassegnate ad altri richiedenti idonei (non vincitori), con l'effetto di lasciare insoddisfatte migliaia di domande presentate dai datori di lavoro.

Da tale meccanismo discende un effetto distorsivo, spesso poco indagato: se i numeri enunciati nei decreti flussi non corrispondono agli ingressi effettivi, si può sostenere che il decreto flussi sia diventato più un atto di programmazione formale degli ingressi, che un effettivo strumento di regolazione del mercato del lavoro. Infatti, la mancata copertura delle quote approvate, in assenza di un meccanismo di scorrimento, non consente all'Esecutivo di raggiungere gli obiettivi dichiarati, e, conseguentemente, impedisce di fronteggiare le note carenze di manodopera nel tessuto produttivo italiano.

Il quadro a tinte fosche sin qui dipinto riflette, in realtà, un'impostazione normativa che, sin dalla sua nascita, si è mostrata, alla prova dei fatti, poco efficace, in quanto fondata sul legame indissolubile tra regolarità del permesso e regolarità del lavoro, oltre che sul presupposto che lo straniero "chiamato" in Italia attraverso il sistema dei flussi sia nel Paese di origine e non dimori, irregolarmente, nel territorio nazionale.

A ciò si aggiunga la stretta relazione, spesso trascurata, tra la disciplina dell'ingresso per lavoro e quella della protezione internazionale. I due ambiti, che formalmente rispondono a esigenze distinte – l'uno di natura economica, l'altro umanitaria – si sono intrecciati in modo sempre più stretto, dando luogo a un vero e proprio sistema di "vasi comunicanti".

In passato, infatti, le restrizioni imposte all'ingresso regolare per motivi di lavoro hanno contribuito in modo significativo all'aumento delle domande di

protezione internazionale, spesso utilizzata come canale straordinario (e improprio) per entrare nel territorio italiano e cercare un'occupazione. Oggi, invece, si osserva il fenomeno inverso. Da un lato, il legislatore ha deciso di restringere gli spazi della protezione speciale[3]. Dall'altro, per soddisfare le richieste del mercato del lavoro, ha dovuto aprire a nuove possibilità di accesso per motivi di lavoro, ampliando rispetto al passato il numero delle quote e introducendo nuove tipologie di ingresso "fuori quota". Lo ha fatto, però, continuando ad affidarsi a uno strumento normativo obsoleto e, nei fatti, poco funzionale.

Rispetto a tale scenario, i provvedimenti legislativi più recenti, senza affrontare le criticità strutturali dell'impianto normativo del Testo Unico, si sono limitati a rivedere aspetti di dettaglio (sia pure rilevanti) della procedura. E, dunque, ancora una volta, le politiche migratorie paiono più orientate da esigenze emergenziali di gestione dei flussi, sia pure legate alla crescente domanda di manodopera, che dalla necessità di costruire un sistema funzionale alle esigenze delle imprese e a una reale integrazione sociale e lavorativa degli immigrati.

2. *Introduzione a quattro letture sul lavoro dei migranti*

In un quadro così complesso, caratterizzato da un equilibrio instabile tra i "sentimenti" securitari (sempre più diffusi), le esigenze del mercato del lavoro nazionale e la necessità di integrare i lavoratori migranti, si inseriscono le riflessioni di quattro giovani giuslavoriste.

In particolare, il contributo di Arianna Abbasciano analizza la disciplina dell'accesso per motivi di lavoro stagionale in agricoltura: un settore strategico, nel quale l'urgenza di manodopera si scontra, in misura peculiare, con un sistema normativo che, pur prevedendo semplificazioni e corsie preferenziali per l'ingresso, sembra concentrare in modo eccessivo le leve di controllo nelle mani delle organizzazioni datoriali.

Il *post* di Silvia Magagnoli, invece, analizza il processo di etnicizzazione del mercato del lavoro italiano. La sua riflessione mostra come le stesse scelte normative – dai vincoli all'ingresso all'obbligo di permanenza in determinati settori – abbiano contribuito a consolidare percorsi di esclusione, come sta accadendo (in base agli ultimi provvedimenti normativi) per le lavoratrici impiegate nel lavoro di cura.

[3] Il riferimento è, in particolare, alle nuove disposizioni introdotte dal D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito in L. 5 maggio 2023, n. 50.

Ivana Santoro, poi, offre un'analisi del (dis)funzionamento del permesso di soggiorno per attesa occupazione, istituto pensato per offrire una via d'uscita dall'irregolarità nei casi in cui l'ingresso legale non si traduca, per motivi non imputabili al lavoratore, in un contratto di soggiorno, e in relazione al quale è in corso un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Infine, Rossella Ciavarella esamina il ruolo delle parti sociali nella *governance* delle migrazioni per motivi di lavoro e nella tutela dei lavoratori stranieri: in particolare, nella partecipazione ai tavoli istituzionali con funzioni consultive e nella contrattazione collettiva. In quest'ultimo ambito emerge la (pur faticosa) costruzione di un sistema di regole, ad opera delle parti collettive, che sembra muoversi in controtendenza rispetto all'ottica emergenziale del legislatore, laddove tiene conto della presenza, ormai strutturale, della manodopera straniera nel mercato del lavoro.

NULLA OSTA AL LAVORO SUBORDINATO E INGRESSO NEL TERRITORIO DELLO STATO. UN NUOVO DIFFICILE EQUILIBRIO NELLA MATERIA MIGRATORIA

Lorenzo Grossi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Gli antefatti alla sentenza del Consiglio di Stato. – 2. La soluzione offerta dal Consiglio di Stato: una lettura aderente al testo legislativo. – 3. Una soluzione alternativa nel segno della ragionevolezza. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione. Gli antefatti alla sentenza del Consiglio di Stato*

Con la sentenza del 3 settembre 2025, n. 7186, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia del TAR Campania, Napoli, sez. VI, 29 agosto 2024, n. 4755, con cui il giudice di prime cure aveva accolto il ricorso promosso avverso la revoca del nulla osta al lavoro subordinato.

L'istante, cittadino indiano, dopo avere ottenuto il nulla osta e il conseguente visto di ingresso, è entrato nel territorio italiano nell'agosto del 2022 e ha proceduto nel febbraio 2023 con la richiesta dell'appuntamento per la sottoscrizione del contratto di soggiorno.

Tuttavia, considerato che lo Sportello Unico per l'Immigrazione non ha provveduto con la fissazione di una data a tal scopo, il privato ha promosso un'azione avverso il silenzio-inadempimento, all'esito del cui processo è stato individuato il 31 ottobre 2024 quale giorno per detto appuntamento. In vista della sottoscrizione del contratto di soggiorno, l'istante ha presentato la copia della dichiarazione di ospitalità e la richiesta di idoneità alloggiativa, ma non anche l'asseverazione di cui all'art. 44 del decreto-legge 21 giugno 2022, n. 73, convertito con modificazioni in legge 4 agosto 2022, n. 122, con la quale si accerta il rispetto da parte del datore di lavoro delle prescrizioni dei contratti collettivi di lavoro e la congruità delle richieste di lavoro a questi presentate da cittadini stranieri. Quest'ultimo atto si trovava infatti nella disponibilità del datore di lavoro, che non si è tuttavia presentato all'appuntamento per la sottoscrizione del contratto di soggiorno. Pertanto, in mancanza della detta asseverazione, la Prefettura ha adottato il provvedimento di revoca del nulla osta

* Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano.

al lavoro subordinato.

Il cittadino straniero ha quindi promosso un giudizio di impugnazione per censurare l'atto emanato e domandare il rilascio di un permesso di soggiorno per attesa occupazione. Il giudice di prime cure, nell'accogliere il ricorso presentato, ha valorizzato il lungo intervallo temporale intercorso tra l'ingresso in Italia e la convocazione per la sottoscrizione del contratto di soggiorno, stimolata peraltro solo grazie ad apposita azione avverso il silenzio-inadempimento. Tale eccessivo lasso temporale, non dipeso dalla volontà del privato, non potrebbe andare a detrimento dell'interesse del non-cittadino a permanere nel territorio dello Stato a fronte dell'accertata irreperibilità del datore di lavoro. Secondo il giudice di prime cure, il ritardo con cui la pubblica amministrazione ha provveduto, insieme all'assenza ingiustificata del datore di lavoro, legittimano infatti l'accoglimento delle pretese del ricorrente all'annullamento della revoca del nulla osta e l'ordine per la pubblica amministrazione di valutare l'emanazione di un permesso di soggiorno per attesa occupazione in suo favore, anche in ragione di quanto disposto dalla circolare del Ministero dell'Interno del 17 novembre 2020, n. 4623.

Senonché, il Ministero dell'Interno ha promosso appello avanti il Consiglio di Stato, all'esito del cui processo è stata pronunciata la sentenza di riforma della decisione di primo grado qui commentata.

2. *La soluzione offerta dal Consiglio di Stato: una lettura aderente al testo legislativo*

Ai sensi dell'art. 42 del decreto-legge 21 giugno 2022, n. 73, convertito in legge 4 agosto 2022, n. 122, lo straniero che desideri fare ingresso nel territorio dello Stato per motivi di lavoro deve preventivamente ottenere il nulla osta all'assunzione per lavoro subordinato o stagionale. Una volta ottenuto tale provvedimento, potrà essere rilasciato in suo favore il visto di ingresso, che lo abilita a entrare regolarmente nel territorio italiano. Infine, presso lo Sportello Unico per l'Immigrazione, il lavoratore straniero e il datore di lavoro vengono convocati per la sottoscrizione del contratto di lavoro, previo accertamento del possesso di una delle due condizioni di cui al comma 7 della già menzionata disposizione, vale a dire la sottoposizione dello straniero ai rilievi dattiloscopici, ovvero la dichiarazione di presenza in Italia (o altre attestazioni sostitutive). Ai sensi dell'art. 5, comma 3-*bis*, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la stipula del contratto di soggiorno è il presupposto per ottenere il successivo permesso di soggiorno per motivi lavorativi, che viene rilasciato al non-

cittadino con una validità pari alla durata dell'impiego, fino ad un massimo di tre anni.

Il permesso di soggiorno per attesa occupazione è invece un provvedimento abilitativo a permanere nel territorio italiano del tutto eventuale, che può essere rilasciato, ai sensi dell'art. 22, comma 11, d.lgs. n. 286/1998, al lavoratore straniero il cui rapporto di lavoro precedentemente instaurato venga interrotto anche a seguito di dimissioni.

Nel caso qui commentato, il giudice d'appello stabilisce che il ricorrente, non avendo mai avviato un rapporto di lavoro, non avrebbe nemmeno potuto beneficiare di un permesso di soggiorno per attesa occupazione, poiché difetterebbe appunto la condizione di lavoratore cessato.

Questo profilo rappresenta il cuore della sentenza emessa all'esito del giudizio d'appello, dove si contesta appunto la pronuncia del giudice di prime cure nella parte in cui, a causa dell'accertamento dell'inerzia dell'amministrazione procedente e dell'ingiustificata assenza del datore di lavoro, viene riconosciuta al ricorrente la spettanza del permesso di soggiorno per attesa occupazione.

È innanzitutto interessante osservare come le censure mosse dal Ministero dell'Interno siano di segno opposto rispetto a quanto già riconosciuto dalla già citata circolare n. 4623/2020, nonché, ancora prima, dalla circolare del Ministero dell'Interno del 20 agosto 2008, n. 3686, con la quale si era inteso valorizzare, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno per attesa occupazione, proprio la mancata formalizzazione del rapporto di lavoro per causa non dipendente dalla volontà dello straniero.

In ogni caso, nel riformare *in parte qua* la sentenza di primo grado, la Terza Sezione del Consiglio di Stato precisa la disciplina applicabile al caso di specie, il cui oggetto del contendere è appunto la revoca del nulla osta al lavoro subordinato. Per tale ragione, secondo i giudici d'appello, si applicano le previsioni di cui all'art. 42 d.l. n. 73/2022 in materia di procedure di rilascio del nulla osta al lavoro subordinato, anziché le disposizioni *ex* art. 22 d.lgs. n. 286/1998 relative al permesso di soggiorno per attesa occupazione.

Sotto questo profilo, i giudici di Palazzo Spada valorizzano la facoltà prevista dall'art. 42, comma 8, d.l. n. 73/2022, come tra l'altro confermata anche dall'art. 22, comma 6-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, che consente al datore di lavoro di procedere con l'instaurazione del rapporto di lavoro subordinato prima della sottoscrizione del contratto di soggiorno.

Viceversa, la disciplina in tema di permesso di soggiorno per attesa occupazione *ex* art. 22 d.lgs. n. 286/1998 viene esclusivamente in rilievo con riguardo all'interruzione di un precedente rapporto di lavoro. Nell'interpretare

quest'ultima disposizione, la giurisprudenza amministrativa ha in effetti riconosciuto che «[…] la spettanza di un periodo di attesa occupazione (non trattandosi di una misura di carattere umanitario o puramente solidaristico) riposa sul presupposto tacito secondo il quale, chi ha dimostrato in passato di poter reperire una legittima ed adeguata occupazione, può ritenersi di regola in grado di reperirne una nuova entro il lasso di tempo concesso dalla norma. Tuttavia, perché la presunzione risulti giustificata, occorre che nel periodo precedente, cioè in costanza del permesso di soggiorno per lavoro, un'attività lavorativa sia stata effettivamente svolta, ed abbia prodotto un reddito adeguato, o quanto meno siano state acquisite (mediante l'apprendimento scolastico, o mediante corsi di formazione) capacità lavorative»[1].

Di conseguenza, il giudice amministrativo ha correttamente valutato la mancanza di un rapporto di lavoro in capo allo straniero, ostativa al rilascio del permesso di soggiorno per attesa occupazione, considerato come l'avvio dell'attività lavorativa su cui si è basato l'ingresso in Italia non fosse affatto impedito dalla mancata sottoscrizione del contratto di soggiorno – pur imputabile ai ritardi dell'amministrazione.

Infine, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ritiene che, pur in assenza dell'emanazione del preavviso di rigetto, come è accaduto nel caso di specie con riguardo alla revoca del nulla osta, operi comunque la causa di esclusione dell'annullabilità di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, conformemente a un ricorrente orientamento giurisprudenziale[2].

Difatti, il terzo periodo della disposizione da ultimo richiamata esclude l'annullabilità del provvedimento che non sia stato preceduto dall'emanazione del preavviso di rigetto, purché il potere esercitato sia vincolato e a condizione che sia palese che la decisione adottata non avrebbe potuto avere un contenuto diverso[3]. Tale sarebbe appunto il caso di specie, nel quale il nulla osta è stato revocato a seguito dell'accertamento, vincolato dalla legge, dell'insussistenza di una parte della documentazione prescritta dal legislatore per la sottoscrizione del contratto di soggiorno.

Per le ragioni fin qui esposte, si deve dunque osservare come la sentenza del Consiglio di Stato commentata appaia, tanto sul piano sostanziale quanto

[1] Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2015, n. 2645, punto 8.2, nonché, più di recente, Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2023, n. 2396, punto 1.

[2] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2025, n. 3905, punto 3.5; Cons. Stato, sez. VII, 27 dicembre 2023, n. 11259, punto 5.7.

[3] M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 3, 2022, pp. 595-616.

su quello procedurale, condivisibile – almeno a un primo sguardo.

3. *Una soluzione alternativa nel segno della ragionevolezza*

Tuttavia, dal punto di vista della ragionevolezza, l'esito così adombrato potrebbe non essere sufficientemente appagante. Difatti, una cognizione giurisdizionale estesa all'intero rapporto, e non parcellizzata al singolo atto, potrebbe veicolare un risultato differente rispetto a quello che è stato raggiunto con la sentenza qui commentata.

Certo, la riforma della sentenza di primo grado, che comporta così l'impossibilità di rilasciare il permesso di soggiorno per attesa occupazione, aderisce correttamente al dettato legislativo. D'altra parte, non si può né si deve pretendere che il giudice svolga un'interpretazione *contra legem*. In un momento così delicato per le democrazie costituzionali, costruite attorno allo Stato di diritto[4], è ancora una volta al principio della separazione dei poteri che occorre guardare. La Costituzione, anche quando sembra essere distrattamente accantonata, segna sempre il tracciato che tutti i poteri dello Stato devono osservare. Al giudice non si può e non si deve chiedere di assumere le vesti ora del legislatore ora dell'amministratore, poiché si corre il rischio di confondere, in maniera camaleontica, la funzione giurisdizionale con quella legislativa ed esecutiva, promuovendo una tendenza di eccessivo «*judicial activism*», anziché di un più temperato «*judicial minimalism*»[5]. Una tutela sovra estesa dei diritti fondamentali, per quanto attrattiva, rischia infatti di diventare sempre più insostenibile[6], mettendo a repentaglio l'intera struttura delle democrazie liberali[7].

Tuttavia, ciò non può e non deve indurre a desistere dal riflettere su possibili mutamenti che il diritto, in una prospettiva *de iure condendo*, dovrebbe potere intraprendere, ammettendo un rinnovamento costante dell'ordinamento giuridico che sia in linea con le esigenze sociali. Si possono e si devono

[4] R. BIFULCO, *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2012, pp. 1-12.

[5] M. SAVINO, *Il richiedente "denegato" in Germania può avere una seconda* chance *in Italia? Il problematico "sì" della Prima sezione della Cassazione*, ADiM Blog, Editoriale, Giugno 2025, pp. 1-13, spec. p. 12.

[6] R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, pp. 69-111.

[7] M. SAVINO, *Disapplicazione senza freni. La sentenza della Corte di giustizia sui paesi di origine sicuri*, ADiM Blog, Editoriale, Agosto 2025, pp. 1-12, spec. pp. 11-12.

infatti immaginare, almeno a livello dottrinale[8], le ricadute sulla realtà concreta del diritto così interpretato e applicato, che sono di duplice ordine, le une individuali, le altre "di sistema".

In primo luogo, è chiaro l'ostacolo che questa decisione frappone tra il non-cittadino e il bene della vita a cui egli ambisce, vale a dire la permanenza entro i confini nazionali per conseguire un impiego, posto che, nell'impossibilità di richiedere un diverso tipo di titolo abilitativo, egli non potrà fare altro che lasciare il territorio italiano o permanere in via irregolare.

Sebbene la *ratio* del permesso di soggiorno per attesa occupazione risponda alla precisa finalità individuata dalla citata giurisprudenza, un simile esito potrebbe condurre al *vulnus* di taluni diritti costituzionalmente tutelati, a partire dalla tutela giurisdizionale piena ed effettiva garantita dagli artt. 24 e 103 Cost.[9]. Tale considerazione appare tanto più urgente quanto più si consideri la tensione tra l'esercizio del potere amministrativo e le posizioni giuridiche fondamentali che vengono in gioco nella materia migratoria[10], e che dovrebbero consentire al giudice amministrativo un accesso al rapporto sottostante al provvedimento, anziché un controllo limitato alla sola legittimità di quest'ultimo[11]. Ciò si conformerebbe, d'altra parte, alla struttura del processo amministrativo, funzionalizzato alla tutela giurisdizionale effettiva delle posizioni giuridiche azionate, per garantire, nei limiti della fondatezza della pretesa, la spettanza del bene della vita[12].

Così argomentando, si potrebbe ricondurre il sindacato giurisdizionale relativo alla fondatezza della domanda del permesso di soggiorno per attesa occupazione al suo vero oggetto, vale a dire «[…] le *chances* per il richiedente di rientrare nel circuito lavorativo, di cui deve essere accertata la serietà e la concretezza, anche alla luce della diligenza manifestata dal medesimo nel ricercare nuove occasioni di lavoro […]»[13].

[8] Più ampiamente, sul ruolo della dottrina, si veda A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 2, 2015, pp. 691-703.

[9] Sul punto, si veda M. RAMAJOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale come tema di giustizia amministrativa*, in E. BRUTI LIBERATI, M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, 2022, pp. 119-132.

[10] L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 3, 2018, pp. 978-1028.

[11] L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa di gestione del fenomeno migratorio*, in A. CASSATELLA, R. CHIEPPA, A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, Piacenza, 2024, pp. 303-327, spec. pp. 303, 313.

[12] B. TONOLETTI, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Roma, 2019, pp. 19-47, spec. pp. 39-40.

[13] TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 5 luglio 2025, n. 2552.

Per quanto lo straniero che non abbia instaurato un rapporto di lavoro non sia formalmente un lavoratore, questi ha nondimeno intrapreso la procedura per fare regolare ingresso nel territorio italiano, "occupando" così la quota resa disponibile. In altri termini, se la sua posizione non è equiparabile a quella del lavoratore che abbia visto interrompere un precedente rapporto di lavoro, essa non è del pari assimilabile a chi abbia solo un'aspettativa – e non una spettanza – di potere entrare nel territorio italiano per motivi di lavoro, laddove, in questa seconda ipotesi, i rapporti con l'ordinamento giuridico italiano sono ancora di "reciproca indifferenza", in assenza anche solo dell'emanazione del nulla osta al lavoro subordinato.

Appare pertanto irragionevole vulnerare la posizione dello straniero che si trovi in una simile situazione, al punto tale da privarlo di qualsiasi rimedio se non quello, nell'impossibilità di ottenere altro titolo abilitativo a permanere nel territorio dello Stato, di lasciare l'Italia o restarvi in condizione di clandestinità.

Quanto alle anticipate ricadute "di sistema", si deve parimenti ricordare come il non cittadino abbia ormai "occupato", senza possibilità di "liberarla", una delle quote annualmente stabilite per i lavoratori stranieri. Ciò si ripercuote negativamente sulle esigenze del sistema produttivo nazionale di ottenere manodopera adeguata e si risolve quindi in un pregiudizio per la collettività, soprattutto laddove casi analoghi si verifichino nella prassi su più ampia scala.

Ricorrono dunque alcuni indizi che fanno dubitare della ragionevolezza dell'esito a cui è arrivata la Terza Sezione del Consiglio di Stato. In effetti, l'elemento discriminante che ha impedito allo straniero di ottenere il bene della vita a cui aspirava è la mancata instaurazione di un rapporto di lavoro. Tale incidente è stato tuttavia dettato da motivi estranei alla sua volontà e non si può sottacere come l'inerzia dell'amministrazione competente abbia contribuito, anche se non esclusivamente, a frantumare definitivamente il bene della vita a cui ambiva il privato.

Il tema che viene così evidenziato appare in realtà più ampio di quel che sembra. Si staglia infatti sottotraccia il rischio sempre più concreto di un'«amministrativizzazione delle libertà fondamentali»[14], che, nel rapporto tra autorità e libertà, rende lo straniero più vulnerabile all'agire del soggetto pubblico, laddove solo l'amministrazione può assicurare il bene della vita che gli spetta, assumendo spesso il ruolo di unico arbitro della regolare permanenza del non-cittadino nel territorio dell'ordinamento giuridico italiano.

[14] M. SAVINO, *Immigrazione* (voce), in *Enc. dir.*, vol. III, *Tem.*, Milano, 2022, pp. 599-626, spec. p. 623.

4. *Conclusioni*

La sentenza qui commentata offre un ulteriore elemento per riflettere sul delicato equilibrio tra l'esercizio del potere legislativo ed esecutivo, da un lato, e quello giudiziario, dall'altro, in una materia culturalmente e politicamente esposta come quella migratoria.

Si è visto come non si possa domandare al giudice, soggetto com'è soltanto alla legge, più di quel che il legislatore prescrive. Eppure, lo si può invitare a valutare, nel tracciato della legge e degli strumenti che l'ordinamento appresta, l'irragionevolezza alla luce del disegno costituzionale delle soluzioni che il diritto *de iure condito* ammette. Tale operazione non rende infatti il giudice un legislatore o un amministratore. Semmai, ciò potrebbe consentire al giudice di attivare quegli strumenti che l'ordinamento conosce per adattarsi alla realtà mutevole della materia migratoria. Sotto questo profilo, non sarebbe affatto inusuale promuovere un dialogo tra corti attraverso la questione di legittimità costituzionale, ovvero per il tramite di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, qualora venga in gioco l'applicazione del diritto dell'Unione.

Laddove la via giurisprudenziale non sia quella più appropriata, il giudice potrebbe comunque porre all'attenzione del legislatore l'irragionevolezza dei risultati ermeneutici conseguibili, affinché il Parlamento possa legiferare con una novella di ampio respiro, apportando i necessari correttivi a situazioni che si rendano intrinsecamente irragionevoli, come nel caso della vicenda commentata.

Del resto, la continua sistematizzazione della disciplina dei permessi di soggiorno per motivi lavorativi è oggetto di costante interesse da parte del legislatore, anche alla luce delle esigenze di manodopera appropriata di cui necessita il mercato italiano. Si consideri, per esempio, il recente innalzamento da due a tre anni della durata del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato in relazione a un contratto di lavoro a tempo indeterminato, come disciplinato dall'art. 5, comma 3-*bis*, lett. c), d.lgs. n. 286/1998, modificato dall'art. 4, comma 1, lett. a), del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazioni in legge 5 maggio 2023, n. 50 (c.d. "Decreto-Cutro").

Una riflessione di più ampio respiro ammetterebbe dunque un confronto con la realtà, rispetto alla quale l'apparato amministrativo rappresenta un'importante cartina di tornasole. In effetti, il caso di specie mostra come si corra il rischio di favorire un'amministrazione inefficiente, che ritarda l'adozione sul piano giuridico di quei provvedimenti che si rendono progressivamente necessari per consentire la regolare permanenza dello straniero nel territorio

dello Stato, provocando conseguenze che possono generare un clima di sempre maggiore diffidenza verso "l'altro"[15].

In definitiva, la vicenda dello straniero, regolarmente entrato nel territorio dello Stato ma che non può accedere al permesso di soggiorno per attesa occupazione in mancanza della cessazione di un precedente rapporto di lavoro, proietta un'ombra lunga sulla razionalità del sistema così congegnato. Tale aspetto è tanto più evidente quando la mancata formalizzazione di un precedente rapporto lavorativo sia dipesa da circostanze estranee alla sua volontà, che rischiano di frantumare la spettanza del bene della vita che intendeva conseguire.

È allora l'ordinamento che dovrebbe essere chiamato a (r)innovarsi e a (ri)affermarsi in continuità con le esigenze sociali che emergono di volta in volta dalla casistica giurisprudenziale, e che, ben al di là dell'individuale vicenda umana, presentano ricadute anche sul sistema complessivo[16]. Da qui deriva l'importanza dell'azione tanto giudiziale quanto parlamentare, capaci rispettivamente di rilevare l'irragionevolezza delle soluzioni *de iure condito* e di apportare le necessarie modifiche strutturali in una prospettiva *de iure condendo*, rifuggendo così dal rischio di creare un diritto amministrativo dell'immigrazione che presenti uno statuto ingiustificatamente discriminatorio rispetto a quello generale[17].

[15] Sul punto, si rinvia a A. CASCONE, *Le deroghe alla disciplina generale sull'attività amministrativa nei procedimenti in materia di immigrazione*, in *Jus-Online*, n. 1, 2025, pp. 84-99.

[16] Più ampiamente, sul tema, si veda M. SAVINO, *La libertà degli altri*, Milano, 2012.

[17] A. TRAVI, *Le nuove leggi sui migranti e l'"altro" diritto*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3, 2019, pp. 675-691.

LAVORO STAGIONALE, CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E SEGMENTAZIONE DEL MERCATO

RIFORME, LIMITI E RUOLO (FIN TROPPO PRIVILEGIATO) DELLE ORGANIZZAZIONI DATORIALI DI CATEGORIA NELLE PROCEDURE DI INGRESSO PER LAVORO STAGIONALE

Arianna Abbasciano*

SOMMARIO: 1. Ingresso dei cittadini non comunitari per lavoro stagionale: premesse di una ricerca. – 2. Brevi cenni sulla "specialità" della disciplina del lavoro stagionale nell'ordinamento nazionale. – 3. Organizzazioni datoriali e procedura di asseverazione: tra "privatizzazione" e discrezionalità. – 3.1. Alla ricerca della "semplificazione" perduta (e solo promessa). – 4. Riserva di quote prioritarie per i lavoratori stagionali. – 5. Limiti e potenzialità del ruolo delle organizzazioni datoriali nelle procedure di accesso dei lavoratori stagionali in agricoltura.

1. *Ingresso dei cittadini non comunitari per lavoro stagionale: premesse di una ricerca*

La sproporzione tra nulla osta rilasciati e contratti di soggiorno sottoscritti[1] rivela come, nonostante la regolazione dei flussi migratori nel panorama nazionale sia principalmente orientata alle esigenze del mercato, l'attuale sistema di accesso per motivi di lavoro non riesca ancora a soddisfare la domanda di lavoro delle imprese. Tale fenomeno si registra sia per il caso di ingressi (non stagionali) a tempo determinato o indeterminato che, specularmente, nell'ambito dell'ingresso dei lavoratori stranieri per motivi di lavoro stagionale, sebbene quest'ultimo goda di una disciplina più snella (art. 24 del d.lgs. 286/1998, c.d. Testo unico sull'immigrazione, d'ora in poi, Tui).

L'accesso per motivi di lavoro stagionale, pur scontando i limiti e le contraddizioni della regolamentazione degli ingressi al mercato del lavoro

* Assegnista di ricerca in diritto del Lavoro, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

[1] Secondo il rapporto della rete "Ero Straniero", *Monitoraggio decreti flussi 2023-2024. Lunghi attese e irregolarità: neanche "ritoccato", il decreto flussi funziona,* 2025, consultabile al link: https://erostraniero.it/decretoflussi-territori/ relativamente ai flussi previsti nel settembre 2023 (click day del dicembre 2023) a fronte di 74.445 nulla osta rilasciati, le domande finalizzate dalle prefetture con la sottoscrizione del contratto e la richiesta di permesso di soggiorno sono state solo 16.188. Per un commento, cfr. M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, *L'ennesimo decreto-legge sugli ingressi per lavoro: deboli segnali di un cambio di marcia ma ancora lontani da una riforma inclusiva*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2025, 6.

nazionale[2], si connota per una peculiare semplificazione del versante procedurale, sulla quale il legislatore è più volte intervenuto, da ultimo con il d.l. 145/2024 e il d.l. 146/2025. Rinviando al prosieguo per un dettaglio sui più importanti elementi di specialità della disciplina[3], preme qui sottolineare come la procedura semplificata sia oggi circoscritta ad alcuni specifici settori produttivi, in particolare quello agricolo e quello turistico/alberghiero. Tale limitazione costituisce il risultato di una precisa scelta legislativa, riconducibile al processo di integrazione della normativa nazionale con quella dell'ordinamento multilivello. Infatti, per quanto attiene la regolazione dell'immigrazione temporanea, la scelta effettuata dal legislatore unionale con la dir. 2014/36/Ue è stata quella di sollecitare gli Stati a individuare quei settori occupazionali che «presentano attività scansionate dai ritmi delle stagioni» (art. 2, co. 2). Per tali ragioni, a partire dal d.lgs. 203/2016, che recepisce in Italia la citata direttiva, l'art. 24 co. 1 Tui ha ristretto il ben più ampio campo di applicazione, inizialmente previsto per la generalità dei settori produttivi, ai soli settori agricolo e turistico/alberghiero.

Partendo da tali premesse, e descritti per brevi cenni gli elementi di specialità della disciplina del lavoro stagionale, il presente contributo si soffermerà sul ruolo delle organizzazioni datoriali di categoria nelle suddette procedure di accesso. Queste, infatti, a partire dal 2021 e «con l'impegno di sovraintendere alla conclusione del procedimento», divengono soggetti privilegiati sia nella fase dell'asseverazione, persino esonerando il datore di lavoro dalla presentazione della stessa; sia in quella di inoltro delle domande in nome e per conto dei propri associati per la richiesta dei nulla osta, godendo di una quota "prioritariamente riservata" rispetto al totale delle quote ammesse per lavoro stagionale. Infine, verranno analizzati gli impatti, in termini di limiti ma anche di potenzialità, di un siffatto sistema con riferimento a uno dei due settori per cui la procedura è esperibile, ovvero l'agricoltura[4].

[2] Si fa riferimento allo stretto legame tra permesso di soggiorno e rapporto di lavoro subordinato su cui si rinvia, per tutti, all'analisi di W. CHIAROMONTE, voce *Immigrazione e contratto di lavoro*, in *Contratto di Lavoro*, diretto da R. DEL PUNTA, R. ROMEI, F. SCARPELLI, *Enc. dir.*, Vol. VI, Milano, Giuffrè, 2023, 717-719.

[3] Cfr. par. 2.

[4] La scelta di circoscrivere la presente analisi al solo comparto primario si giustifica alla luce delle sue specificità, tanto sul piano produttivo – per le peculiarità fisiologiche e le criticità strutturali del settore – quanto su quello del mercato del lavoro, caratterizzato da dinamiche proprie e distintive. Sia consentito sul punto il rinvio a A. ABBASCIANO, *Condizioni del lavoro e regolazione del mercato dei prodotti agro-alimentari*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 1/2025, 89 ss., e, con specifico riferimento ai lavoratori migranti nel settore

2. *Brevi cenni sulla "specialità" della disciplina del lavoro stagionale nell'ordinamento nazionale*

La disciplina generale degli accessi per lavoro stagionale si connota per alcune semplificazioni rispetto all'intricata procedura ordinaria degli ingressi per lavoro subordinato. In particolar modo, è disposta una contrazione dei termini entro cui lo Sportello unico immigrazione (d'ora in poi, Sui) deve emettere – sussistendone i requisiti – il nulla osta (venti giorni, anziché i sessanta del procedimento ordinario), nonché l'operatività di uno specifico meccanismo di silenzio-assenso dell'organo amministrativo tale per cui, decorsi venti giorni «dalla data di imputazione della richiesta alle quote di ingresso di cui all'articolo 21, comma 1, primo periodo»[5], quest'ultima si intende accolta. Il silenzio-assenso opera solo quando la domanda riguarda un lavoratore già autorizzato, nei cinque anni precedenti, a svolgere lavoro stagionale presso lo stesso datore e che, in quella occasione, sia stato regolarmente assunto e abbia rispettato le condizioni del permesso di soggiorno[6]. Inoltre, per i lavoratori già ammessi almeno una volta nel medesimo quinquennio, è previsto un vero e proprio diritto di precedenza[7].

A tale quadro si somma un'ulteriore previsione, introdotta dal d.l. 145/2024, la quale consente la proroga automatica del nulla osta (e il rinnovo del permesso di soggiorno) in caso di nuova opportunità di lavoro stagionale offerta dallo stesso o da altro datore di lavoro che intercorra entro, e non oltre, i 60 giorni dalla cessazione del precedente impiego[8]. La novella opera anche in caso di conversione del contratto di lavoro in un contratto a tempo determinato o indeterminato[9], senza incidere sul meccanismo delle quote. Ne

agricolo a C. DE MARTINO, *La condizione giuridica dei migranti nel settore agricolo: regolazione dei flussi, forme di irregolarità e strumenti di prevenzione dello sfruttamento*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 3/2025, 597 ss. e dottrina ivi citata.

[5] Come modificato dal d.l. 146/2025. Sul punto si rinvia all'analisi critica di R.D. COSTA, *Ancora una riforma sui flussi di ingresso. Prime note sul d. l. 3 ottobre 2025, n. 146*, *ADiM Blog*, Ottobre 2025, 4.

[6] Art. 24, co. 6, lett. a) e b), Tui.

[7] Art. 24, co. 9, Tui.

[8] Art. 24, co. 8, Tui.

[9] È possibile convertire il permesso di soggiorno da lavoro stagionale a lavoro subordinato non stagionale in presenza di "qualsiasi" offerta di lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato, a patto che la stessa garantisca un orario di lavoro di almeno 20 ore settimanali. Cfr. sul punto le Faq sul sito: https://integrazionemigranti.gov.it/it-it/Ricerca-news/Dettaglio-news/id/4231/Come-convertire-il-permesso-di-soggiorno-da-stagionale-in-subordinato-non-stagionale.

consegue che tali permessi possono essere ora «convertiti in qualsiasi momento dell'anno e senza limiti numerici»[10], da un lato, prevenendo la condizione di irregolarità dei lavoratori al termine del contratto di lavoro stagionale e facilitando la loro stabilizzazione nel mercato del lavoro nazionale, dall'altro, consentendo alle imprese «di evitare di ricorrere al sistema dei flussi, assumendo direttamente personale già conosciuto e già presente sul territorio nazionale»[11]. A ogni modo, l'operatività della disposizione è subordinata alla condizione che l'intermediazione del rapporto avvenga tramite l'utilizzo della piattaforma del Sistema Informativo per l'Inclusione Sociale e Lavorativa (SIISL).

3. *Organizzazioni datoriali e procedura di asseverazione: tra "privatizzazione" e discrezionalità*

L'inefficienza della Pa nel governo delle procedure di gestione degli ingressi ha spinto il legislatore ad adottare in via strutturale, con il d.l. 20/2023, il sistema delle "asseverazioni" (art. 24-*bis* Tui). Si tratta di un'attestazione circa l'esito positivo delle "verifiche di congruità", in passato svolta dagli Ispettori territoriali del lavoro, ora demandate in via esclusiva a consulenti del lavoro e organizzazioni datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ai quali il datore di lavoro aderisce o conferisce mandato. Tali verifiche sono volte ad accertare: (i) l'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro; (ii) la congruità tra il numero delle richieste presentate e la capacità economica dell'impresa.

La procedura di asseverazione, dapprima introdotta solo in via transitoria (per gli anni 2021, 2022 e 2023), è stata "messa a sistema" attraverso l'introduzione dell'art. 24-*bis* al Tui a opera dell'art. 2 d.l. 20/2023. Pertanto, il datore di lavoro che voglia «instaurare in Italia un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato [anche stagionale] con uno straniero residente all'estero» deve procurarsi presso un soggetto privato – consulente del lavoro o organizzazione datoriale – (sostenendone i relativi costi) una attestazione che in passato veniva rilasciata da un organo pubblico e presentarla unitamente alla richiesta di assunzione del lavoratore straniero.

Nel rilasciare l'asseverazione, alle organizzazioni datoriali è altresì demandata la verifica circa la sussistenza di ulteriori requisiti come «la

[10] Cfr. anche Circolare interministeriale n. 9032/2024.

[11] C. DE MARTINO, cit., 611.

capacità patrimoniale, l'equilibrio economico-finanziario, il fatturato, il numero dei dipendenti, ivi compresi quelli già richiesti ai sensi del presente testo unico, e del tipo di attività svolta dall'impresa» attribuendo loro un'ampia discrezionalità. A ciò si aggiunga che anche la circolare n. 3 del 2022 dell'Ispettorato nazionale del lavoro (d'ora in poi, Inl), che avrebbe dovuto chiarire la portata di tali verifiche, ha concorso, in realtà, a complicare ulteriormente il quadro regolativo. Infatti, oltre alla sussistenza dei predetti requisiti, al professionista o all'organizzazione datoriale viene altresì richiesto di acquisire «una dichiarazione, ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, del datore di lavoro […] circa le esigenze sottostanti la richiesta dei nullaosta», ovvero delle ragioni economiche e produttive che giustificano la richiesta di manodopera straniera, ampliando ulteriormente i poteri valutativi dei soggetti privati nel rilascio dell'asseverazione.

Come già osservato in dottrina, si tratta di una vera e propria "privatizzazione"[12] della procedura che attribuisce ai privati ampi poteri discrezionali e concentra in modo eccessivo il controllo nel rilascio dell'attestazione nelle mani delle organizzazioni datoriali. La difficoltà e la discrezionalità di tali riscontri, da valutare, poi, anche in relazione a ciascun lavoratore che si intende assumere (per il 2025, nel limite di tre per ogni datore di lavoro) non è detto che costituisca un efficace strumento di prevenzione dell'utilizzo illecito delle quote: piuttosto, ben potrebbe prestare il fianco a comportamenti opportunistici tra professionisti e datori di lavoro[13]. Sul punto, giova segnalare che né la legge, né le circolari ministeriali e/o dell'Inl impongono la sussistenza di una connessione tra l'attività produttiva esercitata in via principale dal datore di lavoro e il comparto produttivo in cui agisce l'organizzazione datoriale a cui il medesimo datore conferisce mandato. Ben potrebbe, dunque, un imprenditore edile conferire mandato all'organizzazione datoriale comparativamente più rappresentativa che tutela gli interessi del comparto tessile, posto che sarà quest'ultima a dover effettuare le verifiche di congruità – compresa l'osservanza del contratto collettivo di lavoro[14] – ai fini del rilascio dell'asseverazione. Il rischio più evidente è quello che la verifica di congruità possa essere svolta senza adeguata conoscenza delle

[12] A. GUARISO, *D.lgs. 20/2023 e d.lgs. 152/2023: una nuova fase degli ingressi per lavoro*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2024, 12.

[13] In tal senso W. CHIAROMONTE, *Una lettura giuslavoristica del d.l. 20/2023: le inadeguate politiche migratorie del Governo Meloni*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 3/2023, 447.

[14] Sulla discrezionalità nella verifica della regolarità del contratto collettivo applicabile si rinvia alle osservazioni critiche di A. GUARISO, cit., 12.

dinamiche produttive del settore di competenza del datore di lavoro e che, conseguentemente, questo possa incentivare fenomeni di "*forum shopping*" orientando i datori di lavoro a conferire mandato alle organizzazioni che garantiscono controlli meno stringenti.

L'asseverazione non è richiesta, per espressa previsione dell'art. 24-*bis*, co. 3, Tui, ove le istanze siano direttamente presentate per conto dei datori di lavoro dalle «organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che hanno sottoscritto con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali un apposito protocollo di intesa con il quale si impegnano a garantire il rispetto, da parte dei propri associati, dei requisiti di cui al comma 1». In altri termini, usufruendo del canale di presentazione delle istanze riservato alle organizzazioni datoriali (di cui si dirà *infra*), il datore di lavoro è esonerato dalla presentazione dell'asseverazione, nel presupposto che sia l'organizzazione stessa a effettuare internamente le suddette verifiche.

L'esonero, che trova applicazione anche per il lavoro stagionale, è controbilanciato, come anticipato, dall'onere, posto in capo all'organizzazione datoriale a cui il datore di lavoro sia iscritto e che abbia sottoscritto il Protocollo d'intesa con il Ministero del lavoro, di garantire il rispetto, da parte dei propri associati, dei requisiti di cui all'art. 24-*bis*, co. 1, Tui. A tal proposito, il primo Protocollo di intesa, sottoscritto nel 2022, impegnava le organizzazioni datoriali firmatarie meramente «*ad acquisire idonea attestazione* […] per conto di ogni datore di lavoro che ha conferito apposito mandato» (corsivo di chi scrive) circa la sussistenza dei requisiti richiesti, senza uno specifico obbligo di verificarne la veridicità. Con il rinnovo nel 2024 di tale Protocollo si prende consapevolezza che la mera acquisizione di una auto-dichiarazione rischia di essere incompatibile, *ex multis*, con i principi del giusto procedimento amministrativo[15] e si impone, così, alle medesime organizzazioni datoriali di "garantire" il rispetto dei requisiti richiesti dalla procedura di asseverazione. Ma si tratta di un "apparente" passo in avanti, in quanto, ancora una volta, non vengono specificate le modalità attraverso cui le organizzazioni datoriali debbano "garantire" che i propri associati rispettino i requisiti di congruità richiesti per il rilascio dell'asseverazione[16], né tantomeno le loro eventuali responsabilità giuridiche per il caso di false auto-

[15] Vd. A. GUARISO, cit., 14, che parla a tal proposito di "finzione di adempimento".

[16] Cfr. C. DE MARTINO, *Il d.l. 73/2022 sul rilascio del nulla osta al lavoro: un'opportunità non priva di rischi*, *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, luglio 2022; M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, cit., 9.

dichiarazioni dei propri associati[17]. Permane, dunque, il rischio di differenze applicative e di margini di discrezionalità non giustificati tra le varie organizzazioni, con la conseguente possibilità, già paventata *supra*, che si instaurino prassi collusive tra le organizzazioni datoriali e i rispettivi aderenti, agevolate da una generale impunità delle prime per le false attestazioni dei secondi.

A ogni modo, resta ferma la possibilità da parte dell'Inl, dell'Agenzia delle entrate e, relativamente al settore agricolo, dell'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (d'ora in poi, Agea), «di effettuare controlli a campione»[18] sul rispetto dei requisiti e delle procedure di asseverazione.

3.1. *Alla ricerca della "semplificazione" perduta (e solo promessa)*

Resta da verificare se l'esonero dal processo di asseverazione, nonostante le criticità sopra richiamate, abbia quantomeno ridotto i tempi delle procedure.

Ebbene, bisogna tener conto che sulla disciplina descritta è intervenuto più di recente il d.l. 146/2025, il quale, all'art. 2, co. 1, ha generalizzato l'obbligo procedurale consistente nella precompilazione delle istanze[19]. Tale adempimento, ora recepito nei commi 2-*bis*.1 e 2-*bis*.2 dell'art. 22 del Tui e che trova applicazione anche per i lavoratori stagionali[20], deve essere effettuato circa quattro mesi prima dei c.d. *click days*, e riguarda non soltanto i singoli datori di lavoro, ma anche le organizzazioni datoriali che abbiano sottoscritto il Protocollo d'intesa richiamato in precedenza. Specularmente, il d.l. 146/2025 ha stabilizzato i controlli amministrativi che intervengono sulla procedura in commento prevedendo che, nel periodo intercorrente tra la fase di precompilazione e quella del *click day*, l'Inl, l'Agenzia delle Entrate e, con riferimento al settore primario, anche l'Agea, debbano eseguire controlli preventivi volti a verificare la congruità del numero di richieste presentate da ciascun datore di lavoro e il rispetto delle previsioni della contrattazione collettiva, «tenendo conto anche degli elementi di cui all'articolo 24-*bis*, comma 2».

La novella normativa produce, tuttavia, almeno due conseguenze di rilievo. Da un lato, prolunga sensibilmente i tempi procedimentali, sottoponendo di fatto il datore di lavoro a un duplice controllo – pubblico e privato

[17] Così osserva anche C. DE MARTINO, cit., 614.

[18] Cfr. Art. 24-*bis*, co. 4, Tui.

[19] La precompilazione è stata introdotta dal d.l. 145/2024 in via sperimentale per il solo anno 2025.

[20] Cfr. art. 24, co. 1, Tui come modificato dal d.l. 146/2025.

– poiché l'obbligo di asseverazione non è stato, *medio tempore*, abrogato[21]. Dall'altro, pone un argine al "privilegio" di cui godono le organizzazioni datoriali, poiché anch'esse, pur escluse dall'obbligo di asseverazione, vengono ora assoggettate a verifiche preventive da parte delle autorità amministrative aventi a oggetto, tra l'altro, proprio i medesimi requisiti richiesti ai fini dell'asseverazione. Ne deriva una duplicazione dei controlli poco razionale – nell'ottica della semplificazione dei procedimenti – non solo per i datori di lavoro, ma anche per le stesse organizzazioni datoriali, che vengono sottoposte alla verifica (pubblicistica) di un controllo rispetto al quale esse stesse sono state *ex lege* esonerate proprio al fine di rendere più celere la procedura. Sarebbe stato, invero, più opportuno che la precompilazione avesse del tutto sostituito il meccanismo dell'asseverazione, introducendo un solo controllo amministrativo *ex ante* per entrambi i soggetti (al contrario di quelli eventuali oggi previsti *ex post* e a campione) accompagnato da un potenziamento degli organici delle strutture a ciò deputate.

Quanto alla possibilità che tale sistema contribuisca a ridurre i tempi delle procedure, il rapporto "EroStraniero", relativo al monitoraggio dei flussi 2023-2024[22], consente di effettuare alcune prime valutazioni. Dal rapporto emerge che le istanze precompilate nel novembre 2024 coincidono, nella sostanza, con le quote messe a disposizione per i flussi 2025: parrebbe un dato positivo se paragonato alla proporzione tra il numero di domande pervenute e le quote stabilite negli anni precedenti (di cui le prime raggiungevano anche il quintuplo delle seconde). Tuttavia, questo dato, sebbene rivendicato dal Viminale come esito positivo dei controlli effettuati nella fase della precompilazione[23], è stato smentito dallo stesso Inl che ha dichiarato la completa assenza di controlli – quantomeno con riferimento a tale prima fase – per ragioni di malfunzionamento delle piattaforme informatiche[24]. Pertanto, il calo o, meglio, il riallineamento delle istanze precompilate con le quote messe effettivamente a disposizione può essere più semplicemente ricondotto alla maggiore onerosità, in termini burocratici, della procedura[25] più che all'operatività di un presunto effetto deterrente di controlli amministrativi –

[21] Vd. M. D'Onghia, C. de Martino, cit., 8. La medesima criticità è evidenziata dall'ASGI in sede di audizione nell'ambito della discussione del d.l. 145/2024, reperibile al link: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2024/10/relazione-su-DL-145-del-2024.docx.pdf.

[22] Cfr. nota 1.

[23] Cfr. Decreto flussi 2025: al via il primo click day | Ministero dell'Interno.

[24] La notizia della smentita si apprende dalla stampa, cfr. L'Ispettorato del lavoro contesta il Viminale sul click day: "Mai viste le domande" - la Repubblica.

[25] Così suggerisce anche il Rapporto della rete "Ero Straniero", cit., 9.

di fatto, nemmeno mai avvenuti – con maggiori rischi e minori protezioni per i lavoratori coinvolti.

4. *Riserva di quote prioritarie per i lavoratori stagionali*

Passando al secondo profilo, la sperimentazione avviata con il d.p.c.m. del 21 dicembre 2021, che riserva alle organizzazioni datoriali una quota ad *hoc* per la presentazione delle domande relative agli ingressi per lavoro stagionale, è stata riconfermata dal d.p.c.m. del 16 ottobre 2025. Sul punto, nell'ambito delle 88.000 quote di ingresso indicate per l'anno 2026, alle organizzazioni datoriali sono riservati 47.000 ingressi per il comparto primario e 13.000 per il settore turistico/alberghiero[26]. Le relative istanze di nulla osta all'ingresso in Italia sono, dunque, assegnate prioritariamente alle domande presentate dalle organizzazioni datoriali, individuate dallo stesso d.p.c.m., per conto e in nome dei datori di lavoro. Solo una volta esaurita tale quota, i Sui rilasceranno i nulla osta sulle altre istanze di lavoro stagionale, secondo l'ordine cronologico di arrivo al sistema informatizzato degli sportelli medesimi.

Sul punto occorre effettuare alcune considerazioni critiche.

In primo luogo, il mancato coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nel procedimento rischia di porsi in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della Convenzione Ilo n. 143/1975 che impone modalità bilaterali nella gestione del lavoro migrante[27].

In secondo luogo, preme sottolineare che, al netto delle sotto-quote assegnate e già attribuite ai diversi gruppi di lavoratori stagionali, non residuano quote di ingresso fruibili per il singolo datore di lavoro che voglia assumere un lavoratore stagionale – a meno che non si tratti di lavoratore stagionale con contratto pluriennale o con diritto di precedenza – all'infuori di quelle messe a disposizione per il tramite delle organizzazioni datoriali di settore.

Spostando l'attenzione sul ruolo delle organizzazioni datoriali nella procedura, il d.p.c.m. dispone che queste «assumono […] l'impegno a sovraintendere alla conclusione del procedimento di assunzione dei lavoratori fino all'effettiva sottoscrizione dei rispettivi contratti di lavoro, ivi compresi gli adempimenti di comunicazione previsti dalla normativa vigente». Pertanto, le organizzazioni datoriali non dovranno limitarsi esclusivamente a inoltrare le

[26] Art. 7, co. 4, d.p.c.m. del 16 ottobre 2025.

[27] Cfr. R.D. Costa, A. Sgroi, cit., 11-12; M. D'Onghia, C. de Martino, cit., 9.

istanze, ma dovranno procedere, per conto del datore di lavoro, anche alla trasmissione dell'eventuale documentazione richiesta dal Sui a integrazione di quanto dichiarato e alla successiva sottoscrizione digitale del contratto di soggiorno, inclusi gli adempimenti amministrativi presso gli enti competenti[28].

5. *Limiti e potenzialità del ruolo delle organizzazioni datoriali nelle procedure di accesso dei lavoratori stagionali in agricoltura*

Nel quadro delineato, i limiti e le potenzialità emersi in relazione al ruolo delle organizzazioni datoriali nella procedura di ingresso dei lavoratori stagionali assumono tratti peculiari se riferiti al settore agricolo.

Quanto ai limiti, si segnala criticamente che, nell'ambito dell'attribuzione della quota prioritaria riservata, è lo stesso d.p.c.m. del 16 ottobre 2025 che individua – solo per il comparto primario – i destinatari. Si tratta delle organizzazioni Cia, Coldiretti, Confagricoltura, Copagri, Alleanza delle cooperative, che comprende Lega cooperative e Confcooperative. Come già osservato, se, da un lato, non è stata fornita alcuna specificazione circa il criterio selettivo adottato per individuare queste, e non altre, organizzazioni datoriali[29]; dall'altro, è altresì criticabile la scelta di definirne «un *numerus clausus*»[30].

Si consideri, inoltre, che i medesimi soggetti elencati nel d.p.c.m., in quanto firmatari del Protocollo d'intesa con il Ministero del lavoro, sono esentati dall'obbligo di presentare l'asseverazione. Tale esonero non li sottrae ai controlli preventivi introdotti dal sistema di precompilazione delle domande affidati – per il solo comparto agricolo – all'Agea, e rispetto ai quali si ripropongono, *mutatis mutandis*, le criticità già evidenziate in precedenza[31].

A questo riguardo, va anche ricordato che l'Agea svolge un ruolo centrale nella gestione dei controlli previsti in materia di condizionalità sociale introdotta dalla Politica Agricola Comune 2023-2027 che vincola l'erogazione dei pagamenti europei all'assenza di sanzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di condizioni di impiego prevedibili e trasparenti[32]. Da un punto di

[28] cfr. Circolare interministeriale n. 8047/2025.

[29] Così R.D. COSTA, A. SGROI, *Regolazione dei flussi e misure di tutela per le vittime di sfruttamento nel d.l. 145/2024*, in *W.P. Fa.ri.*, n. 5/2024, 14.

[30] C. DE MARTINO, cit., 612.

[31] Cfr. par. 3.1.

[32] Sul punto si veda per tutti I. CANFORA, V. LECCESE, *Nuove dinamiche della filiera agroalimentare, tra strumenti correttivi del mercato e condizionalità sociale,* in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 4/2024, 864 ss.

vista teorico, si potrebbe auspicare che i controlli effettuati dall'Agea nell'ambito delle procedure di assunzione dei lavoratori stagionali extra-Ue assumano una funzione selettiva, orientata a individuare i datori di lavoro agricoli meno virtuosi sui quali concentrare verifiche mirate in materia di condizionalità sociale e, se del caso, applicare le sanzioni ivi previste.

Con riferimento, invece, alle potenzialità connesse all'attribuzione di una quota di riserva prioritaria alle organizzazioni datoriali agricole, i dati relativi al numero di domande andate a buon fine con la sottoscrizione del contratto indicano un tasso di successo superiore rispetto alla "procedura ordinaria"[33]. Per il settore agricolo, infatti, il contributo delle organizzazioni datoriali si conferma particolarmente rilevante: quasi il 90% del totale dei contratti sottoscritti nel 2024 (4.769 su 5.267 domande presentate) proviene da tali soggetti. Ma d'altronde, tale esito non dovrebbe sorprendere dal momento che, come anticipato, le organizzazioni datoriali agricole costituiscono (allo stato attuale) l'unico canale per la presentazione delle istanze.

Tuttavia, è proprio rispetto alla presenza di questa "corsia preferenziale" che emerge con maggiore evidenza l'esito positivo della semplificazione procedurale avviata per mezzo dell'intervento delle organizzazioni datoriali. Semplificazione che si manifesta sia nel numero di contratti sottoscritti, sia nel ruolo di facilitatori che tali organizzazioni svolgono lungo l'intero *iter* amministrativo, fino alla stipula del contratto di lavoro. Tale funzione appare, del resto, cruciale rispetto alla generale percezione di una procedura eccessivamente complessa per essere gestita in autonomia dai singoli datori di lavoro[34]. Ciò non toglie, però, che anche per le assunzioni stagionali in agricoltura si confermi il *trend* strutturalmente negativo riguardante il numero di procedimenti conclusi (4.769) rispetto alle quote messe a disposizione (35.850 unità)[35].

A ogni modo, se questi dati appaiono sufficienti a giustificare la scelta di continuare a riconoscere alle organizzazioni datoriali una quota di riserva prioritaria, soprattutto nel settore agricolo, rimane, tuttavia, irrisolta la questione se la stessa logica possa essere estesa al procedimento di asseverazione[36], il quale presenta criticità proprie e non necessariamente sovrapponibili a quelle delle procedure di accesso alle quote.

[33] Si vedano, ancora, le rilevazioni della campagna "EroStraniero" del 2023.

[34] Ciò è dimostrato dalle interviste effettuate agli operatori di settore nell'ambito del rapporto "EroStraniero" 2023. Sul punto anche A. DELLA VECCHIA, *Il ruolo delle associazioni datoriali nella governance dei flussi migratori*, in Bollettino ADAPT, 24 febbraio 2025, n. 8.

[35] Cfr. circolari interministeriali n. 1109/2024 e n. 2525/2024.

[36] *Contra* D. LAFRATTA, *Il decreto flussi tra vecchie ombre e nuove esigenze*, in *Labor*, n. 4/2022, 466.

IMMIGRAZIONE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA. QUALE RUOLO PER LE PARTI SOCIALI NELLA REGOLAZIONE DEL LAVORO DEGLI STRANIERI?

Rossella Ciavarella*

SOMMARIO: 1. Introduzione e delimitazione del campo di indagine. – 2. Il ruolo delle parti sociali nella *governance* del fenomeno migratorio. – 3. Contrattazione collettiva e lavoro migrante: una rassegna sistematica. – 4. Prime (brevi) osservazioni conclusive.

1. *Introduzione e delimitazione del campo d'indagine*

La riflessione sviluppata nei precedenti contributi ha messo in luce come l'attuale sistema di ingresso regolare per motivi di lavoro continui a presentare profili di forte criticità, specie per quanto attiene l'effettività dei meccanismi previsti dalla legge e la coerenza complessiva dell'impianto normativo.

In particolare, appare sempre più evidente il divario tra il riconoscimento, ormai diffuso, della strutturale necessità di manodopera straniera regolare e l'inadeguatezza degli strumenti approntati per governare tale fabbisogno, che continuano a muoversi entro un paradigma essenzialmente pubblicistico. Infatti, le politiche e le procedure che regolano l'ingresso e l'impiego dei lavoratori stranieri restano saldamente ancorate a meccanismi di natura amministrativa, scarsamente permeabili alle dinamiche reali del mercato del lavoro.

In tale prospettiva, nella disamina dottrinale della disciplina del lavoro degli stranieri si tende frequentemente a dimenticare il ruolo della dimensione collettiva. Eppure, da un lato, le parti sociali sono formalmente coinvolte in funzioni consultive rilevanti nella programmazione e gestione dei flussi; dall'altro, negli ultimi anni, la contrattazione collettiva ha progressivamente assunto un ruolo più consapevole, introducendo nei contratti collettivi, sia di livello nazionale che decentrato, previsioni dirette a favorire l'inclusione sociale e lavorativa dei lavoratori migranti.

Poste tali premesse, nel presente contributo si intende indagare proprio il ruolo delle parti sociali nella *governance* del fenomeno migratorio, per poi, senza alcuna pretesa di esaustività, compiere un'analisi empirica dei contratti

* Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro, Università degli studi di Foggia.

collettivi dei settori produttivi nei quali vengono maggiormente impiegati lavoratori stranieri[1], con un *focus* particolare sui contratti nazionali e qualche cenno su quelli territoriali (in agricoltura e in edilizia).

Tanto, al fine di verificare se, e in che modo, il sistema di relazioni industriali italiano stia provando ad armonizzare le previsioni contrattuali alla mutata composizione demografica della manodopera, concorrendo a disciplinare l'inserimento lavorativo dei migranti nel mercato del lavoro.

2. *Il ruolo delle parti sociali nella governance del fenomeno migratorio*

Nella *governance* del fenomeno migratorio, alle parti sociali sono affidate essenzialmente funzioni consultive e, solo in taluni casi, di concreta attuazione delle politiche in materia di immigrazione e integrazione.

Originariamente, il Testo unico sull'immigrazione (d'ora in poi TUI)[2] ha previsto il coinvolgimento diretto delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro nella definizione delle quote d'ingresso per lavoro. Successivamente, però, il d.l. 10 marzo 2023, n. 20[3], ha superato la necessità dell'adozione di un documento programmatico, affidando al Governo, per i trienni 2023-2025 e 2026-2028, il compito di stabilire le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per motivi di lavoro.

È stata, pertanto, abolita la partecipazione diretta delle parti collettive alla programmazione dei flussi, limitando la consultazione al solo Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), organo nel quale sono comunque rappresentate collegialmente anche le parti sociali.

Nel TUI, alla partecipazione (ormai piuttosto sfumata) al processo di programmazione delle quote di ingresso per motivi di lavoro si affiancano

[1] Secondo le più recenti statistiche (*XV RAPPORTO ANNUALE. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia,* consultabile al *link*: *https://www.lavoro.gov.it/sites/default/files/temi-e-priorita%2C%20immigrazione/studi-e-statistiche/XV%20Rapporto%20MdL%20Stranieri%202025.pdf*), «nel 2024, nei servizi personali e collettivi il 30,9% degli occupati è straniero, segue l'agricoltura con il 20%; nella ristorazione e turismo e nelle costruzioni l'incidenza degli occupati stranieri è, rispettivamente, del 18,5% e del 16,9%». Per tale ragione, l'analisi ha riguardato i seguenti Contratti di primo livello: CCNL Operai Agricoli e Florovivaisti (Codice CNEL A011); CCNL Tessili-Industria (Codice CNEL D028); CCNL Tessili-Artigianato (Codice CNEL V751); CCNL Edilizia-Industria (Codice CNEL F011); CCNL Lavoro Domestico (Codice CNEL H501); CCNL Turismo Confcommercio (Codice CNEL H05Z).

[2] Art. 3.

[3] Convertito in legge 5 maggio 2023, n. 50.

molteplici strumenti di consultazione che prevedono il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e datoriali nei processi di formazione e integrazione dei lavoratori migranti.

Un primo esempio significativo è costituito dai programmi di formazione pre-partenza nei paesi di origine, la cui realizzazione avviene sulla base dei fabbisogni manifestati dalle «associazioni di categoria del settore produttivo interessato»[4] e consente l'ingresso "fuori quota" dei lavoratori che completino positivamente il percorso formativo.

Le parti sociali possono essere invitate, inoltre, alle riunioni del Comitato per il coordinamento e il monitoraggio delle politiche migratorie[5] e siedono nell'Organismo nazionale di coordinamento delle politiche di integrazione[6], istituito presso il CNEL, con funzioni consultive e di monitoraggio dei processi locali di inclusione. Le parti collettive dovrebbero designare, poi, dei propri rappresentanti presso un altro organismo previsto dal TUI[7], ma attualmente non operativo: si tratta della Consulta per i problemi degli stranieri immigrati e delle loro famiglie, istituita con la finalità di acquisire «osservazioni degli enti e delle associazioni nazionali maggiormente attivi nell'assistenza e nell'integrazione degli immigrati», migliorare il collegamento con i Consigli territoriali per l'immigrazione[8], nonché esaminare le «problematiche relative alla condizione degli stranieri immigrati».

In realtà, le parti sociali non svolgono un ruolo consultivo esclusivamente in relazione alla gestione dei flussi migratori per motivi economici. Non a caso, nel Tavolo di coordinamento nazionale insediato presso il Ministero dell'Interno, istituito dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18[9], si prevede la possibilità della partecipazione delle parti sociali anche nella definizione del piano biennale per l'integrazione dei beneficiari di protezione internazionale, che include misure in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro, formazione

[4] Art. 23, co. 2-*bis* TUI.

[5] Art. 2-*bis* TUI.

[6] L'organismo, la cui attuale composizione è determinata dalla determinazione del Presidente del CNEL n. 14 del 13 dicembre 2023, è previsto «allo scopo di individuare, con la partecipazione dei cittadini stranieri, le iniziative idonee alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'effettivo esercizio dei diritti e dei doveri dello straniero» dall'art. 42, co. 3, TUI.

[7] Art. 42, co. 4, TUI. L'ultimo decreto costitutivo della Consulta è il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 9 novembre 2007.

[8] In tal senso, l'art. 55, co. 2, d.p.R. 31 agosto 1999, n. 394, prevede che il Presidente della Consulta può invitare a partecipare ai lavori della Consulta i rappresentanti del Consigli territoriali.

[9] Art. 1, co. 8.

linguistica, accesso all'alloggio e contrasto alla discriminazione. Tale collaborazione si esprime anche attraverso protocolli settoriali, come il Protocollo d'Intesa del 2022 per l'inserimento socio-lavorativo dei titolari di protezione internazionale nel settore edile[10], che prevede la promozione di percorsi formativi mirati, erogati dagli enti bilaterali, oltre che di opportunità lavorative in edilizia.

A ciò si aggiunga che le organizzazioni sindacali e datoriali sono parte attiva del Tavolo inter-istituzionale per il contrasto allo sfruttamento lavorativo e al caporalato[11], contribuendo alla definizione e all'attuazione del Piano triennale 2020–2022, che contempla azioni specifiche a favore dei lavoratori migranti, particolarmente esposti a fenomeni di sfruttamento.

Le parti sociali partecipano, poi, alle Consulte regionali per gli stranieri[12], contribuendo alla predisposizione di piani d'azione per l'integrazione, la prevenzione dello sfruttamento e il coordinamento dei servizi territoriali.

[10] Protocollo di intesa per favorire l'inserimento socio lavorativo di richiedenti e titolari di protezione internazionale e altri cittadini stranieri in condizioni di vulnerabilità, stipulato tra Ministero del lavoro e delle politiche sociali – direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione e Ance, Feneal Uil, Filca – Cisl, Fillea – Cgil, il 16 maggio 2022.

[11] Il c.d. "Tavolo caporalato" è stato istituito dall'art. 25-*quater* del D.L. 23 ottobre 2018, n. 119, come convertito, con modificazioni, dalla L. n. 136 del 17 dicembre 2018 e le relative modalità organizzative e operative sono definite nel Decreto Interministeriale del 4 luglio 2019. Il Tavolo, inizialmente previsto per un triennio fino al mese di settembre 2022, è stato poi prorogato fino al 3 settembre 2025 con il Decreto interministeriale del 17 giugno 2022 - che ha altresì aggiornato il Decreto di organizzazione e funzionamento - e, infine, stabilizzato con l'art. 8, D.L. 3 ottobre 2025, n. 146, che lo ha reso un organismo permanente.

[12] A titolo esemplificativo, si veda la Legge Regionale Veneto n. 9 del 30 gennaio 1990, che istituisce la Consulta Regionale per l'Immigrazione con il fine di facilitare l'integrazione dei cittadini extracomunitari residenti in Veneto e il dialogo con la comunità locale. La Consulta opera presso la Giunta regionale della Regione del Veneto sotto la direzione del Presidente, o Assessore delegato, ed è composta rappresentanti delle organizzazioni che operano con continuità a favore dell'immigrazione e delle associazioni di immigrati extracomunitari iscritte al Registro Regionale, nonché da esponenti delle istituzioni, dei patronati, delle organizzazioni, datoriali, imprenditoriali e dei lavoratori. In Sardegna, la Consulta è stata istituita dall'art. 10 della legge regionale 24 dicembre 1990, n. 46, ed è composta dall'Assessore regionale del Lavoro, che la presiede, da rappresentanti dei lavoratori extracomunitari designati dalle loro associazioni, da rappresentanti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro più rappresentative in regione, da esperti in materia di immigrazione nominati dalla Giunta, da rappresentanti delle associazioni attive nell'assistenza all'emigrazione e all'immigrazione e da un funzionario dell'Assessorato del Lavoro. Per un'analisi compiuta della legislazione regionale e delle Consulte regionali per gli stranieri, v. V. FERRAIUOLO, *Le nuove politiche regionali in materia di partecipazione degli stranieri*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2012, p. 1 ss.

Peraltro, a livello comunale e provinciale, la loro presenza è prevista in genere anche nelle Consulte per gli stranieri, istituite a livello locale, e nei Consigli territoriali per l'immigrazione[13], incaricati di analizzare le esigenze del territorio e promuovere interventi operativi coordinati con la Direzione centrale per le politiche migratorie.

Dunque, le organizzazioni sindacali (sia dei lavoratori sia datoriali), pur non detenendo un potere decisionale diretto nella determinazione delle politiche migratorie, assumono un ruolo di rilievo nella programmazione degli interventi e nella realizzazione di percorsi di integrazione socio-lavorativa, contribuendo alla definizione di politiche pubbliche coerenti con le esigenze reali del mercato del lavoro e della popolazione migrante. A tale processo partecipano anche le organizzazioni del terzo settore, tanto da poter parlare, come rilevato dall'OIL[14], di un modello italiano di *governance* delle migrazioni c.d. "tripartito allargato" , nel quale alle rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro si affiancano attori del terzo settore con competenze specifiche in materia di migrazioni.

Infine, oltre a queste funzioni di carattere *lato sensu* politico, la partecipazione delle parti sociali al governo del fenomeno migratorio si concretizza sempre più spesso in adempimenti tipicamente burocratici, funzionali agli ingressi per motivi di lavoro. Si pensi, ad esempio, alla trasmissione delle domande relative ai flussi per motivi di lavoro subordinato e stagionale, ruolo tradizionalmente affidato alle organizzazioni sindacali e datoriali per il tramite degli istituti di patronato.

Più di recente, a partire dal 2022, alle sole organizzazioni datoriali[15] è riservato un canale privilegiato per la presentazione delle domande di lavoro stagionale ed è concessa la possibilità di trasmettere le domande di nulla osta senza una preventiva asseverazione[16]. A ciò si aggiunga che negli ultimi due decreti[17] le associazioni datoriali (unitamente alle agenzie per il lavoro) sono

[13] Art. 3, co. 6, TUI, attuato dall'art. 57 d.p.R. n. 394/1999.

[14] OIL, Le relazioni industriali sulle migrazioni per lavoro. Analisi delle politiche sulle migrazioni per lavoro, Roma, 2023, consultabile al *link*: *https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-06/relazioni_industriali_migrazioni.pdf*.

[15] Per un approfondimento, v. A. ABBASCIANO, in questo volume.

[16] La procedura di asseverazione era stata prevista in via transitoria per gli anni 2021 e 2022 dal d.l. 73/2022, convertito in l. 198/2022, e poi estesa al 2023 dal decreto "milleproroghe" (art. 9, co. 2, d.l. 198/2022, convertito in l. 14/2023). Sul tema, si rinvia a C. DE MARTINO, M. D'ONGHIA, *L'ennesimo decreto legge sugli ingressi per lavoro: deboli segnali di un cambio di marcia ma ancora lontani da una riforma inclusiva*, in *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, 1/2025, p. 3 ss.

[17] Art. 2 d.l. 145/2024 e art. 5 del d.l. 146/2025.

state abilitate a presentare le istanze extra-quote riservate ai lavoratori impiegati nell'assistenza familiare e socio-sanitaria.

3. *Contrattazione collettiva e lavoro migrante: una rassegna sistematica*

Passando ad esaminare il ruolo delle parti sociali sul versante delle tutele fornite ai lavoratori migranti all'interno del rapporto di lavoro, occorre guardare alle previsioni contrattuali destinate specificamente a tale tipologia di lavoratori.

La contrattazione collettiva è considerata in dottrina una modalità attraverso cui le forze sociali governano congiuntamente le problematiche economiche e legate al lavoro, incidendo sull'evoluzione dell'intero ordinamento giuridico, anche oltre la mera disciplina dei singoli rapporti di lavoro tra soggetti privati[18]. Secondo la tradizionale impostazione dottrinale il contratto collettivo, infatti, non è solamente uno strumento di tutela dei lavoratori subordinati, ma anche un sistema di norme che, ponendo le «regole del gioco»[19], disciplina il funzionamento del rapporto di lavoro e, al contempo, del mercato, attraverso delle misure che consentano di equilibrare interessi di forze sociali contrapposte e in conflitto[20].

In linea generale, i contratti collettivi si sforzano di costruire uno spazio regolativo autonomo rispetto alla disciplina eteronoma in materia di immigrazione, muovendosi su più versanti: promozione delle competenze linguistiche e formative, sostegno amministrativo e accesso al soggiorno regolare, agevolazioni per la mobilità tra Paese d'origine e Paese di lavoro, tutela dei diritti culturali e religiosi, sostegno all'integrazione, alla sicurezza e alle pari opportunità dei lavoratori migranti. Viene così a delinearsi un sistema contrattuale che, pur nella varietà delle singole categorie, si sforza di riconoscere i lavoratori stranieri come soggetti pienamente partecipi delle dinamiche produttive e portatori di esigenze specifiche che la contrattazione, più che il legislatore, è in grado di comprendere e di valorizzare.

[18] Sul punto v. M. TIRABOSCHI, *Sulla funzione (e sull'avvenire) del contratto collettivo di lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3/2022, p. 792.

[19] Cfr. F. D'ADDIO, *La professionalità nella contrattazione collettiva*, in *Professionalità e studi*, 1-2/2018, p. 2.

[20] Così G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, 1960, p. 13. In generale, sulle funzioni del contratto collettivo nell'ordinamento giuridico e intersindacale, v. M. G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 4/2011, p. 515 ss.

Tutto questo emerge molto chiaramente esaminando direttamente (sia pure in via sommaria) alcuni contratti collettivi (di livello sia nazionale sia decentrato) relativi ai settori dell'agricoltura, dell'edilizia, del turismo, dei servizi domestici e del tessile.

Un primo nucleo di interventi riguarda la formazione linguistica e l'accesso alla conoscenza, intesi come pre-requisiti essenziali dell'inclusione socio-lavorativa. A questo proposito, va anzitutto menzionato il CCNL Operai Agricoli e Florovivaisti[21], il quale consente ai lavoratori stranieri di utilizzare i permessi retribuiti per la frequenza di corsi di lingua italiana presso enti pubblici o accreditati, mentre alcuni contratti decentrati nel comparto agricolo[22] impegnano direttamente gli enti bilaterali a disciplinare l'erogazione di corsi di lingua italiana. Nel settore manifatturiero, invece, val la pena richiamare il CCNL Tessili-Industria, il quale amplia fino a 200 le ore annue di permesso retribuito per corsi di alfabetizzazione e lingua italiana. Analogamente, nel turismo, il CCNL[23] cerca di rispondere alla significativa presenza di lavoratori stranieri nel comparto e alla necessità di rafforzare le competenze linguistiche dei lavoratori (con evidenti ricadute anche sulla qualità del servizio), prevedendo piani formativi per l'apprendimento dell'italiano, finanziati tramite i fondi per la formazione continua, ma anche disponendo che venga realizzata una sintesi in più lingue del contratto collettivo, così da assicurare una conoscenza effettiva delle regole del rapporto di lavoro.

Un secondo ambito di interventi ha per oggetto la regolarità del soggiorno, elemento cruciale per garantire ai lavoratori immigrati un regolare permesso di soggiorno e, conseguentemente, la costruzione di veri percorsi di inclusione sociale[24]. Nel settore edilizio, il CCNL Edilizia-Industria[25] impone l'obbligo per i lavoratori stranieri di presentare la documentazione relativa alla richiesta

[21] Per un commento degli artt. 38-40 sulla disciplina contrattuale dei permessi e dei congedi, si rinvia a P. TULLINI, *Norme di organizzazione aziendale e del lavoro*, in S. CECCONI (a cura di), *CCNL per gli operai agricoli e florovivaisti. Commento ragionato*, Torino, 2025, p. 118 ss.

[22] Cfr. art. 29 Contratto Provinciale di Lavoro per gli operai agricoli e florovivaisti della provincia di Foggia e dei Comuni di Margherita di Savoia, San Ferdinando di Puglia e Trinitapoli del 26 dicembre 2024.

[23] Art. 102.

[24] Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Politiche di inclusione sociale e contrasto all'irregolarità del soggiorno*, in A. C. AMATO MANGIAMELI, L. DANIELE, M. R. DI SIMONE, E. TURCO BULGHERINI (a cura di), *Immigrazione, marginalizzazione, integrazione*, Torino, 2018, p. 290: «Non sembra necessitare di particolare sforzo probatorio l'osservazione secondo la quale la regolarità del soggiorno costituisce una premessa fondamentale per qualsiasi percorso di inclusione sociale».

[25] Art. 41.

o al rinnovo del permesso di soggiorno e affida a Formedil un ruolo strategico nella formazione all'estero come strumento di ingresso regolare nel settore[26]. Nel turismo, gli enti bilaterali territoriali assumono invece funzioni dirette di supporto amministrativo: il CCNL[27] prevede la realizzazione di attività di assistenza nella gestione delle pratiche di rinnovo del permesso di soggiorno, riconoscendo che la complessità burocratica possa costituire una barriera sostanziale alla permanenza regolare nel territorio nazionale.

La contrattazione affronta poi il tema della mobilità transnazionale e della conciliazione tra lavoro in Italia e legami con il Paese d'origine, partendo dall'osservazione che un progetto migratorio può prevedere rientri periodici o necessità particolari che hanno bisogno di essere disciplinate. A questi fini, il CCNL Lavoro Domestico[28] ammette l'accumulo biennale delle ferie per consentire rientri temporanei non definitivi. Più articolate sono le soluzioni del CCNL Tessili-Artigianato, che contempla il cumulo di ferie e ROL[29] per i rientri nel Paese di origine, la possibilità di ricorrere a permessi non retribuiti se quelli retribuiti non fossero sufficienti e finanche la conservazione del posto di lavoro per i lavoratori extra-comunitari chiamati a svolgere il servizio di leva nel proprio Stato, subordinatamente alla presentazione della relativa documentazione. Tali misure appaiono di particolare rilevanza, in quanto riflettono una concezione della forza lavoro immigrata non come presenza transitoria, ma quale componente stabile del mercato del lavoro di cui, tuttavia, vanno salvaguardate le relazioni giuridiche e familiari con il Paese di provenienza.

Sul tema dell'integrazione sociale e lavorativa, al netto delle previsioni sulla formazione linguistica prima richiamate, i contratti collettivi si limitano, perlopiù, a mere dichiarazioni di intenti.

A tal proposito, il CCNL Turismo[30] impegna le parti contrattuali a promuovere l'integrazione e le pari opportunità tra lavoratori italiani e stranieri, prevedendo anche attività di studio, ricerca e interventi coordinati a diversi livelli contrattuali, sottolineando la necessità di un'azione congiunta tra parti sociali e pubbliche amministrazioni.

Nella prospettiva di favorire l'integrazione in Italia dei lavoratori stranieri, appare significativa, poi, la previsione contenuta nel CCNL Tessili-

[26] Art. 14.

[27] Art. 103.

[28] Art. 17, comma 8.

[29] I ROL (Riduzione Oraria di Lavoro) sono permessi che i lavoratori possono utilizzare in aggiunta alle ferie annuali.

[30] Art. 99.

Artigianato, il quale auspica la formazione di «un proficuo clima aziendale orientato al rispetto delle specificità culturali e alla reciproca correttezza» e impegna le parti contrattuali a incontrarsi annualmente a livello regionale per monitorare l'occupazione extra-comunitaria e seguire l'evoluzione della normativa europea e nazionale, riconoscendo che l'integrazione è un processo dinamico che va costantemente monitorato.

Non mancano, tuttavia, casi, sia pure isolati, in cui la contrattazione collettiva parrebbe oltrepassare il limite della mera enunciazione di principi. Si pensi al CCNL Turismo[31], il quale riconosce allo straniero che abbia esercitato il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo determinato un «titolo di priorità per il rientro in Italia nell'anno successivo per ragioni di lavoro stagionale, ai sensi dell'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». *Prima facie*, la norma contrattuale sembrerebbe prevedere un diritto incondizionato all'accesso prioritario in Italia, ma, invero, la portata della disposizione va necessariamente ridimensionata. Il CCNL non potrebbe mai intervenire legittimamente in una materia come quella dei flussi, governata da esigenze di carattere pubblicistico e, pertanto, la previsione negoziale non può che essere interpretata conformemente all'art. 24, co. 4, TUI, secondo cui il diritto di precedenza è ammesso a condizione che lo straniero abbia rispettato le condizioni indicate nel permesso di soggiorno e abbia lasciato il territorio nazionale alla scadenza del medesimo.

Infine, la contrattazione si è occupata anche di sicurezza sui luoghi di lavoro, anticipando un recente *trend* normativo[32]. E infatti, sulla formazione in materia di sicurezza sul lavoro, è stato recentemente previsto che laddove «la formazione riguardi lavoratori immigrati, essa avviene previa verifica della comprensione e conoscenza della lingua veicolare utilizzata nel percorso formativo» e che «nei confronti dei lavoratori stranieri i corsi dovranno essere realizzati previa verifica

[31] Art. 100.

[32] Il riferimento è all'accordo, ai sensi dell'articolo 37, comma 2, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, tra il Governo, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, finalizzato alla individuazione della durata e dei contenuti minimi dei percorsi formativi in materia di salute e sicurezza, di cui al medesimo decreto legislativo n. 81 del 2008, del 17 aprile 2025. In precedenza, la giurisprudenza aveva ritenuto non appropriata la formazione erogata a un lavoratore straniero in quanto concretizzatasi solo in due incontri di quindici minuti, sottolineando che sarebbe stato onere del datore «accertare se le "procedure scritte" di movimentazione consegnate ai lavoratori fossero state comprese e recepite dagli stessi e in particolare da quelli stranieri» (cfr. Cass. pen., sez. IV, 1° ottobre 2013, n. 40605). Sul tema v. C. Di Carluccio, *Salute e sicurezza sul lavoro del lavoratore migrante tra conferme e sviluppi*, in *Dir. Sir. Lav.*, 1/2017, p. 45 ss.

della comprensione e conoscenza della lingua veicolare e con modalità che assicurino la comprensione dei contenuti del corso di formazione, quali, ad esempio, la presenza di un mediatore interculturale o di un traduttore».

Ebbene, i prodromi di tale previsione possono essere rinvenuti nel CCNL Edilizia-Industria[33], il quale evidenzia la necessità di contrastare gli infortuni sul lavoro in un settore caratterizzato da un'ampia presenza di manodopera straniera, e nei contratti decentrati, sempre del settore edile, che prevedono l'attivazione di percorsi formativi specificamente orientati all'approfondimento della normativa italiana in materia di sicurezza sul lavoro[34].

4. *Prime (brevi) osservazioni conclusive*

La rapida panoramica sin qui svolta dimostra come, nell'attuale quadro normativo, alle parti sociali, che pure conservano funzioni importanti, con diverse declinazioni, non sempre viene riconosciuto un ruolo di primo piano. Esse, infatti, non riescono a incidere sui nodi cruciali delle politiche migratorie, ancora saldamente ancorate a un'impostazione di carattere pubblicistico, scarsamente in grado di recepire le effettive esigenze del mercato del lavoro.

Lo stesso non può dirsi sul piano della contrattazione collettiva che, invece, sembra avere una maggiore dinamicità: pur non potendo "invadere" materie riservate alla legge, essa dimostra di saper intercettare bisogni specifici dei lavoratori migranti e delle imprese. Criticamente, si può tuttavia rilevare come l'intervento dei contratti collettivi rimanga sinora confinato a un ambito relativamente ristretto, poiché gli aspetti effettivamente disciplinati sono sin troppo limitati e non attengono alle questioni più importanti che interessano i migranti, come quelle riconducibili al contrasto del lavoro irregolare.

In realtà, la difficoltà per le parti sociali di incidere sulle politiche dell'immigrazione può essere letta in un quadro più generale, in cui le organizzazioni collettive, soprattutto negli ultimi decenni, sembrano assumere un ruolo sempre più orientato alla semplice erogazione di servizi in favore degli associati e, al contempo, perdono la tradizionale posizione di co-protagoniste del governo del mercato del lavoro.

[33] Allegato Y.

[34] Cfr. l'accordo per il rinnovo del contratto collettivo provinciale di lavoro per i dipendenti delle imprese edili ed affini della provincia di L'Aquila del 1° gennaio 2023; Accordo per il rinnovo del contratto collettivo provinciale di lavoro per i dipendenti delle imprese edili ed affini di Vercelli 29 novembre 2022.

SEGMENTAZIONE ETNICA DEL MERCATO DEL LAVORO: IL CASO DEI LAVORATORI DEL SETTORE DELL'ASSISTENZA FAMILIARE E SOCIOSANITARIA

Silvia Magagnoli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *segmentazione etnica* nel mercato del lavoro: fattori sociali e giuridici. – 3. I recenti interventi legislativi in materia di immigrazione: d.l. n. 145/2024 e d.l. n. 146/2025. – 3.1. Le limitazioni al diritto al lavoro dei cittadini extracomunitari alla luce dell'art. 4 Cost. – 3.2. Le limitazioni al diritto al lavoro dei cittadini extracomunitari alla luce dell'art. 3 Cost. – 4. La limitazione al diritto di recesso del lavoratore e possibili profili di incostituzionalità.

1. *Introduzione*

La condizione giuridica dello straniero assume rilievo in diversi segmenti dell'ordinamento nazionale, esplicando i suoi effetti anche nel mercato del lavoro, dove il lavoratore migrante viene incanalato in specifiche posizioni occupazionali individuate dal legislatore.

Nel presente contributo, si indagherà l'influenza che la condizione giuridica dello straniero riveste nella dimensione del mercato del lavoro, analizzando le cause che incidono sulle possibilità occupazionali dello straniero (par. 2), focalizzando, poi, l'attenzione sul settore assistenziale e sociosanitario, di recente oggetto di due interventi normativi, che sollevano innumerevoli criticità per le limitazioni contenute al diritto al lavoro degli stranieri (par. 3-4).

2. *La* segmentazione etnica *nel mercato del lavoro: fattori sociali e giuridici*

Come accennato, la condizione giuridica dello straniero influenza fortemente la sua posizione nel mercato del lavoro.

Sul piano empirico, è stato evidenziato dalla dottrina sociologica quel fenomeno noto come *etnicizzazione del mercato del lavoro*, secondo il quale la forza-lavoro straniera è collocata nelle posizioni inferiori della struttura

* Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Firenze.

occupazionale dove svolge prevalentemente cattivi lavori, spesso irregolari, pericolosi e poco retribuiti[1]. Le ragioni che spingono gli stranieri a lavorare nei settori a scarsa qualificazione, accrescendo e perpetuando la *segmentazione occupazionale*, sono diverse. In questa sede, si può fare solo un accenno ad alcuni, più evidenti: le reti migratorie, che costituiscono il principale strumento di politica attiva per il lavoratore straniero, la mancata conoscenza della lingua italiana, che impedisce al lavoratore di svolgere mansioni intellettuali o di concetto, il mancato riconoscimento delle competenze e dei titoli di istruzione acquisiti nel paese d'origine, i fattori individuali e la stessa provenienza geografica dei lavoratori[2].

Ai fattori sociali appena richiamati si affiancano quelli giuridici. La disciplina dell'immigrazione economica svolge un ruolo decisivo nel plasmare la *segmentazione occupazionale* e nel confinare i lavoratori stranieri in settori e mansioni scarsamente appetibili per la popolazione autoctona.

In particolare, il sistema di quote, da ultimo modificato dall'art. 1 del d.l. n. 20/2023[3], rimette al Presidente del Consiglio dei Ministri il compito di individuare i criteri generali per la definizione dei flussi, nonché le quote massime di ingresso di cittadini di Paesi terzi per gli anni dal 2023 al 2028[4]. Tale meccanismo limita quantitativamente l'ingresso degli stranieri al mercato del lavoro italiano e ne condiziona qualitativamente l'accesso, vincolandolo alle professioni di specifici settori occupazionali.

I DPCM adottati di recente hanno, infatti, vincolato l'impiego dei lavoratori stranieri ai settori quali: «agricoltura, silvicoltura e pesca; industrie alimentari, delle bevande e del tabacco; industrie tessili, dell'abbigliamento e calzature; industrie metallurgiche e dei prodotti in metallo; altre industrie; costruzioni; commercio all'ingrosso e al dettaglio; servizi di alloggio e ristorazione; servizi turistici; servizi di trasporto, logistica e magazzinaggio; servizi

[1] M. AVOLA, R. IMPICCIATORE, N. PANICHELLA, *Migrazioni e disuguaglianze sociali nel mercato del lavoro italiano,* in *Sociologia del lavoro,* 2023, 166, 32. V anche M. AVOLA, G. PICCITTO, *Ethnic penalty and occupational mobility in the Italian labour market,* in *Ethnicities,* 2020, 20(6), pp. 1093 ss.

[2] M. AVOLA, R. IMPICCIATORE, N. PANICHELLA*, op. cit.,* p. 39.

[3] D.l. n. 20/2023 conv. con mod. in l. n. 50/2023.

[4] La disposizione deroga agli artt. 3 e 21 del TUI, che rimettevano la regolamentazione dei flussi di ingresso al combinato disposto del documento programmatico e del documento volto a determinare le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato, stagionale e autonomo (noto come *Decreto Flussi*). V. I SANTORO, *Migrazioni economiche e permesso di soggiorno per attesa occupazione: il "perfetto esempio" di un sistema imperfetto*, in *ADiM Blog*, novembre 2025.

operativi di supporto alle imprese e alle persone; sanità, assistenza sociale e servizi sanitari privati; altri servizi e di lavoro autonomi»[5].

Risulta, dunque, evidente che la segmentazione occupazionale trovi origine, prima di tutto, nella disciplina che regola l'accesso al lavoro, in continuità con la finalità — sottesa alle politiche di immigrazione economica — di reclutare manodopera secondo le esigenze del mercato interno. Senza soffermarsi oltre su tale aspetto, è comunque possibile rilevare come numerose disposizioni sottolineino una chiara *funzionalizzazione economica* dell'immigrazione[6].

In tale scenario, è intervenuta di recente una norma che ha intensificato la *segmentazione occupazionale*, introducendo limiti alla libertà di scelta dell'occupazione per lo straniero.

3. *I recenti interventi legislativi in materia di immigrazione: d.l. n. 145/2024 e d.l. n. 146/2025*

Il d.l. n. 145/2024 all'art. 2 co. 2[7], conv. con mod. in l. n. 187/2024, prevede il rilascio di nulla osta al lavoro, visti di ingresso e permessi di soggiorno per lavoro subordinato da impiegare nel settore dell'assistenza familiare o sociosanitaria a favore di persone con disabilità, o di grandi anziani, o a favore di bambini dalla nascita fino a sei anni di età, entro il numero massimo di 10.000 istanze[8]. Tale disposizione, oltre ad ammettere l'ingresso di un ampio

[5] Sono questi i settori individuati nell'art. 6 del DPCM 2 ottobre 2025. Per un commento al lavoro stagionale, in particolare al settore della agricoltura v. A. ABBASCIANO, *Riforme, limiti e ruolo (fin troppo privilegiato) delle organizzazioni datoriali di categoria nelle procedure di ingresso per lavoro stagionale,* in *ADiM Blog*, novembre 2025.

[6] Si vedano per es. l'art. 21 del TUI secondo cui il DPCM in materia di flussi migratori deve tenere conto del delle indicazioni fornite dal Ministero del lavoro sull'andamento dell'occupazione, dei tassi di disoccupazione a livello nazionale e regionale, dell'effettiva richiesta di lavoro suddivisa per regioni e per bacini provinciali di utenza, nonché dei rapporti trasmessi dalle regioni sulla presenza e sulla condizione degli immigrati extracomunitari; lo stesso provvedimento del decreto flussi, introdotto all'art. 3 co. 4 TUI, evidenzia i settori occupazionali in cui inserire i lavoratori e le quote in relazione alle necessità del mercato del lavoro; la previsione di cui all'art. 22 co. 2 TUI prescrive la verifica da parte del datore di lavoro dell'indisponibilità di altra manodopera sul territorio.

[7] Il d.l. n. 145/2024 conv. con mod. in l. 187/2024 introduce l'art. 2 recante "Disposizioni urgenti per l'ingresso di lavoratori stranieri nell'anno 2025".

[8] La disposizione impone ai soggetti che desiderano assumere il personale in esame di rivolgersi alle agenzie per il lavoro regolarmente iscritte all'albo e alle associazioni datoriali firmatarie del vigente contratto collettivo nazionale del settore domestico.

numero di lavoratori stranieri nel settore dell'assistenza al di fuori delle quote di cui all'art. 3 co. 4 TUI, ha limitato il diritto dei lavoratori stranieri di scegliere la loro professione, imponendo in capo a essi l'obbligo di esercitare esclusivamente l'attività menzionata per i primi 12 mesi dal loro ingresso. Alla scadenza di tale periodo, nel caso in cui il lavoratore voglia accettare un'altra offerta di lavoro, questo dovrà richiedere allo Sportello unico per l'immigrazione un nuovo nulla osta, nei limiti delle quote di cui all'art. 3, co. 4, del medesimo testo unico.

A ciò si aggiunge anche la previsione secondo cui i cambiamenti di datore di lavoro nel corso dei primi 12 mesi dall'ingresso nel territorio italiano devono essere soggetti all'autorizzazione preliminare da parte dei competenti Ispettorati territoriali del lavoro.

L'art. 2 appena esaminato è stato confermato, poi, dal d.l. n. 146/2025[9], conv. con mod. in l. n. 179/2025, il quale ha ampliato "l'esperimento" degli ingressi fuori quota per prestazioni di lavoro nel settore dell'assistenza familiare anche per gli anni dal 2026 al 2028, mantenendo altresì le limitazioni alla libertà di scelta della professione e della controparte datoriale, previste dall'art. 2, d.l. n. 145/2024.

Gli stringenti vincoli imposti dalla disposizione all'accesso all'occupazione impongono di valutarne la legittimità ai sensi degli artt. 3 e 4 della Costituzione.

3.1. *Le limitazioni al diritto al lavoro dei cittadini extracomunitari alla luce dell'art. 4 Cost.*

Da una prima lettura dell'art. 4 Cost. emerge che la tutela in essa contenuta non è immediatamente riferibile agli immigrati extracomunitari, stante l'espressa indicazione dei "cittadini"[10]. Tale esclusione si coglie pure in ragione del fatto che l'obbligo di garantire una condizione di pieno impiego verso i cittadini può essere perseguito anche tramite una politica occupazionale volta al restringimento dell'ingresso degli stranieri nel territorio nazionale. Questa logica emerge anche dalle stesse disposizioni interne, quali, per esempio, l'obbligo di verificare la previa indisponibilità di manodopera

[9] Per un'analisi delle novità introdotte dal d.l. 146/2025 v. R. D. COSTA, *Ancora una riforma sui flussi di ingresso. Prime note sul d. l. 3 ottobre 2025, n. 146*, in *ADiM Blog*, ottobre 2025.

[10] Così B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, p. 80 e A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, 1991, p. 64.

nazionale prima di ammettere l'ingresso di quella straniera. Una diversa conclusione sembra emergere considerando che il diritto al lavoro — inteso come libertà di scegliere la propria professione — è tutelato da diverse fonti internazionali[11].

Tuttavia, le limitazioni all'occupazione e a determinati profili professionali[12] risultano espressione del principio di sovranità statale, che sottopone la regolamentazione dell'ingresso degli stranieri per motivi di lavoro alla discrezionalità dello Stato in materia di politiche immigratorie. Invero, nell'assetto attuale, la ragione lavorativa, a differenza di quella umanitaria, non impone un vincolo all'esercizio della sovranità volta ad ammettere l'ingresso di cittadini extracomunitari, riservando tale scelta all'insindacabile discrezionalità politica del legislatore.

La legittimità delle limitazioni al diritto al lavoro in capo agli stranieri sembra essere avallata anche dall'art. 14 della Conv. OIL n. 143/1975, secondo cui lo Stato può introdurre limitazioni alla libera scelta dell'occupazione, imponendo – ad esempio – un obbligo di residenza per un periodo minimo di tempo nel paese interessato per poter cambiare attività lavorativa[13].

3.2. *Le limitazioni al diritto al lavoro dei cittadini extracomunitari alla luce dell'art. 3 Cost.*

Tuttavia, la mancata applicazione dell'art. 4 Cost. non impedisce di valutare la ragionevolezza e la legittimità del diverso trattamento riservato allo straniero in relazione ad altro parametro costituzionale, ossia l'art. 3 Cost.

In diverse occasioni la Corte cost. si è interrogata sulla legittimità delle disparità di trattamento introdotte in capo agli stranieri, anche in riferimento all'occupazione. Ha stabilito che la differenza esistente tra il cittadino e lo

[11] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 15); Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite (art. 23); Convenzione dell'organizzazione internazionale del lavoro n. 122/64 sulla politica dell'impiego (art. 1).

[12] In tale senso si intende leggere l'art. 4 Cost, ossia come sottolinea A. VISCOMI, *op. cit.*, p. 66 nella sua duplice valenza di «diritto di libertà del singolo alla esclusione di ogni interferenza nella scelta nell'esercizio nello svolgimento di un'attività lavorativa e di pretesa sociale alla promozione pubblica delle occasioni di lavoro».

[13] Art. 14 lett. a) Conv. OIL n. 143/1975 «subordinare la libera scelta dell'occupazione, pur garantendo il diritto alla mobilità geografica, alla condizione che il lavoratore migrante abbia avuto residenza legale nel paese, ai fini del lavoro, durante un periodo prescritto, non superiore a due anni o, se la legislazione esige un contratto di una data durata inferiore ai due anni, che il primo contratto di lavoro sia scaduto».

straniero consiste «*nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo*» e questo può «*giustificare un loro diverso trattamento*» nel godimento di certi diritti[14]. Tuttavia, l'esercizio di tale discrezionalità incontra i limiti segnati dai precetti costituzionali e, per essere in armonia con l'art. 3 Cost., occorre che sia conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza[15]. Le norme emanate in materia «*devono costituire pur sempre il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative in materia di disciplina dell'immigrazione, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali*»[16].

A parere di chi scrive, per valutare la legittimità dell'art. 2 del d.l. n. 145/2024 è necessario, in primo luogo, domandarsi se questa disposizione sia espressione di una politica per l'occupazione, e come tale soggetta ai limiti previsti alla discrezionalità del legislatore, o se, invece, sia esplicazione del principio di sovranità statale in materia di immigrazione economica, sottoposta a un diverso bilanciamento che deve tenere conto non tanto del principio di eguaglianza e degli interessi sottesi alla diversità di trattamento, quanto del principio di ragionevolezza in ragione del quale è possibile sindacare una scelta politica quando produce effetti irrazionali.

La riconduzione dell'art. 2 a una politica occupazionale o migratoria assume importanti conseguenze anche sul piano del rapporto di lavoro con lo straniero. Qualora, infatti, le restrizioni all'occupazione siano riconducibili a scelte di politica migratoria, il bilanciamento coinvolgerà, da un lato, il principio di sovranità dello Stato nella gestione dei flussi migratori e, dall'altro, non il diritto soggettivo al lavoro, ma un interesse legittimo dello straniero a entrare nel territorio nazionale per motivi di lavoro, con la conseguente prevalenza del primo rispetto al secondo. Diversamente, qualora le disposizioni limitative alla libertà di accedere all'occupazione siano espressioni di politiche per l'occupazione, il bilanciamento potrà condurre a esiti differenti. Invero, il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi lavorativi che autorizza e regolarizza la permanenza del lavoratore nel territorio nazionale ha l'effetto di estendere il principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 TUI ai lavoratori stranieri. In altre parole, una volta ammesso al lavoro, lo straniero gode delle garanzie

[14] Corte Cost., sentenza del 19 giugno 1969, n. 104.

[15] Corte Cost., sentenze del 17 maggio 2006, n. 206 e del 10 febbraio 1994, n. 62.

[16] Vedi, Corte Cost., sentenze del 20 luglio 2011, n. 245 e del 24 ottobre 2002, n. 445.

costituzionali disposte a favore del lavoratore in quanto tale[17]. Ne discende che una politica occupazionale volta a escludere o limitare l'accesso a determinate professioni rappresenterebbe una discriminazione diretta sulla base della nazionalità e quindi sarebbe vietata alla luce delle norme citate.

Pertanto, il diritto al lavoro subisce una diversa tutela in ragione della natura della disposizione che lo limita: ossia se questa trovi fondamento in una politica migratoria, o se sia espressione di una politica occupazionale.

Nel primo caso, il diritto al lavoro per lo straniero, inteso come interesse a entrare nel paese per motivi di lavoro, assume la qualificazione di interesse legittimo e come tale, la sua tutela è subordinata alla soddisfazione dell'interesse pubblico - nello specifico, all'interesse statale a gestire l'immigrazione economica nella piena discrezionalità, salvo il limite della ragionevolezza. Nel secondo caso, il diritto al lavoro, quale diritto ad accedere a qualsiasi occupazione, costituisce un corollario del principio di parità di trattamento tra lavoratori stranieri e italiani e integra un vero e proprio diritto soggettivo, che gode di una tutela incondizionata, salva la sua compressione per via di un altro diritto o interesse confliggente con esso e ritenuto prevalente.

Alla luce di tali considerazioni, è possibile sostenere che l'art. 2 d.l. n. 145/2024 rappresenti l'espressione di una politica per l'immigrazione, che subordina l'ingresso nel territorio italiano alla disponibilità dello straniero a prestare la sua attività in uno specifico settore occupazionale, quello dell'assistenza familiare o sociosanitaria, per un determinato periodo (12 mesi). Questa qualificazione risponde all'interesse pubblico di privilegiare l'immigrazione di manodopera in tale ambito, a causa della grave carenza di forza-lavoro nazionale.

L'altra disposizione che vincola il cambio di lavoro alla richiesta di un nuovo nulla osta, nei limiti delle quote di cui all'art. 3, co. 4, TUI, sembra, invece, presentare maggiori perplessità. Invero, le riflessioni poc'anzi formulate non trovano applicazione al caso che riguarda un lavoratore straniero già dotato di permesso di soggiorno e, quindi, titolare del diritto di parità di trattamento. In tale caso, infatti, vincolare la permanenza del lavoratore a ulteriori requisiti, come la richiesta di un nuovo nullaosta per esercitare una diversa attività lavorativa, costituisce una discriminazione che difficilmente può essere giustificata alla luce delle regole in materia di ingresso degli stranieri[18]. Invero, forse è proprio per le ragioni menzionate che è stata inserita nella circolare del

[17] A. VISCOMI, *op. cit.,* p. 68.

[18] L'introduzione di un vincolo alla possibilità di cambiare occupazione rappresenta una deroga all'art. 6 TUI, che non appare ragionevole nemmeno ai sensi dell'art. 3 Cost.

Ministero dell'Interno, relativa al d.l. n. 146/25, la previsione opposta secondo cui «Le istanze di rinnovo del permesso di soggiorno devono essere presentate direttamente alla questura territorialmente competente senza necessità di attivare nuovamente la procedura di rilascio del nullaosta da parte degli Sportelli Unici per l'Immigrazione»[19]. Tuttavia, sebbene tale indicazione sia da accogliere favorevolmente, sarebbe stato più opportuno che il legislatore modificasse direttamente il testo di legge, atteso che la circolare, nella gerarchia delle fonti, non può prevalere su quanto stabilito da una legge ordinaria. Questa discrasia non farà altro che alimentare le incertezze applicative, che in questa materia sono già molteplici.

4. *La limitazione al diritto di recesso del lavoratore e possibili profili di incostituzionalità*

Infine, si vuole esaminare l'ultima disposizione che riguarda il divieto di cambiare datore di lavoro nei primi 12 mesi del rapporto, salvo l'autorizzazione concessa dal competente Ispettorato del Lavoro. Tale disposizione sembrerebbe negare la libertà del lavoratore di cambiare il proprio datore di lavoro per finalità anticoncorrenziali in modo da disincentivare che un datore di lavoro, estraneo alla richiesta di assunzione di lavoratori stranieri, possa offrire condizioni lavorative migliori all'assistente familiare, sottraendolo alla famiglia che si era spesa per il suo ingresso. Secondo tale logica, il beneficio ottenuto dal datore di lavoro che ha fatto richiesta di manodopera tramite la complessa procedura prevista dal TUI si annullerebbe qualora il lavoratore potesse cambiare datore di lavoro e sottrarsi così ai suoi "doveri" verso la famiglia che lo ha assunto. Tuttavia, tali considerazioni si presterebbero a "scomode" letture, perché lascerebbero intendere che il vantaggio riconosciuto al datore di lavoro che promuove l'assunzione non risieda tanto nell'aver reperito un'assistente familiare per una persona anziana o con disabilità, quanto piuttosto nella circostanza che il lavoratore sia extracomunitario. Ciò dipenderebbe dal fatto che – secondo un'interpretazione letterale della norma – l'interesse protetto sarebbe la prevenzione della concorrenza (ossia il passaggio del lavoratore a un diverso datore di lavoro), più che la tutela della continuità dell'assistenza familiare, che invece verrebbe lesa anche da un semplice recesso senza sostituzione. Una simile interpretazione non appare giustificabile.

[19] Circolare del Ministero dell'interno n. 7834 del 08/10/2025 – d.l. n. 3 ottobre 2025, n. 146.

Si potrebbe ritenere allora che la norma in questione debba essere interpretata come una clausola di durata minima garantita del rapporto, che limita legalmente il potere di recesso del lavoratore straniero fino alla scadenza del periodo predeterminato, all'esito del quale si riespande la sua libertà di recesso.

Come noto, accanto al patto posto nell'esclusivo interesse del datore di lavoro, come quello in esame, l'ordinamento ammette anche quelli posti a favore del lavoratore o di entrambe le parti. Se queste ultime due ipotesi non sollevano particolari problemi[20], la clausola a vantaggio dell'esclusivo interesse del datore di lavoro[21], che attua una politica di fidelizzazione difensiva, solleva maggiori criticità in ragione del carattere unilateralmente inderogabile dell'art. 2118 c.c. e per la compressione della libertà personale del lavoratore[22]. Nonostante ciò, la giurisprudenza ne ha confermato la legittimità in considerazione della facoltà riconosciuta al lavoratore di disporre della propria libertà di recesso, ma ha altresì posto stringenti condizioni ad essi. Nello specifico, la legittimità dei patti è subordinata alla limitazione temporale della clausola e alla presenza di un corrispettivo per il lavoratore, volto a compensare il sacrificio alla sua libertà contrattuale[23].

Nel caso di specie, qualora si accogliesse l'interpretazione che qualifica la norma come clausola di durata minima, da questa non sembrerebbe emergere un'adeguata compensazione per il sacrificio alla libertà personale del cittadino extracomunitario, facendo sorgere così l'interrogativo su possibili profili di illegittimità e imponendo l'onere di ricercare una diversa interpretazione costituzionalmente orientata.

La *ratio* sottesa alla durata minima del contratto si potrebbe cogliere, allora, sul piano della meritevolezza degli interessi in gioco. Come si osservava, l'attività del lavoratore straniero è volta a fornire «assistenza familiare o socio-sanitaria a favore di persone con disabilità o di persone anziane o a favore di

[20] V. M. AIMO, *Durata del contratto di lavoro*, in *Enc. Dir., I Tematici, VI - Contratto di lavoro*, 2023, p. 9, secondo cui funge da «strumento negoziale di tutela dell'interesse del lavoratore ad una stabilità minima del posto di lavoro».

[21] C. ZOLI, *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2003, I, pp. 449 ss.; A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Modena, 2004, pp. 93 ss.; M. N. BETTINI, *Trattenere i talenti: clausola di durata minima e dimissioni,* in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 2008, pp. 550 ss.

[22] A. DONINI, *Clausola di durata minima: la Cassazione conferma il proprio orientamento a favore della disponibilità della facoltà di recesso del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 359.

[23] V. tra le molte Cass. Civ., sentenza del 9 giugno 2017, n. 14457.

bambini dalla nascita fino a sei anni di età»[24]. Ne consegue che la rilevanza degli interessi coinvolti potrebbe effettivamente giustificare un limite al recesso dal rapporto, proprio per evitare che persone bisognose di tutela e di assistenza si trovino all'improvviso sprovviste di una persona che le aiuti.

Tale interpretazione sarebbe, tuttavia, perfettamente coerente se la limitazione al recesso fosse posta in capo a entrambe le parti e non - come nel caso in esame – quando vincola soltanto il lavoratore. In altre parole, il rafforzamento della tutela della persona disabile o anziana può essere attuato grazie all'impegno di entrambe le parti di assicurare una continuità al servizio di assistenza, attraverso la limitazione del loro diritto al recesso.

La logica sottesa alla norma è allora diversa e sembra finalizzata a premiare il datore di lavoro, garantendogli la disponibilità di manodopera in via continuativa per 12 mesi, o, secondo un altro punto di vista, ad accentuare lo squilibrio contrattuale tra le parti, a discapito di quella più debole.

Persistono, dunque, le perplessità sollevate all'inizio della disamina.

Sul piano giuridico, la limitazione al recesso nei confronti del solo lavoratore come misura di favore per il datore di lavoro e indirettamente per la salvaguardia delle esigenze di assistenza sottese al rapporto, apparirebbe sproporzionata rispetto alla finalità perseguita e quindi irragionevole alla luce degli interessi in gioco[25].

Le più gravi critiche a questa disposizione sembrerebbero emergere, però, sul piano della politica del diritto. Il legislatore avrebbe potuto adottare altre tecniche giuridiche per tutelare la continuità del servizio di assistenza, meno lesive dei diritti del lavoratore, per esempio introducendo un preavviso più ampio in caso di recesso, o imponendo un limite al recesso bilaterale.

A fortiori, le caratteristiche proprie del settore della cura, quali l'alto tasso di informalizzazione dell'ambito del lavoro domestico, la difficoltà di operare accertamenti sui luoghi di lavoro, costituiti dalle abitazioni delle famiglie, le elevate violazioni della normativa giuslavoristica[26], avrebbero dovuto indurre il legislatore a ponderare meglio gli interessi coinvolti e ad assicurare una

[24] Così l'art. 2 d.l. n. 145/2024.

[25] Inoltre, ulteriori criticità emergono alla luce della direttiva 2024/1233 che all'art. 11 par. 3 lett. c) consente allo Stato di esigere un periodo minimo durante il quale il titolare del permesso unico è tenuto a lavorare per il primo datore di lavoro, purché tale periodo non sia superiore a sei mesi.

[26] Tra i molti v. S. BORELLI, *Who Cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Napoli, 2020 e il numero di Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, 2025, 186, 2 in cui sono presentati alcuni dei risultati del progetto *CARE4CARE We Care for Those Who Care.*

maggiore tutela ai lavoratori impiegati in tale ambito. Appare, invece, che il legislatore non sia riuscito a cogliere l'occasione per regolare i flussi migratori nel rispetto degli interessi degli stranieri, finendo per rafforzare lo squilibrio tra le parti, con l'effetto di precarizzare ulteriormente il lavoratore straniero e di potenziarne la condizione di vulnerabilità.

MOBILITÀ QUALIFICATA E ISTRUZIONE

FROM MIGRATION CONTROL TO KNOWLEDGE CIRCULATION: THE EU FRAMEWORK FOR ACADEMIC MOBILITY

Francesca Pollicino*

SOMMARIO: 1. Knowledge, mobility and the legal architecture of the Union. – 2. Directive 2016/801 and the construction of a common legal space. – 3. Implementation, consular practice, and judicial control. – 4. From admission to integration: towards a European area of knowledge mobility. – 5 Concluding remarks

1. *Knowledge, mobility and the legal architecture of the Union*

Reducing irregular migration and reinforcing external borders can only be achieved by strengthening safe and legal pathways. This premise, enshrined since the Lisbon Strategy[1] (2000) has guided the European Union's gradual construction of a legal framework for migration. For over two decades, the EU has viewed high-skilled mobility as a strategic tool to sustain growth, innovation, and global competitiveness considering legal migration as a socioeconomic necessity and a cornerstone of Europe's identity as a knowledge-based policy.

The Lisbon European Council called for removing barriers to researcher mobility and for measures to attract and retain global talent. Together with the creation of the European Research Area (ERA) and the European Education Area (EEA), this political vision introduced a new linkage between education, research, and migration. The Tampere Council (1999)[2] had already identified legal migration as a field of "common interest" based on partnership with countries of origin, fair treatment of legally residing third-country nationals (TCNs), and efficient management of migration flows. Yet harmonisation progressed slowly. A fragmented corpus of directives – on family reunification[3], long-term residents[4], seasonal

* PhD Scienze Politiche, Università di Messina.

[1] Presidency conclusions of the Lisbon European Council, 23 and 24 March 2000 https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm

[2] Presidency Conclusions, Tampere European Council, 15-16 October 1999.

[3] Council Directive 2003/86/EC.

[4] Council Directive 2003/109/EC; Directive (EU) 2024/1233

workers[5], intra-corporate transferees[6], and highly qualified[7] – created parallel regimes rather than a unified system. Within this mosaic, the Directive (EU) 2016/801 on students and researchers[8] marked a turning point, translating the idea of managed openness into binding law, promoting knowledge circulation while preserving Member State control over admission volumes.

More recently, the New Pact on Migration and Asylum[9] and the subsequent Skills and Talent Package[10] further redefined legal migration as a competitiveness policy, with the aim to make the EU a global hub for talent through legislative modernization[11] and operational tools such as Talent Partnerships linking migration, training, and development cooperation. This evolution reflects a deeper transformation, gradually shifting the EU's role from host to selector, embedding human-capital policy within migration law[12].

2. *Directive 2016/801: A common legal space for academic mobility*

Adopted on 11 May 2016, Directive 2016/801 repealed Directives 2004/114/EC and 2005/71/EC (researchers). It provides a unified framework governing the entry and residence of third-country nationals for research,

[5] Directive 2014/36/EU.

[6] Directive 2014/66/EU

[7] Directive (EU) 2021/1883.

[8] Directive (EU) 2016/801. This Directive is a recast of Council Directive 2004/114/EC and Council Directive 2005/71/EC.

[9] *A New Pact on Migration and Asylum*", COM(2020) 609 final, Brussels, 23 September 2020.

[10] *Attracting Skills and Talent to the EU*, COM(2023) 650 final, Brussels, 15 November 2023.

[11] Such as the recast proposal of the Long-Term Residents and the recast of the Single Permit Directives.

[12] This integrated approach can be traced *inter alia*, in the preambles of Council Directive 2009/50/EC, which framed the admission of highly qualified workers as a contribution to the Lisbon objective of making Europe "the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion" (OJ L 155, 18.6.2009, p. 3); Directive (EU) 2021/1883, which links legal migration to the Union's strategy for "competitiveness and innovation" and its response to demographic and skills challenges (OJ L 382, 28.10.2021, pp. 2–3); and Directive (EU) 2016/801, which situates the admission of students and researchers within the Europe 2020 framework, promoting "the Union as a world centre of excellence for studies and training" and the attraction of individuals who "contribute to enhancing the competitiveness of the Union economy" (OJ L 132, 21.5.2016, p. 22).

study, training, voluntary service, pupil exchange, or au pairing, covering seven categories under harmonised rules.

The Directive aims at improving and simplifying the conditions of entry and residence of those who wish to carry on studies and research in the EU, harmonizing procedures among Member States and widening a common set of rights for these categories. Member States, for example, must decide on applications within 90 days (Article 34) and recognise hosting entities, universities or research organisations, responsible for invitations and compliance. Students and researchers admitted in one Member State may carry out part of their activities in another without restarting procedures (Articles 28-32), institutionalising intra-EU academic mobility. The Directive also expands rights. Students may work 15 hours per week (Article 24); researchers may teach (art. 23) and both categories may remain for up to 9 months after completion of study or research to seek employment or start a business in the EU (Article 25). Researchers' families benefit from facilitated admission and labour-market access (Article 26). Equal treatment with EU nationals is guaranteed in working conditions and recognition of qualifications (Article 22).

Although formally grounded in Article 79(2)(a)(b) of the Treaty on the Functioning of European Union (TFEU), the Directive serves broader objectives under Articles 165 and 179 TFEU, which address education and research. This intersection exemplifies functional integration, as the EU uses migration law to advance higher-education and research goals, blurring through indirect harmonisation traditional boundaries between policy fields, producing a distinctive form of soft constitutionalism in education[13].

Transparency and judicial protection constitute two fundamental pillars of Directive 2016/801. Article 34(5) explicitly requires that any decision declaring an application inadmissible or rejecting it must be open to legal challenge. If read together with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights (CFR), this provision ensures that students and researchers have access to an effective remedy before an independent authority, converting policy goals, such as attracting talent and promoting academic mobility, into legally enforceable rights and the status of third-country students and researchers within the EU legal order as actors within Europe's academic and innovation ecosystem, entitled to transparent procedures and judicial protection.

[13] S. GARBEN, Competence Creep Revisited, 2017.

3. *Implementation, consular practice, and judicial control*

Despite its ambitious design, the Directive's practical implementation remains uneven specifically in three areas: national transposition, consular practice, and judicial enforcement[14]. National transposition has often been formal rather than substantive. Many Member States have retained parallel procedures, multiple administrative actors, and additional documentary requirements. Such practices dilute the harmonizing intent of the Directive. Italy, for instance, transposed the Directive through Legislative Decree 71/2018[15], recognizing universities as accredited hosting entities, but practical bottlenecks persist in visa issuance and residence-permit renewal. One of the most sensitive dimensions, however, concerns embassies and consulates, which act as the practical gatekeepers of the admission process. Directive 2016/801 itself does not govern the issuance of entry visas, regulated by national law and the EU Visa Code[16], but its objectives and procedural guarantees apply once the application falls within its scope.

Consular authorities, while acting under national competence, must indeed ensure that their practice respects the general principles of EU law, particularly proportionality, non-discrimination, and transparency, so that the Directive's purposes are not undermined. In practice, however, some consulates request documentation not expressly foreseen in Articles 7 to 8 of the Directive (for instance, proof of pre-paid accommodation or bank deposits exceeding what is necessary to demonstrate "sufficient resources") or fail to recognise hosting institutions approved by the competent authorities of other Member States under Article 9 (as specified in E. Girasella 2025).

Such practices, together with excessive delays, risk compromising the Directive's *effet utile* and exemplify the enduring tension between EU harmonisation and the residual sovereignty exercised by Member States in visa matters.

From a legal standpoint, consular decisions fall within the scope of Article 34 of the Directive and Article 47 of the CFR. The applicant must have access to a genuine remedy before an independent authority capable of reviewing the proportionality of the refusal. The Court of Justice (EUCJ) has consistently held[17] that Member States cannot organize remedies that render EU rights

[14] T. De Lange, P. Minderhoud (Eds.), *Students & Researchers Directive*, 2021.

[15] D. Lgs. 11 may 2018, n. 71.

[16] Regulation (EC) No 810/2009.

[17] *Ex multis* Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 March 2007.C-432/05, *Unibet,* ECLI:EU:C:2007:163.

ineffective. The same logic applies here: where a refusal or delay results from excessive discretion, the individual can invoke the Directive directly. Recent case law confirms this trend. In a recent case[18], the EUCJ clarified that Member States may verify applicants' financial resources but cannot impose conditions exceeding the Directive's wording, marking the emergence of a coherent *acquis* on the effective application of Directive 2016/801. The role of the EUCJ proves essential, even in the absence of numerous precedents, for national courts to interpret domestic law in conformity with the principles set by the Directive[19].

Directive 2016/801 should not be read merely as a technical measure on residence permits; it expresses a deeper constitutional ambition. By regulating who and how may enter Europe to study or conduct research, the Union articulates its vision of knowledge as a collective good and of academia as an instrument of integration. Yet the Directive's full potential will materialize only if legal norms translate into predictable, accessible, and rights-based procedures. At policy level, the Directive has become the cornerstone of the European Skills and Talent mobility[20] and of the 2022 Communication on Attracting Skills and Talent to the EU[21]. These initiatives seek to link higher-education mobility with long-term employability and demographic renewal, positioning Europe as a global talent hub. The Directive should provide the legal infrastructure for this strategy, while complementary instruments extend the continuum from study to work.

[18] Judgment - 29/07/2024 – Perle, Case C-14/23, Judgment C-525/23, opinion of Advocate General Emiliou delivered on 3 April 2025 ECLI:EU:C:2024:647.

[19] As an example, Finland's Supreme Administrative Court held in 2024 that the Directive operates not only as an administrative instrument but also as a source of enforceable rights within national legal orders. In particular the judgement states that "from the interpretative effect of a directive in Union law that, when applying national legislation, and in particular the provisions of a national law expressly adopted to implement a directive, national legislation must be interpreted in accordance with the wording and purpose of the directive in order to achieve the result intended by the directive (e.g. C-14/83, Von Colson and Kamann, paragraph 26). In Case C 491/13, *Mohamed Ali Ben Alaya*, the Court of Justice held, with regard to Directive 2004/114, which pre-dates the Researchers and Students Directive, that a Member State must admit to its territory a third-country national who wishes to reside there for more than three months for the purpose of studies, if that national satisfies the conditions for admission laid down exhaustively in Articles 6 and 7 of that directive and if the Member State concerned does not invoke any of the grounds for refusing him a residence permit expressly listed in that directive", ECLI:FI:KHO:2024:15.

[20] COM(2023) 715 final

[21] COM/2022/657 final

4. *From Admission to integration: towards a European area of knowledge mobility*

Recently the rhetoric around knowledge circulation has been reframed in constitutional terms[22]. The idea to extend the internal market through a *fifth freedom*, the free movement of knowledge, alongside goods, capital, services, and persons situates education, research, and innovation back at the heart of European integration and demands a coherent legal infrastructure for cross-border academic cooperation. In this perspective, Directive (EU) 2016/801 already anticipates the institutional logic of the fifth freedom. By regulating the admission, residence, and intra-EU mobility of third-country students and researchers, it provides the embryonic legal framework for a European Knowledge Area grounded in enforceable rights. Yet the Directive's transformative potential remains only partially realised. It can serve as a constitutional bridge between the Union's migration law and its knowledge policies, but this requires a more coherent and proactive governance structure.

The Commission should issue the long-overdue implementation report required by Article 39, accompanied by transparent data collection. A harmonised digital visa system could help align national practices, provided it is linked to a single EU register of approved hosting entities. Only systematic oversight can ensure that procedural guarantees translate into equal access for applicants, regardless of where they apply. Along with consistency, judicial and administrative accountability must be strengthened. Recent EUCJ judgments confirm that several provisions of the Directive, notably Articles 7(1)(e) and 34(5), are directly effective. National administrations must therefore align with these standards, guaranteeing proportionality, reasoned decisions, and effective remedies under Article 47 of the CFR. Continued judicial dialogue between national and European courts will be crucial also to make procedural fairness a tangible component of the *fifth freedom*. Finally, the Directive must acquire a genuine external and reciprocal dimension. The EU's Talent Partnerships should evolve from pilot projects into mature co-development instruments. If designed to educate and train more individuals than those who eventually migrate, such partnerships can prevent "brain drain" and promote brain circulation, turning mobility into a shared investment rather than a zero-sum competition. Linking these partnerships to EU funding instruments such as NDICI, Erasmus+, and Horizon Europe would consolidate a single strategic framework uniting education, migration, and foreign policy.

[22] E. Letta, *Much more than a market*, 2024.

5. *Concluding remarks*

Through this pattern, the Students and Researchers Directive can be considered part of European epistemic integration, a framework in which mobility is recognised not as an administrative concession but as a structural expression of the Union's legal and political identity, making the *fifth freedom*, less a new competence than the culmination of an existing trajectory: the evolution of Europe from a market of goods to a community of knowledge. This evolution shifts the paradigm from temporary stay to shared belonging, revealing how EU law can govern not only the movement of persons but also the movement of ideas.

However, despite genuine efforts toward harmonisation and free movement at EU level, national bottlenecks persist. Divergent administrative practices, consular discretion, and fragmented recognition systems still limit the Directive's effectiveness, showing that legal alignment does not automatically translate into equal access. The European framework can guarantee rights only if national authorities apply it consistently and transparently.

MIGRATION FOR EDUCATION OR EDUCATION FOR MIGRATION? A CONSTITUTIONAL INQUIRY INTO ITALY'S IMPLEMENTATION OF EU DIRECTIVE 2016/801

Elena Girasella*

SOMMARIO: 1. Introductory remarks. – 2. The issuance of study visas to applicants from «high migration-risk» third countries: the *migr-enrolment* case. – 3. The legal foundations of study visa issuance from institutional access to State regulation. – 4. Final remarks. – 5. References.

1. *Introductory remarks*

The admission of students and researchers from third countries to Europe for academic purposes has become an increasingly salient and contested policy area because it sits at the intersection of migration control, higher-education policy, international scientific cooperation, and economic interests[1]. From an economic perspective, governments increasingly integrate labour market considerations into the design of higher education and migration frameworks[2]. Moreover, international students contribute significantly to the economic vitality of host regions, generating fiscal and social benefits that justify state intervention and investment in international education within the broader architecture of public governance and budgetary accountability.

* PhD in Political Science, Coordinator at the CEnter for MIgration, Social Integration and Intercultural Communication (CEMI), University of Messina.

[1] For further insights, please refer to other contributions by the author already published on the subject, i.e., *Sovranità e flussi migratori. Il diritto di richiedere asilo e di proseguire gli studi.*

[2] As noted by the OECD, « In view of growing labour market challenges, the EU and its Member States have increasingly looked at migration as a means to address ageing populations, sustain welfare systems and find skilled workforce». [And] «(…) One way to tackle this shortage in skills is through the attraction and retention of third-country nationals who choose the EU for the purpose of higher education». See, OECD, *Attracting and retaining international students in the EU*. 5th September 2018, p.1. Concerning policies for attracting international students and granting residence permits for job-seeking purposes, the German case provides a useful point of reference. In example, see the German Academic Exchange Service (DAAD), *Study International students - an economic gain for Germany*, press release 18-03-2025.

However, restrictive and securitarian orientations in migration governance have placed renewed pressures on admission channels, tightening visa conditions and increasing administrative scrutiny in ways that may deter prospective students and complicate lawful entry. Further, the persistence of protracted international crises, including political conflict, climate-related displacement and economic instability in several world regions, has induced many higher-education institutions and public authorities to promote targeted, legally regulated pathways that open safe channels for academic mobility and research collaboration.

Examples of academic engagement include the substantial reception program held by each Italian university for Afghan refugees coordinated by the Conference of Rectors of Italian Universities (CRUI); the academic inclusion experiences promoted by the Italian university system in favour of Ukrainian refugees, and, recently, to guarantee Palestinian students the obtaining of a study visa through the Italian Universities for Palestinian Students project[3]. While not governed by the European directive concerned, the UNIversity CORridors for Refugee (UNICORE) project also represents, in its scope, a valuable example of proactive engagement by higher education institutions (Albanese, Varinetti, 2021; Carbone, 2025)[4]. These dual dynamics mean that mobility for study cannot be read simply as a matter of academic demand or supply but it is mediated by the political salience of migration control, the institutional capacity of universities and consular services, and the uneven geography of global opportunity structures that shape who can realistically convert an aspiration to study abroad into an achieved educational trajectory (Benvenuti, Morozzo della Rocca, 2024).

Empirically, Europe continues to host a significant and growing population of international students, a phenomenon that is central both to the continent's research productivity and to the economic sustainability of many universities, yet the regulatory framework seeks to reconcile two potentially conflicting aims, namely facilitating international academic mobility and guarding against irregular immigration[5].

[3] The Italian Universities for Palestinian Students (IUPALS) project was managed by the CRUI providing scholarships for Palestinian students living in the Palestinian Territories, enabling them to pursue international education through enrollment in academic programs in Italy.

[4] The University Corridors for Refugees project is promoted by Italian universities with the support of UNHCR, the Italian Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation, Caritas Italiana, Diaconia Valdese, Centro Astalli, and other partners. It aims to increase educational opportunities for refugees residing in third countries by enabling them to enroll in Italian universities participating in the programme.

[5] In accordance with Paolo Morozzo della Rocca, *Italy is looking for international students*

2. *The issuance of study visas to applicants from «high migration-risk» third countries: the migr-enrolment case*

The issuance of study permits to applicants from countries officially or informally labelled as «migration risk» zones constitutes one of the most delicate intersections between higher-education internationalisation and migration governance in the European Union. While Directive (EU) 2016/801 and its national transpositions, such as Italy's Legislative Decree n. 71/2018, were formally designed to harmonise entry conditions for study and research purposes, administrative practices across Member States often reinterpret these norms through the lens of migration control and risk assessment[6]. In consular and ministerial practice, risk tends to be operationalised not through individual evaluation but via aggregate classifications that associate certain nationalities with presumed propensities to overstay, seek asylum, or transition into irregular employment[7].

This securitised framing transforms a legal provision meant to enable academic exchange into a discretionary filtering mechanism that, while formally neutral, disproportionately affects foreign students.

Visa regimes increasingly act as instruments of global stratification within higher education, privileging trusted sending countries and creating hidden hierarchies of mobility. This contradicts the enlightened premises of the EU Directive, which affirms that it «should allow for a better contribution to the Global Approach to Migration and Mobility and its Mobility Partnerships which offer a concrete framework for dialogue and cooperation between the Member States and third countries, including in facilitating and organising legal migration»[8].

to become skilled workers, but is still afraid of them. A global viewpoint is offered by Tesseltje de Lange who poses the question: *Regulating the international mobility of students and trainees: From cosmopolitanism to migration management?*.

[6] For a critical examination of the European Directive at stake, see Francesca Pollicino's contribution in the present issue of AdiM Blog which constitutes an integral part of a broader argument jointly developed.

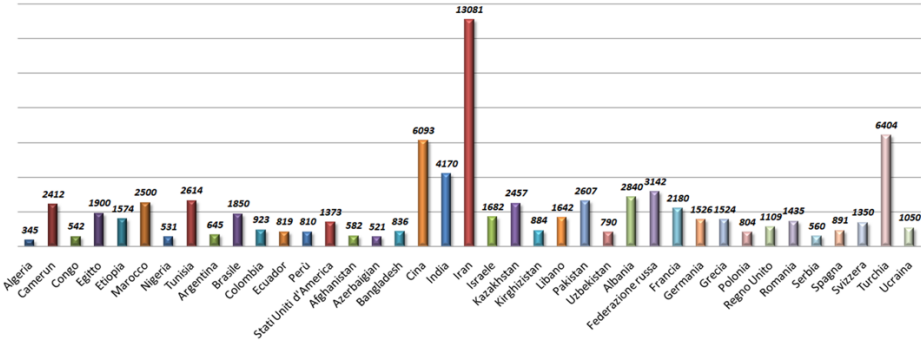
[7] Official statistical sources allowing for a direct measurement of study-visa refusals in relation to migration-risk assessments are not available. However, it appears analytically appropriate to reason through proxies, for instance by observing overall visa refusal rates, which tend to be significantly higher for countries of origin such as Pakistan and Bangladesh, countries from the largest number of migrants come through the central Mediterranean route). See SchengenVisaInfo, Schengen Visa Trends & Statistics (2014–2024), available at: https://schengenvisainfo.com/statistics/ (last accessed 2 March 2026).

[8] Directive (EU) 2016/801, *considerando* n. 7 of the European parliament and of the council

In the 2023-2024 academic year, 120,000 foreign students have been enrolled in 90 Italian universities. Statistics confirm that «the number of foreign students enrolled in Italy has grown in the last years. In fact, the average share in a tertiary qualification has increased by 72% in ten years (from 2010/2011 to 2021/2022)» (Ferrario, 2023).

By combining data on the number of foreign students enrolled into the Italian university system during the academic year 2023-2024 with information on their country of origin, the phenomenon of *migr-enrolment* becomes evident. This expression refers to the intersection between the enrolment of foreign students with a migratory background, those compelled to migrate for the purpose of study and those whose migration project extends beyond purely educational objectives. An analogous concept is that of *edugration* introduced by Lisa Brunner with reference to the contexts of Australia, Canada, and the United States of America.

To better explain the argument, let's compare the statistics on the enrolment of foreign students in Italy for the last academic year, 2024–2025 (Fig. 1), with figures on arrivals in Italy from 2019 to 2024 (Fig. 2).



Fig,1: MUR 2025, in house assessment

of 11 May 2016 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing.

2019	Tunisia 23,1	Pakistan 10,3	Costa d'Avorio 9,9	Algeria 8,8	Iraq 8,5
2020	Tunisia 37,7	Bangladesh 12,1	Costa d'Avorio 5,7	Algeria 4,3	Egitto 3,7
2021	Tunisia 23,4	Egitto 12,5	Bangladesh 11,7	Iran 5,8	Costa d'Avorio 5,7
2022	Egitto 19,5	Tunisia 17,3	Bangladesh 14,3	Siria 8,2	Afghanistan 6,9
2023	Guinea 11,6	Tunisia 11,0	Costa d'Avorio 10,2	Bangladesh 7,7	Egitto 7,7
2024*	Bangladesh 19,8	Siria 18,7	Tunisia 12,8	Egitto 6,5	Guinea 5,5

Fig,2: ISMU ETS on IOM-UNHCR (2024a) e UNHCR (2024*) assessment

Outside official statistics, one of the most prominent cases supporting the migr-enrolment theory is a notable experience of the University of Messina, which accepted pre-enrolment requests from Sudanese students even in the absence of formal documentation, thereby creating a safe pathway for educational migration for humanitarian reasons[9].

Further, despite the lack of official data, the number of refugees and asylum seekers students has also grown, and universities are already emerging as a structural legal pathway for migration (Berg, 2023; UNHCR, 2023)[10].

3. *The legal foundations of study visa issuance from institutional access to State regulation*

The student visa issuance system involves the development of two parallel and independent procedures. The first falls under the responsibility of university institutions, which assess applicants based on admission requirements for

[9] On the case, cited to deepen the migr-education theory, please refer to E. GIRASELLA, *Prevalutazione sull'idoneità all'immatricolazione degli studenti in possesso di titolo estero: l'esperienza dell'Università di Messina per le situazioni di carattere umanitario ed eccezionali*.

[10] See UNHCR, *Manifesto dell'Università inclusiva. Presentazione dei risultati del questionario 2023 rivolto a studenti universitari richiedenti e beneficiari di protezione*, https://www.unhcr.org/it/sites/it/files/legacy-pdf/UNHCR-2023-manifesto-delluniversita-inclusiva_FINAL.pdf; J. BERG, Higher education for refugees: relevance, challenges, and open research questions, in *Social Sciences*, 11 October 2023.

academic programs. The second is managed by diplomatic representations, which conduct an administrative review process.

The Legislative Decree n. 71 of May 11, 2018, which implements Directive 2016/801 in Italy, established a structured procedure governing the admission of non-EU students to Italy. Prospective students must first secure admission from an accredited Italian university providing academic transcripts, language certifications, and other supporting documents (Art. 5). Once admitted, students submit a visa application to the Italian consulate or diplomatic mission in their home country, accompanied by proof of sufficient financial means, accommodation, and health insurance (Art. 6).

Consular authorities evaluate these applications, considering the formal requirements and the broader concept of «migration risk». Migration risk refers to the likelihood that an applicant may overstay, work illegally, or fail to comply with the conditions of the visa. From a constitutional perspective, this risk assessment must adhere to principles of legality and proportionality, ensuring that discretionary powers are exercised within a clearly defined legal framework and that applicants are provided with reasoned decisions and avenues for appeal (Lindsey, 2024).

Economic and health-related requirements function as both safeguards and indirect migration filters. In accordance with Article 4, c. 3, and Article 39, c. 5 of Legislative Decree n. 286 of 25 July 1998 (Consolidated Immigration Act), as implemented by the aforementioned decree transposing the European legislation, Italy sets minimum financial thresholds for students to ensure self-sufficiency and imposes mandatory health insurance contributions. Access requirements were tightened by the 2004 Italian Budget Law, which increased the annual health insurance coverage for incoming students from €150 to €700. While justified for public policy, these thresholds must be proportionate and not excessively restrictive, particularly for applicants from lower-income countries. Excessive procedural complexity, such as document legalization and tight deadlines, may also indirectly affect applicants' ability to access study visas, raising constitutional concerns about equality and access to education.

Constitutional law principles are engaged from the very beginning. The principle of legality demands that consular and administrative discretion be bounded by statute. The principle of equality (e.g. under Article 3 of the Italian Constitution) prohibits arbitrary differentiation between applicants. Proportionality constrains the intensity of control: the restrictions and burdens imposed (economic thresholds, insurance, document requirements) must be suitable, necessary, and proportionate to the legitimate aim (migration

management). Effective judicial protection (Article 24 Cost. in Italy) and due administrative procedure require that rejections be reasoned, appealable, and subject to review by courts or administrative tribunals.

One of the more challenging issues arises from how consular or immigration officers assess migration risk. Because migration risk is inherently probabilistic and forward-looking, it depends often on discretionary judgment. But within the constitutional framework, discretion must be structured, reasoned, and subject to oversight.

From the perspective of constitutional public law, the concept of migration risk functions as a legally relevant ground for the refusal of visas or residence permits. While it operates similarly to a form of screening for fitness or reliability, its application must adhere to fundamental legal safeguards. First and foremost, the use of migration risk as a basis for denial must be grounded in law: it cannot be left to ad hoc discretion or informal judgment.

There should be a clear statutory or regulatory framework authorizing consular authorities to consider the risk of non-compliance, and such a framework must define the relevant criteria such as prior immigration violations, inconsistencies in documentation, financial means, or the strength of social and economic ties to the country of origin. Where legislation is vague or overly broad, the exercise of discretion risks becoming arbitrary, in direct violation of the principle of legal certainty.

Equally essential is the requirement of a reasoned assessment. Decisions based on migration risk must include a clear statement of the factual grounds upon which they rest. For example, a prior visa overstay, a demonstrable lack of economic ties to the home country, or inconsistencies in the submitted documents could all serve as legitimate grounds. However, a generic reference to *risk* without specific factual justification would not satisfy constitutional standards and could be subject to annulment on judicial review[11].

Moreover, the principle of proportionality imposes an obligation on public authorities to ensure that any restriction is not excessive in relation to its purpose. Even where some degree of migration risk is identified, an outright denial of the visa must not be the automatic response. If the applicant otherwise satisfies the majority of formal requirements, alternative or less restrictive measures, such as the imposition of stricter reporting obligations, a financial guarantee, or the issuance of a conditional visa, may represent a more proportionate solution.

The right to appeal and judicial review constitutes a further safeguard

[11] See, Regional Administrative Tribunal for Lazio (TAR Lazio), Order n. 4983/2021.

against arbitrariness. Applicants must have access to remedies through which they can challenge discretionary decisions. In Italy, for instance, refusals of entry visas or residence permits may be contested before the regional administrative courts (Tribunali Amministrativi Regionali, TAR) within sixty days. These courts are empowered to assess whether the administrative authority's reliance on migration risk was legally and factually justified, and whether it complied with procedural and substantive constitutional requirements[12].

Another critical aspect is the principle of non-discrimination, particularly in the context of potentially vulnerable applicants. The invocation of migration risk must not serve as a proxy for the exclusion of individuals based on nationality, socio-economic status, or other protected characteristics. While differential treatment may in some cases be justified, for instance, where empirical data demonstrates higher rates of non-compliance among certain cohorts, such justification must withstand constitutional scrutiny and be applied in a manner consistent with equality before the law.

In practice, however, the notion of migration risk often functions as a catch-all rationale for denial, even in cases where applicants appear to meet all formal requirements. Consular authorities may interpret modest financial resources as indicative of an intent to work illegally, question the credibility of support documents without sufficient cause, or infer weak ties to the home country based on subjective criteria. Because the concept is inherently broad and undefined, it opens a significant space for discretionary interpretation, which can be exploited to justify refusals under the pretext of risk management.

As outlined above, this raises serious constitutional concerns. The expectation of legal mobility, particularly when based on compliance with formally established rules, should not be undermined by opaque or implicit criteria. The rule of law requires that consular and administrative decisions be based on transparent, foreseeable, and reviewable standards. Applicants must be able to understand which factors are considered relevant, how their cases will be assessed, and on what basis a denial may occur. Only through such transparency and accountability can the delicate balance between migration control and fundamental rights be preserved.

4. *Final remarks*

The ability of international students to pursue education abroad is

[12] TAR Lazio, Order n. 17339/2022 and TAR Lazio, Order n. 1649/2023).

profoundly influenced by visa policies and regulations implemented by host countries.

The university's role is evolving and expanding in terms of both academic and social inclusion of international students with a migratory background (refugees, asylum seekers, and students from third countries at risk who wish to return safely).

On the contrary, alongside the growing movement of students and scholars across national borders student-specific immigration policies have developed to control these flows, starting from the administrative assessment of the notion of migratory risk.

In conclusion, the challenge is not to eliminate all discretion, which would render migration control dysfunctional, but to channel it within the strictures of constitutional legality, reasoned evaluation, and proportionate balancing of interests. Only in this way can the Italian and European regimes genuinely reconcile the imperative of attracting international human capital with constitutional protections of fairness, equality, and the right to education. The concept of migration risk, when properly constrained, can serve as a lawful checkpoint; left unchecked, however, it has the potential to eclipse the very rights it purports to regulate.

PARTE V:
TECNOLOGIE, DATI E INFRASTRUTTURE DIGITALI DEL CONTROLLO MIGRATORIO

DIGITALIZZAZIONE, BANCHE DATI E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

LA RIFORMA DEL SISTEMA EURODAC E IL GDPR: QUALI CONSEGUENZE PER I MINORI STRANIERI?

Amy Bugnoli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il nuovo quadro normativo di *Eurodac*: tra controllo e diritti. – 3. La tutela dei dati personali dei minori stranieri nel GDPR tra interesse pubblico e principio di proporzionalità. – 4. Conclusioni: GDPR e Regolamento UE 2024/1358 - tutela effettiva o deroga sproporzionata?

1. *Introduzione*

L'architettura attuale del sistema di asilo europeo è stata oggetto di un processo di revisione[1], culminato con l'approvazione del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo nel 2024[2]. Tale riforma si inserisce in una cornice già solida di attenzione istituzionale verso la gestione dei flussi migratori[3], traducendosi in un rafforzamento dei controlli e delle procedure di identificazione e archiviazione dei dati dei richiedenti asilo e protezione internazionale. È in questo contesto che si inserisce la riforma di *Eurodac* (*European dactylographic system*), la banca dati europea per la raccolta e l'archiviazione dei dati personali dei richiedenti asilo, introdotta dal Regolamento (UE) 2024/1358[4].

* Dottoranda in Diritto costituzionale, Università di Innsbruck.

[1] Per una panoramica completa del sistema europeo comune d'asilo (SECA) si rimanda a S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2022. Sulle carenze del SECA, si veda E. CAVASINO, *Solidarietà, asilo e immigrazione fra diritto sovranazionale e dimensione costituzionale*, in *DPCE online*, n.3/2023, pp. 2471-2476.

[2] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo,* Bruxelles, 23.09.2020, COM(2020) 609, final.

[3] P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *Quaderni AIUSDUE*, n.1/2020, pp.11-14.

[4] Regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce l'Eurodac per il confronto dei dati biometrici ai fini dell'applicazione efficace dei regolamenti (UE) 2024/1351 e (UE) 2024/1350 o del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2001/55/CE del Consiglio e ai fini dell'identificazione dei cittadini di paesi terzi e apolidi il cui soggiorno è irregolare, e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto,

Il Regolamento riforma significativamente il precedente sistema di raccolta e archiviazione dati, toccando in particolar modo la disciplina che concerne i minori: l'ampliamento delle tipologie di dati oggetto di archiviazione (art. 2, par.1, lett. r); l'abbassamento della soglia di età per la raccolta dei dati e il possibile ricorso a un «grado proporzionato di coercizione» nei confronti dei minori in caso di resistenza alla raccolta di dati (art. 14, par. 1). Ciò richiede un'analisi circa il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare alla luce delle tutele previste per i minori dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia[5], dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[6] e dalla protezione dei dati personali di questa particolare categoria, analizzando il Regolamento (UE) 2016/679[7] (da qui in avanti, GDPR) e i principi ivi ancorati.

Il minore straniero non accompagnato, infatti, per via della sua vulnerabilità[8], gode di una tutela rafforzata[9], riconosciuta anche nei regolamenti oggetto della presente analisi[10]. In quest'ottica, si cercherà di valutare l'appropriatezza e la proporzionalità delle nuove misure alla luce del principio del superiore interesse del minore[11] e delle tutele previste dal GDPR. Ci si interrogherà, inoltre, se le modifiche apportate siano orientate alla prevenzione della

che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, in G.U.U.E., L 1358, del 22 maggio 2024.

[5] Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 176/1991.

[6] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, in G.U.U.E., C 202, 7 giugno 2016.

[7] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati (General Data Protection Regulation – GDPR), in G.U.U.E., L 119, 4 maggio 2016.

[8] Cfr. M. TOMASI, Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità, in Rivista AIC, n.1/2020, pp.520-522; AGENZIA EUROPEA DEI DIRITTI FONDAMENTALI, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, CONSIGLIO D'EUROPA, GARANTE EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Handbook on European data protection law*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2018, p. 305 ss.

[9] UNHCR, Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, Ginevra, febbraio 1997, *passim*.

[10] In generale sui minori stranieri non accompagnati e il Nuovo Patto v. F.D. GIANNI, *Il trattamento dei minori stranieri negli atti del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Quaderni AIUSDUE*, n.4/2024, fascicolo speciale, pp.419-447.

[11] Art. 3, Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

scomparsa dei minori e del rischio di *trafficking*, come dichiarato[12], o se invece comportino una compressione sproporzionata dei diritti dei minori stranieri.

2. *Il nuovo quadro normativo di Eurodac: tra controllo e diritti*

Per comprendere le fondamenta su cui il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno costruito la riforma del sistema *Eurodac,* è essenziale svolgere un breve *excursus* sul percorso che ha portato l'Unione europea alla creazione della banca dati.

Costituito nel 2000, *Eurodac* è stato creato con il Regolamento (CE) n. 2725[13], quale banca dati per il confronto delle impronte digitali di cittadini di Stati terzi e apolidi, che presentavano domanda di asilo in Europa, con l'obiettivo di determinare lo Stato competente per la sua proposizione, tramite un *database* biometrico[14].

Nel 2013, una prima riforma ha introdotto la possibilità di utilizzare i dati conservati dal sistema centrale[15] anche al di fuori dell'ambito migratorio, in particolare per finalità di contrasto, determinando così un'espansione della portata funzionale del sistema e sollevando nuove questioni sul piano della tutela dei dati personali.

Nella sua configurazione del 2024, il sistema presenta un ampliamento nella sua applicazione, offrendo, oltre alla raccolta dati, supporto generale al sistema di asilo, al controllo dell'immigrazione irregolare e nell'applicazione del Regolamento (UE) 2024/1350[16] relativo al reinsediamento (art. 1, lett. a-j,

[12] COMMISSIONE EUROPEA, Proposta modificata di Regolamento del Parlamento e del Consiglio, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione] e del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sul reinsediamento], per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818, COM(2020) 614 final, p. 9.

[13] Regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio, dell'11 dicembre 2000, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino, in G.U. L 316 del 15 dicembre 2000, pp1-10.

[14] V. FERRARIS, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n.2/2017, pp. 5-6; E. BROUWER, *Eurodac: Its Limitations and Temptations*, in *European Journal of Migration and Law*, n.4/2002, pp. 232-235.

[15] V. FERRARIS, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n.2/2017, pp.5-6.

[16] Regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che

Reg. (EU) 2024/1358). La *ratio* sottesa mira a facilitare il rintracciamento degli ingressi non autorizzati nel territorio dell'Unione, a «contrastare la migrazione irregolare e a migliorare i rimpatri»[17].

De lege ferenda si prevede l'ampliamento dei dati da raccogliere e archiviare, comprendendo ora anche «dati relativi all'immagine del volto» (art. 2, par. 1, lett. s, Reg. (UE) 2024/1358). Nel contesto di questa analisi, si evidenzia l'abbassamento della soglia d'età minima per la raccolta dei dati biometrici[18] dai quattordici anni ai sei anni e l'uso di un grado proporzionato di coercizione per assicurare la raccolta dei dati. Nello specifico, il regolamento include un articolo dedicato ai minori, l'art. 14, che ribadisce la volontà di rispettare il principio del superiore interesse del minore[19] e l'obbligo, da parte del funzionario incaricato di rilevare i dati biometrici, di procedere a ciò «con modalità adatte ai minori» (art. 14, par. 1, Regolamento (UE) n. 2024/1358), esentando i minori non accompagnati e gli infradodicenni dalle procedure di frontiera «a meno che non sussistano problemi di sicurezza»[20].

L'abbassamento della soglia di età è stato giustificato[21] in quanto servirebbe a cercare di contrastare il fenomeno della scomparsa di minori[22] e a proteggere i minori dal traffico di esseri umani[23]. Il legislatore europeo motiva tale scelta anche con l'intento di agevolare la ricerca dei familiari, facendo

istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria e modifica il regolamento (UE) 2021/1147, in G.U., L, 2024/1350 del 22 maggio 2024.

[17] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione* (…), *op.cit.,* p.10.

[18] Per dato biometrico si intendono quei dati che attengono ai caratteri somatici, fisiologici o comportamentali di una persona fisica, atti a permetterne il riconoscimento in modo inequivocabile, cfr. G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR e normativa privacy - Commentario*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 45.

[19] Considerando 35 del Regolamento (UE) n.603/2013; Considerando 47 del Regolamento (UE) n.1358/2024.

[20] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione* (…), *op.cit.,* p.8.

[21] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta modificata* (…), p.9.

[22] Secondo la nota informativa dell'EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), basato su un progetto di inchiesta giornalistica di Lost in Europe (disponibile presso https://lostineurope.eu, data ultima consultazione 10.03.2026), tra il 2021 e il 2023 si contano 51 433 minori stranieri non accompagnati scomparsi in Europa, mentre tra il 2018 e il 2020 oltre 18 000, cfr. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE*, Eurodac: new rules for asylum and migration management,* European Parliament, Bruxelles, maggio 2025.

[23] Secondo il rapporto di SAVE THE CHILDREN, nei primi 6 mesi del 2024 i minori stranieri vittime di tratta e sfruttamento sono stati in Italia 62 (il 5,4% del totale di 1.150 nuove valutazioni). A livello europeo si stima che tra il 2017 e il 2021 siano state circa 29.000 le vittime di tratta, di cui il 16% minori (circa 4.640 N.d.A.), cfr. SAVE THE CHILDREN, *Piccoli schiavi invisibili*, XIV Edizione, 2024, rispettivamente pp.20 e 4-15.

riferimento al fatto che i minori non sempre chiedono formalmente protezione internazionale e che fuggono dagli istituti ai quali sono stati affidati.

In merito alla rilevazione dei dati biometrici, questi possono essere raccolti unicamente da «funzionari specificamente [a ciò] formati» (art. 14, Reg. (UE) 2024/1358) che tengano conto della sensibilità dei minori e rispettino i principi di rilievo internazionale, quali il superiore interesse del minore e le altre tutele previste dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia, quali, a titolo di esempio, il diritto del minore ad essere ascoltato (art. 12) e il diritto del minore alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6). Durante l'intera procedura di rilevamento dei dati biometrici, dev'essere sempre presente una figura adulta. Nel caso in cui sia presente un familiare adulto, questi sovrintenderà all'intera procedura, mentre nel caso di un minore non accompagnato viene nominato un rappresentante *ad hoc*. Qualora non sia stata designata tale figura, viene individuata una persona formata per tutelarne l'interesse, che non può coincidere con il funzionario che rileva i dati. Nel corso di tutta la procedura, infine, dev'essere garantito il rispetto della dignità e dell'integrità fisica del minore. Tuttavia, la previsione dell'art. 14, par. 1, della possibilità di esercitare «un grado proporzionato di coercizione», per far sì che i minori «rispettino l'obbligo di fornire i dati biometrici», pone una questione importante in relazione alla proporzionalità tra la misura adottata e l'obiettivo da perseguire, nonché alla tutela del diritto all'integrità fisica e alla dignità del minore.

A questo punto, occorre interrogarsi sulle tutele previste a livello europeo e nazionale per i minori stranieri e comprendere se le disposizioni previste dal regolamento oggetto della presente analisi risultino effettivamente in armonia con esse. Ai principi di diritto internazionale si affiancano, infatti, le tutele previste dal GDPR in materia di protezione dei dati personali (art. 3, par. 1)[24]. In questo contesto appare imprescindibile richiamare la costante giurisprudenza costituzionale italiana[25], fondata sull'art. 10, c. 2 e 3 Cost.[26], che riconosce agli stranieri, e ancor più ai minori, il godimento dei diritti fondamentali al pari del cittadino[27].

[24] E. BROUWER, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non- Discriminatory Approach of Data Protection*, in *European Public Law*, n.26/2020, pp. 71-92.

[25] C. DI COSTANZO, *La tutela costituzionale del minore: identità, salute e relazioni*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 147 ss.

[26] R. CERCHI, *La disciplina dello straniero*, in M.BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, *I principi fondamentali*, volume II, Torino, 2024, pp.401-424.

[27] G. CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, in *Rivista diritto civile*, n.4/2018, p. 950 ss.

3. *La tutela dei dati personali dei minori stranieri nel GDPR tra interesse pubblico e principio di proporzionalità*

Prima di entrare nel merito dei principi e degli istituti fondanti il GDPR, occorre evidenziare che l'articolo 8, relativo ai minori, è delimitato nella sua attuazione, in quanto si applica solo ai «trattamenti di dati comuni, basati sul consenso e connessi all'offerta diretta [...] di servizi della società di informazione» (art. 8 GDPR)[28]. In questo senso, il trattamento dei dati personali riguarda soltanto dati comuni, e non dati biometrici (artt. 4, n. 14, e 9 GDPR), e si fonda principalmente sul solo consenso del minore in relazione ai servizi della società di informazione[29]. È dunque necessario già a questo punto richiamare gli artt. 6 e 9 GDPR, relativi l'uno alle condizioni di liceità del trattamento e l'altro al trattamento di categorie particolari di dati. Entrambi fanno riferimento al principio di proporzionalità quale parametro fondamentale per la valutazione della legittimità delle misure che incidono sui diritti dei minori. Come si vedrà nel paragrafo seguente, sarà questo principio a orientare l'analisi dell'abbassamento della soglia d'età per la rilevazione dei dati biometrici, sollevando la questione circa la sua conformità alla cornice giuridica posta dal GDPR. Sebbene il GDPR riconosca l'esigenza di una tutela rafforzata per i minori (Considerando 38 GDPR), in realtà risulta carente nel fornire una protezione appropriata, non affrontando in modo adeguato le problematiche della categoria e derogando sistematicamente alle tutele poste in virtù dell'interesse pubblico[30].

Il principio di proporzionalità, statuito dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, assume rilevanza ai fini dell'analisi qui svolta, in combinato disposto con l'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, secondo cui ogni limitazione ai diritti sanciti nella Carta stessa deve essere prevista dalla legge in modo proporzionato e idoneo a realizzare un obiettivo legittimo[31]. Il

[28] G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *op. cit.,* p.106. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in SICA, D'ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, 2016, pp.111-130.

[29] F. PERSANO, *GDPR and children rights in EU data protection law*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, n° 2020, pp.35.

[30] *Ivi,* p.41-42.

[31] In merito all'applicazione dei principi richiamati, è opportuno considerare la giurisprudenza della Corte di giustizia, tra cui, a titolo di esempio, le seguenti decisioni: Corte giust., Grande Sez., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12 (sentenza *Digital Rights Ireland*); Corte giust., Grande Sez., 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15 (sentenza *Tele2 Sverige*); Corte giust., 17 ottobre 2013, C-291/12 (sentenza *Schwarz*).

combinato disposto dell'art. 52, par. 1, della Carta e dell'art. 5 del GDPR produce come risultato la necessità di rispettare il principio di proporzionalità tra la misura adottata e la finalità perseguita. Tale lettura richiama altresì il principio di limitazione della finalità del trattamento e quello di minimizzazione dei dati, in forza dei quali la raccolta deve avvenire per «finalità determinate, esplicite e legittime» (art. 5, par. 1, lett. b), rispettando i diritti fondamentali e gli interessi della persona cui tali dati si riferiscono[32]. La raccolta è pertanto ammissibile soltanto se fondata su una base normativa, europea o nazionale, che ne giustifichi l'uso, rendendo espliciti gli scopi, che dunque devono essere predeterminati e legittimi[33] (Considerando 44, 47, 52 e Art. 1 del Regolamento 2024/1358).

Il successivo art. 6 GDPR determina poi su quali basi il trattamento dei dati si possa ritenere legittimo, prevedendo quale condizione il consenso dell'interessato. Il legislatore europeo ha però previsto delle esimenti, in particolare nel caso in cui il trattamento avvenga in esecuzione di un «compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri»[34], in ciò concordando con l'articolo 23 del GDPR, che prevede la legittima limitazione dei diritti contenuti dagli artt. 5, da 12 a 22 e 34, nel caso in cui ciò sia necessario per la sicurezza nazionale, la difesa, l'ordine pubblico e la repressione di reati» (art. 23, comma 1, lett. a-d). Lo stesso articolo però permette di limitare tali diritti, a condizione che si rispetti «l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali», richiamando così il principio di proporzionalità.

Anche l'art. 9 GDPR introduce una deroga al divieto di trattamento dei dati personali idonei a rivelare l'origine razziale o etnica del soggetto, nonché al trattamento dei dati biometrici «intesi a identificare in modo univoco una persona fisica», consentendolo, alla lettera g, qualora ciò risulti necessario «per motivi di interesse pubblico, sulla base del diritto dell'Unione europea o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita». Il principio di proporzionalità viene nuovamente richiamato quale parametro imprescindibile per legittimare il trattamento dei dati di particolari categorie di soggetti vulnerabili, quali i minori stranieri. La norma impone infatti che l'interesse pubblico invocato sia concretamente bilanciato con i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato.

[32] G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *op. cit,* pp. 82-90.

[33] *Ivi*, p.67.

[34] Art. 6 c.1 lett e) GDPR. Vedasi anche C. JASSERAND, *Subsequent Use of GDPR Data for a Law Enforcement Purpose*, in *European Data Protection Law Review*, vol.4, n.2/2018, p. 152 ss.

L'interesse pubblico rilevante viene usato in questo frangente quale giustificazione per il trattamento di dati personali particolari. A complemento dell'art. 9 GDPR si segnala l'art. 2-sexies, c. 2, Codice della privacy[35], che elenca le materie nelle quali sussiste un interesse pubblico a che i dati di determinati individui vengano trattati da parte di soggetti che svolgono un ruolo di rilevanza pubblica o connesso all'esercizio di pubblici poteri. Tra queste, alla lettera e) vengono ricompresi l'immigrazione e l'asilo, la cittadinanza, lo status di rifugiato e la condizione di straniero e di profugo.

Il rispetto del principio di proporzionalità non viene definito *ex ante*, ma deve essere valutato nel caso concreto[36]. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha lasciato un certo margine di discrezionalità alle autorità nazionali nella valutazione della proporzionalità tra misura e finalità, sottolineando al contempo che i diritti fondamentali degli individui, incluso il diritto alla privacy, non possano essere compromessi[37].

Il GDPR prevede, dunque, numerose garanzie a tutela del diritto alla *privacy*, ma tali tutele risultano spesso indebolite dalle specifiche deroghe previste per il trattamento dei dati appartenenti a categorie particolari, qualora sussistano motivi di interesse pubblico. Nondimeno, va considerata la condizione di vulnerabilità dei soggetti considerati, che, in quanto minori, non accompagnati e/o richiedenti asilo, necessitano di una protezione rafforzata. In questo quadro si inserisce ora la riforma del sistema *Eurodac* e il suo coordinamento con il GDPR.

4. *Conclusioni: GDPR e Regolamento UE 2024/1358 - tutela effettiva o deroga sproporzionata?*

Nell'indagare il rapporto tra il Regolamento (UE) 2024/1358 e il GDPR in merito ai minori stranieri, emerge chiaramente la necessità di bilanciare esigenze di tutela dell'ordine pubblico e tutela dei diritti fondamentali, quali il diritto alla protezione dei dati personali così come disciplinato dal GDPR e il diritto alla vita privata (artt. 7, 8 e 24 della Carta), rispetto alla quale ogni

[35] Decreto legislativo, 30 giugno 2003, n.196, Codice in materia di protezione dei dati, in G.U. n.174 del 29 luglio 2003.

[36] M. FORTI, *Flussi migratori e protezione dei dati personali: alla ricerca di un punto di equilibrio tra sicurezza pubblica e tutela della privacy dei migranti e dei rifugiati all'interno del territorio europeo*, in *MediaLaws*, 2/2020, p. 218.

[37] Si veda Corte EDU, sentenza del 26 marzo 1987, Leander c. Svezia, ric. n. 9248/81; Corte Edu, sentenza del 22 settembre 1993, Klaas c. Germania, ric. n. 15473/89.

ingerenza deve essere giustificata in base al principio del superiore interesse del minore.

Una delle innovazioni più discusse[38] e criticate[39], anche a causa delle garanzie di tutela ambigue[40], riguarda l'abbassamento della soglia di età ai sei anni per la rilevazione dei dati biometrici. In primo luogo, si evidenzia il problema di determinare con precisione l'età di un minore, in quanto non vi sono metodi affidabili in assenza di documenti di identità, rendendo la soglia dei sei anni indeterminabile. Secondariamente, questa previsione si pone in contrasto con il GDPR, che fissa tale soglia ai 13 anni di età per quel che riguarda i dati comuni (Art. 8, par. 1, c. 2) e con quanto stabilito per le altre banche dati europee, tra cui VIS[41], dove il limite di età per la raccolta delle impronte per i passaporti dei minori è posto ai dodici anni (art. 1)[42]. Poiché i regolamenti che disciplinano questa materia sono rimasti immutati, ne consegue la coesistenza di due limiti minimi di età per il trattamento di dati sensibili: uno applicabile ai richiedenti asilo e l'altro ai cittadini dell'Unione, determinando una disparità di trattamento.

Come abbiamo visto, la Commissione europea ha giustificato tale misura con l'intento di contrastare il traffico di esseri umani e la scomparsa dei minori. Tuttavia, tale impostazione è stata oggetto di rilievi critici da parte delle autorità di controllo in materia di protezione dei dati. Già nel 2012 l'*European Data Protection Supervisor* aveva sollevato dubbi circa la proporzionalità della raccolta delle impronte digitali, rispetto alle finalità di sicurezza pubblica[43], e

[38] FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *The impact of the proposal for a revised Eurodac Regulation on fundamental rights – Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, 6/2016.

[39] UNICEF, *Joint statement: coercion of children to obtain fingerprints and facial images is never acceptable*, disponibile presso https://www.unicef.org/eca/press-releases/joint-statement-coercion-children-obtain-fingerprints-and-facial-images-never (data ultima consultazione 11.03.2026)

[40] S. PEERS, *The New Asylum Pact: Brave New World or Dystopian Hellscape?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 26, n. 4/2024, pp. 408-409.

[41] Regolamento (CE) 444/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 maggio 2009 che modifica il regolamento (CE) n.2252/2004 del Consiglio relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, in G.U.U.E., L 142/1 del 6 giugno 2009.

[42] R. BENDINELLI, *Le norme sul trattamento dei dati personali dei richiedenti asilo nell'Unione europea: talune criticità rispetto al caso dell'interessato minorenne*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n.1/2024, p.21-23.

[43] EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of "EURODAC"*, 5 settembre 2012.

l'ampliamento dello scopo di *Eurodac.* Particolarmente problematico appare l'accesso da parte delle forze dell'ordine ai dati dei minori per scopi di *law enforcement*. Nella medesima rilevazione, l'EDPS ha sostenuto la necessità di effettuare studi multidisciplinari circa i rischi derivanti dall'abbassamento della soglia di età, studi che, alla data del 2022, risultano ancora assenti.

Analoghe preoccupazioni sono state successivamente espresse dallo *Eurodac Supervision Group* (SCG)[44], che ha rilevato l'assenza di evidenze a sostegno dell'utilità e proporzionalità della misura, sottolineando come la valutazione della proporzionalità rappresenti un prerequisito per la limitazione dei diritti fondamentali statuito dall'art. 52 della Carta[45]. Alla mancanza di un'adeguata valutazione di proporzionalità rispetto ai diritti fondamentali, si accompagna anche il fatto che non sia stato tenuto in sufficiente considerazione il principio di limitazione della finalità del trattamento, così come stabilito all'art. 5 del GDPR. Ciò si porrebbe in contrasto con le tutele previste dal GDPR in materia di diritto alla protezione dei dati personali dei minori[46].

Alla luce di quanto esposto, le ragioni sottese alla scelta del legislatore europeo risultano di difficile comprensione, in particolare, non appare chiara la motivazione dietro l'esclusione della raccolta dei dati dei minori di sei anni[47]. Obiettivi molteplici o analoghi a quelli applicati agli adulti potrebbero sollevare rilevanti questioni di necessità e proporzionalità della misura[48].

Il Gruppo di coordinamento per la supervisione di Eurodac ha inoltre posto l'attenzione sull'attuazione delle misure previste per la raccolta dati, che, sebbene siano state adattate e rese «a misura di bambino», non prevedono criteri chiari ed univoci, potenzialmente comportando un'applicazione disomogenea tra gli Stati membri. È stata altresì sottolineata la necessità di modificare tali disposizioni, integrando la forma scritta di comunicazione delle informazioni circa la raccolta dati, con la forma orale, suggerendo di adottare un approccio sensibile alle questioni di genere[49].

In quanto minori, e dunque soggetti intrinsecamente vulnerabili, essi

[44] Il gruppo è composto dalle autorità nazionali di protezione dei dati e dal Garante europeo per la protezione dei dati (EDPS), che si riuniscono con cadenza semestrale.

[45] EURODAC SUPERVISION COORDINATION GROUP (SCG), *Letter regarding concerns on the amended proposal to reform the Eurodac Regulation*, Bruxelles, 9 giugno 2022.

[46] Considerando 38, 58, 71, 75 del Regolamento n.679/2016; artt. 6, 8, 12, 40, 57, Reg. n.679/2016.

[47] FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *op, cit*., p.22.

[48] FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures*, 2018, p.14.

[49] *Ivi*, p.7-8.

beneficiano di una protezione rafforzata e di specifiche garanzie a tutela dei loro diritti, riconosciute sia in ambito internazionale, attraverso la Convenzione sui diritti dell'infanzia, sia a livello europeo, con la Carta dei diritti fondamentali, nonché a livello nazionale. Sembra ora difficilmente conciliabile la tutela dell'interesse superiore del minore e le altre tutele previste con la possibilità di esercitare, anche se in ultima istanza, un grado proporzionato di coercizione nel caso si rifiutino di fornire i dati richiesti. La complessità degli istituti stabiliti nel GDPR potrebbe rendere difficile per i minori comprenderne appieno le implicazioni, portandoli facilmente a rifiutarsi di fornire i dati richiesti. Questo potrebbe favorire, in ultima istanza, il ricorso a misure coercitive da parte delle autorità preposte al fine di ottenerli[50]. In questo caso risulterebbe anche un'incompatibilità tra il trattamento dei dati e il *favor minoris* informante il GDPR[51]. Ne risulta, nonostante un quadro normativo che richiama formalmente i principi di tutela dell'infanzia, una grave compromissione della dignità dei minori[52].

Come evidenzia parte della dottrina[53], il quadro normativo delineato si inserisce in un contesto politico e giuridico che, pur richiamandosi alla necessità di controllo delle frontiere, sembra riflettere prevalentemente una volontà di rafforzare la sorveglianza sulle persone ai confini esterni dell'Unione europea, anteponendo la raccolta di dati alla tutela di categorie vulnerabili, come i minori. In tale prospettiva, si evidenzia un ampio ricorso alle deroghe previste dalle disposizioni e dai principi del Regolamento (UE) 2016/679 in nome di un superiore interesse pubblico.

Alla luce di quanto analizzato, e considerando che sarà necessario attendere il 2026 per valutare i primi dati sull'applicazione del regolamento, emerge la necessità di affiancare psicologi ed interpreti ai funzionari preposti alla raccolta dati, al fine di assicurare un maggiore rispetto dell'integrità fisica e psicologica e della dignità del minore e di facilitare la comunicazione e la comprensione da parte del minore della procedura. Parimenti, risulta centrale chiarire cosa si intende per «grado proporzionato di coercizione», attraverso linee guida, al fine di evitare, da un lato, applicazioni non uniformi alle

[50] R. BENDINELLI, *How coercitive fingerprinting could violate migrants' dignity*, in *Rivista cooperazione giuridica internazionale*, n.68, 2021, p.205 ss.

[51] G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *op. cit,* pp. 106.

[52] EDRI, *The colonial biometric legacy at heart of new EU asylum system*, 17 aprile 2024, disponibile presso https://edri.org/our-work/the-colonial-biometric-legacy-at-heart-of-new-eu-asylum-system/ (data ultima consultazione 11.03.2026).

[53] G. MORGESE (a cura di), *Il futuro del diritto e della politica migratoria europea: il Nuovo Patto e oltre*, in *Quaderni AISDUE*, fasc.spec. n.4/2024, *passim*.

frontiere, e, dall'altro, abusi da parte delle autorità preposte alla raccolta dati. In questa direzione, sarebbe opportuno valutare la possibilità di prevedere strumenti adeguati di supervisione e controllo dei funzionari, rendendo obbligatorio un controllo costante da parte di enti indipendenti. Per quel che concerne la raccolta dati, considerata la limitata utilità di strumenti, come l'immagine del volto per i minori, dovuta ai rapidi cambiamenti fisiologici legati alla crescita[54], si ritiene opportuno valutare l'introduzione di esenzioni per questa categoria, evitando di raccogliere dati nel caso in cui il minore sia provvisto di documenti di identità e prevedendo l'uso di strumenti alternativi meno invasivi in caso contrario, quali la semplice fotografia del minore[55].

[54] In merito al procedimento nel caso in cui non fosse possibile rilevare le immagini di persone considerate vulnerabili, v. F.BIONDI DAL MONTE, *Confini digitali e dati dei migranti nel Patto sulla migrazione e l'asilo*, in BIONDI DAL MONTE, FORTI, RAINERI (a cura di), *Migrazioni e governance digitale*, Roma, 2024, pp.183-184.

[55] UNHCR, *Guidance on Registration and Identity Management, Chapter 5: Registration as an Identity Management Process*, disponibile presso https://www.unhcr.org/registration-guidance/chapter5/registration/ (data ultima consultazione 11 marzo 2026).

THE PROCESSING OF MIGRANTS' HEALTH DATA UNDER THE NEW EU RETURN REGULATION*

Francesca Tassinari, Onur Tahmaz,
Yolanda González-Rábago and Iñigo de Miguel Beriain**

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Background: migrants' health in return procedures and data governance – 2.1. Migrants' health in return procedures. – 2.2. Health data governance in the return context. – 3. The proposed Return Regulation and its implications for the health of TCNs. – 3.1. Health-information sharing between Member States. – 3.2. Transferring health data to carry out the return operation and reintegration. – 4. Reconciling health-data processing in the return policy with the EHDS initiative. – 5. Final remarks.

1. *Introduction*

Migration and health policies intersect in many different ways, repatriation and return procedures being one of the main points of legal and ethical concern[1]. Migrants' health may be a decisive factor for postponing or challenging an expulsion order and, currently, Directive 2008/115/EC[2] contemplates the state of health of third-country nationals (TCNs) as a determining element for prohibiting their refoulement[3].

* This chapter is part of the aid JDC2022-048217-I, funded by MCIN/AEI/10.13039/501100011033 and the European Union «NextGenerationEU»/PRTR, the Basque University System Research Group on Social and Legal Sciences applied to New Technosciences (GI CISJANT, ref. IT1541-22) funded by the Basque Government Department of Education, and the project *Aproximación ético-jurídica al tratamiento de datos de salud de inmigrantes y refugiados para fines de salud pública en la UE* (DASIR-SP) funded by the Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2024 research grant.

** Francesca Tassinari, postdoctoral research fellow, University of the Basque Country; Onur Tahmaz, PhD student, University of Granada; Yolanda González-Rábago, Associate Professor at the University of the Basque Country; Iñigo de Miguel Beriain, Ikerbasque Research Professor, University of the Basque Country.

[1] A. ALBANESE, *La tutela della salute dei migranti nel diritto europeo*, in *Rivista AIC*, no. 4/2017, pp. 1-22, p. 12.

[2] Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJ L 348, 24.12.2008, pp. 98–107.

[3] ECtHR, judgment of 13 December 2016, *Paposhvili v. Belgium*, no. 41738/10.

On 11 March 2025, the European Commission put forward a Proposal for a Regulation establishing a common system for the return of third-country nationals staying illegally in the Union[4]. The new Regulation has been advanced to overcome the failure of negotiating the 2018 Proposal[5]. The proposed Return Regulation places greater emphasis on digital surveillance infrastructures[6] and, specifically, on the processing of migrants' sensitive information, e.g., health-related data[7]. However, the safeguards foreseen in such an instrument are disappointing, and the new Return Regulation has been criticised for undermining the privacy and data protection rights of migrants through unsafe sharing of sensitive information[8]. According to PICUM & Médecins du Monde International (2025)[9], while the Proposal for a Return Regulation aims to improve migrants' continuous care throughout the repatriation process, informed consent and data-sharing (or -transfer) activities are not adequately addressed.

This paper explores whether—and to what extent—the proposed Return Regulation reconciles the objectives of the European Union's (EU) return policy with the legal requirements safeguarding the processing of health-related data, and whether the European Health Data Space[10] (EHDS) framework offers a more coherent rights-based solution. Having illustrated the importance

[4] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common system for the return of third-country nationals staying illegally in the Union, and repealing Directive 2008/115/EC of the European Parliament and the Council, Council Directive 2001/40/EC and Council Decision 2004/191/EC, Strasbourg, 11.3.2025, COM(2025) 101 final.

[5] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) A contribution from the European Commission to the Leaders' meeting in Salzburg on 19-20 September 2018, Brussels, 12.9.2018, COM(2018) 634 final.

[6] EU Council, doc. 6040/25, Brussels, 12 February 2025.

[7] ACCESSNOW, *The EU must stop the digitalisation of the deportation regime and withdraw the new Return Regulation,* 18 June 2025, at https://www.accessnow.org/press-release/the-eu-must-stop-the-digitalisation-of-the-deportation-regime/, accessed 20 March 2026.

[8] HUMAN RIGHTS WATCH, More than 200 Organisations: Inhumane Deportation Rules Should be Rejected, 16 September 2025, at https://www.hrw.org/news/2025/09/16/more-than-200-organisations-inhumane-deportation-rules-should-be-rejected, accessed 20 March 2026.

[9] PICUM AND MÉDECINS DU MONDE INTERNATIONAL, *Unprotected: How proposed EU rules on deportation threaten the universal right to health*, October 2025.

[10] Regulation (EU) 2025/327 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2025 on the European Health Data Space and amending Directive 2011/24/EU and Regulation (EU) 2024/2847 (Text with EEA relevance), OJ L, 2025/327, 5.3.2025.

of migrants' health to be returned, as well as the need of governing their personal data (§ 2), we inspect two sets of provisions foreseen under the new Return Regulation: health-information sharing between Member States (§ 3.1.) and transferring of health-related data to third countries (§ 3.2). Finally, we compare the safeguards provided for in the Proposed Return Regulation with the data protection regime provided for in the EHDS Regulation to highlight possible gaps and weaknesses for enhancing migrants' right to personal data protection in the return context (§ 4).

2. *Background: migrants' health in return procedures and health data governance*

2.1. *Migrants' health in return procedures*

Migrants subject to a return or repatriation order suffer from different health backgrounds. For instance, migrants in an irregular situation might endure long journeys in precarious conditions—such as overcrowding and unsanitary conditions—until entering the EU, which can lead to serious physical and mental illnesses. They also tend to have great difficulty accessing health services in the country of destination or transit[11] unless held in reception centres.

Specifically on return, migrants' access to continuous care can be difficult, particularly for those with chronic conditions, disabilities, or mental-health needs. When return decisions are recognised across Member States, or removals are arranged via readmission, migrants may experience an abrupt interruption of treatment or a lack of follow-up treatment. Detention contexts introduce further legal and human-rights oversight needs according to the European Committee for the Prevention of Torture[12] (CPT). Indeed, health risks associated with detention increase depending on its duration: migrants detained under the return regime may face inadequate health care, limited access to services, increased exposure to communicable diseases or psychological

[11] Y. González-Rábago, N. Lanborena, & E. Rodríguez-Álvarez, *Barriers to healthcare for racialised populations in Europe: a scoping review of reviews*, in *Int J Equity Health*, no. 212/2025, pp. 1-18.

[12] See the CPT official website at https://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt, accessed 20 March 2026.

stress, and a lack of transparent monitoring[13]. During the COVID-19 pandemic, for example, TCNs in an irregular situation were subjected to mandatory polymerase chain reaction testing, but the disease ended up spreading rapidly in reception centres[14]. Such vulnerabilities ensured that migrants' health became a subject of great attention in the context of returns, and with it, the governance of their data related to health.

2.2. *Health data governance in the return context*

Health-data governance touches ethical and legal concerns[15], especially when applied to groups of TCNs in vulnerable situations[16]. Migrants with an irregular situation may try to avoid contact with health-care systems for the risk of conflating information with migration enforcement and, precisely, for fearing detention or an expulsion order[17]. Moreover, when migrants in an irregular situation participate in data collection, their precarious legal status, power asymmetries, language barriers, and cultural differences amplify vulnerability *vis-à-vis* the rights to privacy and personal data protection[18]. Consequently, it is very difficult to find information on irregular migrants' health-related data.

Marchetti & others[19] highlight that immunisation practices applied to migrants—including asylum seekers and migrants in an irregular status—vary from one Member State to another within the EU and that, in the absence of interoperable solutions between the States of origin, transit, and destination,

[13] F. Biondi Dal Monte, *I centri per il rimpatrio in Italia: condizioni di trattenimento e lacune normative*, in *ADiM Blog*, January 2025, p. 2.

[14] M.M. Mentzelopoulou & M. Spinelli, *Impact of Covid-19 on asylum procedures in EU Member States,* European Parliament Research Service, September 2022, p. 5 ff.

[15] Organisation for Economic Co-operation and Development, *Recommendation of the Council on Health Data Governance*, 13 December 2016.

[16] C. Warin, L. Tsourdi, *Vulnerability of migrants, asylum seekers and refugees: Council of Europe and European Union standards,* Council of Europe Division on Migration and Refugees, November 2025, pp. 30 and 35.

[17] M. Patillo, S. Stieglits, K. Angoumis, & N. Gottlieb, *Racism against racialized migrants in healthcare in Europe: a Scoping review,* in *International Journal for Equity in Health,* no. 201/203, pp. 1-14.

[18] International Organisation for Migration, *Diagnóstico de protección de datos de personas migrantes en Centroamérica, México y la República Dominicana*, 2023, p. 17.

[19] G. Marchetti, C. Giambi, M. Del Manso, A. Ranghiasci, G. Nacca, M.G. Dente, M. Marceca, K. Adeli Ali, & S. Declich, *National immunization policies and practices for migrants in EU/EEA countries,* in *European Journal of Public Health*, no. 5/2020, p. 318.

it is not possible to know people's clinical history, which is why they may be subjected to unnecessary burdens. For their part, Benavente & others[20] warn about the existence of multiple barriers for refugees, migrants, and irregularly staying TCNs when it came to receiving the COVID-19 vaccine, such as waiting times, distance from vaccination centres, and trust. Indeed, the irregular status might discourage migrants from moving within and outside the country where they are located, and, therefore, many TCNs did not go to vaccination centres during COVID-19. These challenges and gaps form the backdrop against which the proposed Return Regulation's provisions on health-related data must be assessed.

3. *The proposed Return Regulation and its implications for the health of TCNs*

The proposed Return Regulation introduces a comprehensive overhaul of the EU's return system for TCNs without a legal right to stay in the EU[21]. It would provide for a common return procedure applicable across the Member States by introducing new mechanisms to recognise and enforce a European Return Order and prevent onward unauthorised movement within the Union. In addition, the Return Regulation would ensure information on data sharing and transfer relevant to return operations, including identity, travel documents, and biometric data for identification purposes. The legislative text notes that 'efficient administrative cooperation and information sharing should be based on clear rules', including those in Regulation (EU) 2018/1860[22] on the Schengen Information System (SIS) for return purposes[23]. Nevertheless, the European Data Protection Supervisor[24] (2025: 9) noted that, in reality, the

[20] P. BENAVENTE, V. N. KAMPALATH, M. L. ZAN, N. T. TRAN, E. A. CZAPKA, S. M. HOSSEINALIPOUR, E. TERAN, C. MARTENS, B. M. KARMACHARYA, A. JOSHI, J. K. DAS, Z. A. PADHANI, V. B. JURLANO, M.M.M. KABAMALAN, L. NYIRAZINYOYE, & K. BLANCHET, *Deployment and uptake of COVID-19 vaccines for refugees and migrants in regular and irregular situations: a mixed-method multicountry study*, *in BMJ Open*, no. 15/2025.

[21] EU Council, doc. 6917/25 ADD 2, Brussels, 16 May 2025.

[22] Regulation (EU) 2018/1860 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals, OJ L 312, 7.12.2018, pp. 1–13.

[23] F. TASSINARI, *A revolutionary Schengen Information System? From the first to the second-second generation of the SIS*, in *ADiM Blog*, June 2022, available at https://www.adimblog.com/2022/06/30/a-revolutionary-schengen-information-system-from-the-first-to-the-second-second-generation-of-the-sis/, accessed 20 March 2026.

[24] EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 9/2025 on the Proposal for a*

system implemented by the Return Regulation would allow Member States to choose between different sources of information, including national ones, paving the way towards an unknown, new initiative on digitalisation of case management in the area of return[25].

3.1. *Health-information sharing between Member States*

In terms of health-related data, the Proposal significantly expands the scope of the information that might be shared among the Member States, while providing minimal safeguards. First, it introduces new provisions on migrants' health checks staying in the territory of a Member State for readmission and reintegration purposes (recital 12 Return Regulation). Second, it includes 'emergency health care and essential treatment of illness' as a condition for postponing removal (art. 14 Return Regulation) and to the benefit of detained vulnerable persons [art. 34(4) Return Regulation]. Information on the vulnerability, health, and medical needs of TCNs [art. 38(6), let. k) Return Regulation] is not contemplated by existing EU components and large-scale Information Technology (IT) systems according to art. 4, point 15, of the interoperability Regulation (EU) 2019/818[26], or as supplementary information in compliance with the SIS Regulation (EU) 2018/1860[27] [art. 38(4) Return Regulation]. Thus, Member States will need to find other channels to convey the information. Art. 38(5) of the proposed Regulation adds that the requested data shall be 'adequate, relevant, accurate, limited to what is necessary for the intended purpose and shall set out the grounds on which it is based' in respect of the principle of minimisation [art. 5(1), let. d) General Data Protection Regulation[28] (GDPR)].

Regulation establishing a common system for the return of third-country nationals staying illegally in the Union, May 2025.

[25] See the European Parliament official webpage at https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-era-for-european-defence-and-security/file-digitalisation-of-return-case-management, accessed 20 March 2026.

[26] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common system for the return of third-country nationals staying illegally in the Union, and repealing Directive 2008/115/EC of the European Parliament and the Council, Council Directive 2001/40/EC and Council Decision 2004/191/EC, Strasbourg, 11.3.2025, COM(2025) 101 final.

[27] Regulation (EU) 2018/1860 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals, OJ L 312, 7.12.2018, pp. 1–13.

[28] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April

Nevertheless, the proposed Return Regulation will enable the sharing of "vulnerability", "health", and "medical-needs" data of TCNs, with little mention of independent oversight or data-protection safeguards[29]. Health data is a special category of personal data under the GDPR art. 9, requiring enhanced safeguards, including a valid legal basis for processing it under art. 9(2) GDPR—e.g., reasons of substantial public interest as per art. 9(2), let. g)—, and further conditions implementable in national law[30]. Notably, the latter requisite, also known as "opening-clause", may pose significant obstacles to the sharing of health-related data among the Member States, thus hampering the continuity of migrants' healthcare treatment[31]. Besides, health-data processing within the EU must comply with the GDPR's art. 6 core principles.

Ethical data governance for migrants' health-data suggests inserting additional, specific safeguards, like: ensuring voluntary and informed consent, or information on the appropriate legal basis chosen for processing; participation of migrant communities in health data-governance decisions, if possible; strict purpose limitation (data collected for health care should not be shared or linked for law enforcement needs); anonymisation or pseudonymisation where appropriate as per art. 89 GDPR; data protection impact assessment in case of large-scale processing [art. 35(3), let. b) GDPR]; clear accountability and transparency rules under the responsibility of the data processor and controller[32]. Arguably, concerns surrounding the processing of health information are even more acute when these are transferred beyond the EU.

2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance), OJ L 119, 4.5.2016, pp. 1–88.

[29] HUMAN RIGHTS WATCH, *More than 200 Organisations Inhumane Deportation Rules Should be Rejected*, 16 September 2025.

[30] O. FEENEY, G. WERNER-FELMAYER, H. SIIPI, M. FRISCHHUT, S. ZULLO, U. BARTECZKO, L. ØYSTEIN URSIN, S. LINN, H. FELZMANN, D. KRAJNOVIĆ, J. SAUNDERS, V. RAKIĆ, *European Electronic Personal Health Records initiatives and vulnerable migrants: A need for greater ethical, legal and social safeguards*, in *National Library of Medicine*, no. 1/2020, pp. 27-37.

[31] CJEU, judgment of 21 December 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C-667/21, EU:C:2023:1022, §66, and I. DE MIGUEL BERIAIN, *El uso de datos de salud para investigación biomédica a la luz de la propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo sobre el espacio europeo de datos sanitarios,* in *Revista Jurídica de Castilla y León*, no. 60/2023, pp. 7-35.

[32] K. BOZORGMEHR, M. MCKEE, N. AZZOPARDI-MUSCAT, J. BARTOVIC, I. CAMPOS-MATOS, TI. GERGANOVA, A. HANNIGAN, J. JANKOVIĆ, D. KÁLLAYOVÁ, J. KAPLAN, I. KAYI, E. KONDILIS, L. LUNDBERG, I. MATA, A. MEDAREVIĆ, J. SUVADA, K. WICKRAMAGE, & SJ. PUTHOOPPARAMBIL, *Integration of migrant and refugee data in health information systems in Europe: advancing evidence, policy and practice*, in *Lancet Reg Health Eur.* 2023.

3.2. *Transferring health data to carry out the return operation and reintegration*

Under the new Return Regulation, the transfer of health-related data of TCNs to third countries for the return operation and reintegration should be carried out according to Chapter V of the GDPR, Chapter V of the EU Data Protection Regulation[33] (EUDPR), and in respect of the principles of non-refoulement, proportionality, and necessity under the EU Charter of Fundamental Rights[34] (CFREU) [art. 41(3) Return Regulation]. Such a reference implies full compliance with EU personal data protection legislation by the competent authority or the European Border and Coast Guard Agency (EBCG Agency), together with the relevant case law[35].

Art. 41 of the proposed Return Regulation contemplates two types of transfers: medical assistance data transfer [art. 41(1) Return Regulation] and transfer of data concerning health [art. 41(2) Return Regulation]. In both cases, the transfer would be carried out on an *ad hoc* basis [cfr. art. 49 of the GDPR] when meeting two cumulative conditions: The transfer is necessary for the purposes of carrying out the return operation or providing integration assistance (1.); and the TCN whose data is transferred had been informed that their personal data may be shared with the authorities of a third country to carry out the return operation (2.). Additionally, when transferring medical assistance data, the competent authority/EBCG Agency should verify that the transfer does not risk breaching the principle of non-refoulement.

Hence, any transfer of health-related data can be justified based on reasons of substantial public interest [art. 9(2), let. g) GDPR], or to protect the vital interests of the data subject [art. 9(2), let. c) GDPR]. Consent, in fact, is only one of the possible legal bases for the legitimate processing. The proposed Return Regulation does not clarify key points regarding the health data governance, though, such as the "competent authority" responsible or in charge of

[33] Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC (Text with EEA relevance), OJ L 295, 21.11.2018, pp. 39–98.

[34] Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391–407.

[35] E.g., CJEU, judgment of 6 October 2015, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner,* Case C-362/14, EU:C:2015:627, and CJEU, judgment 16 July 2020, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems*, Case C-311/18, EU:C:2020:559.

the processing (i.e., accessing and transferring), including law enforcement agencies, migration authorities, or specialised medical personnel involved in the return procedure. As far as the EBCG Agency is concerned, the transfer of health-related data follows art. 86(3) of Regulation (EU) 2019/1896[36], which (arguably) recalls the EBCG Agency's agreements and arrangements concluded in line with Chapter V of the EUDPR[37]. Yet, the Agency has no explicit competence regarding the inspection of migrants' health when returned (art. 10 Regulation (EU) 2019/1896).

Finally, the Return Regulation requires that the controller inform TCNs that their health data may be shared with the authorities of a third country. Any such transfer for return or reintegration purposes shall be documented and made available to the competent supervisory authority '[…] including the date and time of the transfer, information about the receiving third country's competent authority, the justification that the transfer complies with the conditions laid down in paragraph 1 or 2 and the personal data transferred' [art. 51(1) GDPR and 52(1) EUDPR]. However, health data transfer is not always the optimal solution if the European Health Data Space (EHDS) is taken as a relevant normative and technical comparator.

4. *Reconciling health-data processing in the return policy with the EHDS initiative*

Two different infrastructures are being implemented under the EHDS Regulation[38] (namely MyHealth@EU and HealthData@EU), which will become the main channels for processing electronic health data in the EU, including migrants'. Specifically, the EHDS Regulation will enable the processing of electronic health data for the provision of healthcare (primary use), or for purposes other than the initial one, as specified under Chapter IV of the EHDS Regulation (secondary use).

[36] Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624, OJ L 295, 14.11.2019, pp. 1–131.

[37] L. MARIN, *The Cooperation between Frontex and Third Countries in Information Sharing: Practices, Law and Challenges in Externalizing Border Control Functions*, in *European Public Law*, no. 1/2020, pp. 157-180.

[38] Regulation (EU) 2025/327 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2025 on the European Health Data Space and amending Directive 2011/24/EU and Regulation (EU) 2024/2847 (Text with EEA relevance), OJ L, 2025/327, 5.3.2025.

As such, the sharing of information between the Member States concerning TCNs' vulnerability, health, and medical needs could be performed via MyHealth@EU, if the purpose of the processing is traced back to the provision of healthcare [e.g., art. 9(2), let. c) GDPR] rather than return, readmission, and reintegration straightforwardly. With this reading, TCNs would be ensured the right to access their electronic health data, insert information in their own Electronic Health Record, rectify personal electronic health data, restrict the access of health professionals and healthcare providers, and the right to opt out from the access to their personal electronic health data (arts. 3-10 EHDS Regulation). Besides, the processing of electronic health data under the EHDS Regulation would enable access to such sensitive information—cf. Annex I EHDS Regulation—to health professionals only, 'irrespective of the Member State of affiliation and the Member State of treatment' [art. 11(1) EHDS Regulation]. In sum, the EHDS would ensure that health-care rights and data-protection rights thereto are not compromised during the return procedure, and that migrants retain accessible and effective avenues to seek redress in case of breach.

As far as the transfer of health-related data is concerned, the scope of the EHDS Regulation does not cover their processing in the context of return (art. 53 EHDS Regulation). However, the EHDS Regulation introduces important safeguards to process and protect even non-personal health data, which might turn out to be of a sensitive nature if reidentification is possible. Moreover, the EHDS Regulation incorporates by reference the regime on the transfer of personal data set down in the GDPR Chapter V. Thus, the access to or transfer of personal electronic health data to a third country or international organisation should be supported by enhanced safeguards as per art. 9(4) GDPR and arts. 24(3) and 75(5) EHDS Regulation [art. 90 of the EHDS Regulation]. This implies that a third country or international organisation's national contact point might become an authorised participant to MyHealth@EU or HealthData@EU, guaranteeing (as a general rule) the non-disclosure of individuals' health data outside the EU. In this sense, the 'physical' extraction of data from one database to another (and the possible loss of control that would result from it) would not be possible, which ensures that personal, health-related data are always stored in a Secure Processing Environment (SPE).

5. *Final remarks*

The proposed Return Regulation represents a long-awaited turning point

in the EU's migration architecture, completing the 2020 Pact on Migration and Asylum[39]. It will create a system where migrants' health and data governance intersect with return enforcement procedures, raising data protection concerns. Among others, the processing of health-related data must comply with the enhanced safeguards provided for in the GDPR art. 9, taking into account the disadvantaged position of this group of people. Thus, the paper proposes clarifying the methods for sharing and transferring migrants' electronic health data, as well as the authorities responsible for this, taking the EHDS Regulation as an example for both intra- and extra-EU exchanges.

[39] See the European Commission's official website at https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_en, accessed 20 March 2026.

MIGRANT AND REFUGEE WOMEN IN THE EUROPEAN HEALTH DATA SPACE: A GENDERED PERSPECTIVE

Francesca Tassinari e Lucia Busatta*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Migrant and refugee women as vulnerable (data) subjects. – 2.1. Migrants and refugee women's health vulnerabilities in the offline world. – 2.2. Vulnerable data subjects? – 3. Specific needs for migrant and refugee women's health data processing. – 3.1. Difficulties in collecting data from undefined or undefinable subject categories. – 3.2. The gender perspective in health data processing. – 3.3. Migrants and refugees in the EHDS: What place for women? – 4. Final remarks.

1. *Introduction*

By integrating the gender perspective into migration and refugee studies, the literature and political documents have recently started highlighting the role of women in cross-border mobility processes[1]. However, women have always migrated. They were just not visible, as weren't their vulnerabilities. Women are subjected to pre-defined societal stereotypes, fall victim to physical and verbal gender-based violence, and suffer from high-skill labour market exclusion. The lack of gender equality is reflected in the technological and information technology (IT) world as well, thereby influencing how data is treated and the resulting output.

Despite increasing awareness, accessing and gathering gender information

* Francesca Tassinari (francesca.tassinari@ehu.eus), Juan de la Cierva postdoctoral research fellow at the University of the Basque Country (UPV/EHU). ORCiD 0000-0003-4487-7130, ResearcherID H-5751-2018. Lucia Busatta (lucia.busatta@unitn.it), associate professor of Constitutional law at the University of Trento. This paper is part of the aid JDC2022-048217-I, funded by MCIN/AEI/10.13039/501100011033 and the European Union «NextGenerationEU»/PRTR, the Basque University System Research Group on Social and Legal Sciences applied to New Technosciences (GI CISJANT, ref. IT1541-22) funded by the Basque Government Department of Education, and the project *Aproximación ético-jurídica al tratamiento de datos de salud de inmigrantes y refugiados para fines de salud pública en la UE (DASIR-SP)* funded by the Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2024 research grant.

[1] A. LLÁCER ET AL., *The contribution of a gender perspective to the understanding of migrants' health*, in *J Epidemiol Community Health*, n. 61 Suppl 2/2007, ii4-10.

have been overlooked[2], with obvious detrimental consequences. This gap becomes worrying in view of the growing use of big data and artificial intelligence (AI) technologies, which are expected to expand across several areas, including health and migration. Algorithm training is one (if not the main) purpose of the recently adopted European Health Data Space (EHDS) regulation (EU Regulation 2025/327), which provides that third-country nationals' health data will be stored alongside that of EU citizens. It is therefore important to understand whether and how the sex and gender perspective will be implemented here.[3]

This paper highlights the added value of integrating the gendered equality perspective *vis-à-vis* health data treatments in the migration and refugee contexts. It addresses migrant and refugee women as vulnerable groups of subjects in the off- and online worlds, and calls on the need for specific protection when processing their health data under the new EHDS. Thus, the paper outlines the vulnerabilities of migrant and refugee women, and their relationship to health (par. 2.1.). It also covers the guarantees afforded to vulnerable data subjects in the processing of health-related data under the EU's General Data Protection Regulation (Regulation (EU) 2016/679 GDPR) (par. 2.2). Finally, it considers the gender perspective in migrants and refugees' health data processing operations (paras. 3.1. and 3.2.) and frames some reflections on the newly adopted EHDS regulation (par. 3.3.).

2. *Migrant and refugee women as vulnerable (data) subjects*

The concept of vulnerability may express asymmetric relationships to protect people who suffer from disadvantages, prejudices and stereotyping[4]. The UN Global Compact on Migration (2018) softly commits to upholding the best interests of the child and applying a gender-sensitive approach in addressing vulnerability, including in response to mixed migration flows (p. 16)[5].

[2] K. BOZORGMEHR et al., *Integration of migrant and refugee data in health information systems in Europe: advancing evidence, policy and practice,* in *The Lancet Regional Health - Europe*, n. 34/2023, pp. 1-16.

[3] Definitions of the relevant concepts can be found at the following link: https://www.sogica.org/en/the-project/glossary/

[4] G. SPANÒ, *Una teoria della prassi: il supporto legale tra "protezione" e strumenti*, in *ADiM Blog,* June 2025.

[5] Global compact for safe, orderly and regular migration, approved by the United Nations General Assembly on 19 December 2018, available here: https://www.iom.int/global-compact-migration.

Gender equality is, indeed, one of the UN Sustainable Development Goals, which promote universal access to sexual and reproductive health and reproductive rights, as well as the empowerment of individuals in the use of information and communication technology. Straight to the point, the Inter-American Commission on Human Rights considers women, including pregnant women, as a vulnerable group (p. 9).

As early as 2008, the World Health Organisation urged States to raise cultural and gender sensitivity regarding migrants' health issues among health service providers and professionals (p. 25)[6]. Today, the gender perspective should effectively intersect all responses to migration and asylum seekers, both in the real and virtual environments.[7]

2.1. *Migrant and refugee women's health vulnerabilities in the offline world*

In this context, vulnerabilities must be identified on a case-by-case basis to implement targeted preventive and palliative measures. When migrating, women's vulnerabilities are exacerbated by a lack of social or family support networks, discrimination and structural inequalities, economic dependence, unemployment or irregular migration status.[8]

Generally, migrant and refugee women may find themselves in heightened poverty situations due to unemployment or marginalisation in household chores. Thus, migrant and refugee women are more exposed to mental health threats and face greater challenges in integrating into the destination country.

Furthermore, they might be exposed to sexual and reproductive health problems, such as forced and/or early marriages and genital mutilation,[9] or suffer pregnancy-related problems like cardiovascular disease and diabetes.[10]

[6] World Health Organization, Sixty-First World Health Assembly, Geneva, 19–24 May 2008, WHA61/2008/REC/1.

[7] R. Zerbini Ribeiro Leão, F. González Morales, *Derecho a la salud de mujeres migrantes: el enfoque de dos organismos de Naciones Unidas,* in *Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.,* n. 30/2022, pp. 191-206.

[8] L.D. Quintero et al., *Interrupción voluntaria del embarazo y salud sexual y reproductiva en mujeres migrantes en Barranquilla,* in *Pan American Journal of Public Health,* n. 47/2023, pp. 1-9.

[9] G. Baldi, *Gendering the Shamima Begum case: "Jihadi brides" and the victim/perpetrator dichotomy*, in *ADiM Blog*, May 2023.

[10] A. Aguilar, *Mujeres Migrantes: Cuerpos Sin Derechos,* in *El Sol de Mexico,* 9 October 2023; J. Sotelo-Daza, O.A. Andrés Valencia, *Itinerarios terapéuticos de mujeres migrantes*

They are also more likely to contract sexually transmitted diseases, such as HIV/AIDS, when selling or exchanging sexual services, which may result from trafficking or exploitation, and undergo gender-based violence in the domestic sphere.[11] Moreover, institutional, cultural, economic, political, and bureaucratic barriers can obstruct their access to health services and medical care. All this urges the adoption of tailor-made services in the offline world, e.g. around childbirth, hygiene, and physical safety. Still, their vulnerable status could remain imprinted in the digital layer.

2.2. *Vulnerable data subjects?*

Migrant and refugee women might be vulnerable under privacy and data protection frameworks, where they suffer from a layered vulnerability: vulnerability *per se* (being vulnerable, they should be the subject of specific data protection measures) and vulnerability *vis-à-vis* their personal data (the processing of which may disclose sensitive information).

In the first sense, the International Organisation for Migration's data protection manual[12] warns that data protection officers should always protect the vulnerability of certain groups of individuals and data subjects. The Article 29 Data Protection Working Party (pp. 21-22),[13] in turn, found that vulnerabilities arise from an imbalance of power between the data subject and the controller or processor. Thus, Recitals (42) and (43) of the GDPR state that consent must be given freely and conscientiously by the data subject, but linguistic-cultural differences may hinder the application of this principle. Nevertheless, the GDPR does not dedicate due attention to vulnerability *per se* provided that it does not differentiate the situations of groups and individuals.[14]

con hipertensión arterial: miradas desde el proceso de salud-enfermedad-atención, in *Enfermería Global*, n. 72/2023, pp. 380-390.

[11] L. VAHEDI et al., *Methodological and Ethical Implications of Using Remote Data Collection Tools to Measure Sexual and Reproductive Health and Gender-Based Violence Outcomes among Women and Girls in Humanitarian and Fragile Settings: A Mixed Methods Systematic Review of Peer-Reviewed Research,* in *Review Manuscript,* n. 4/2023, pp. 2498-2529.

[12] IOM Data Protection Manual, available at https://publications.iom.int/books/iom-data-protection-manual.

[13] ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, available at https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf.

[14] G. MALGIERI, J. NIKLAS, *Vulnerable Data Subjects,* in *Computer Law and Security Review,* n. 37/2020, p. 5.

This approach affects women as vulnerable data subjects, and national institutions have already taken steps to prevent discrimination and avoid data protection breaches concerning women. For example, the *Agencia Española de Protección de Datos* has published several resources for combating violence against women in the digital context. In this sense, the Privacy Impact Assessment (PIA, art. 35 GDPR[15]) has become a key tool for assessing different vulnerabilities when processing individuals' personal data.

These guarantees would lie above others, including the enhanced regime for the processing of special categories of personal data and health-related data. According to Article 9(1) GDPR, processing certain categories of personal data (e.g. data concerning health, sexual life or sexual orientation) is prohibited, with the only exceptions provided for in Article 9(2) GDPR. Arguably, this general prohibition does not expressly cover gender but remains particularly relevant in protecting vulnerable groups from discrimination and stigmatisation when sensitive information is unleashed. Besides, the GDPR's silence does not prevent the EU's Member States from embracing gender-sensitive digital policies, but it poses the risk of fragmented implementations at the national level.

3. *Specific needs of migrants and refugee women's health data processing*

3.1. *Difficulties in collecting data from undefined or undefinable subject categories*

Data subject categories must be clearly defined before undertaking any personal data processing in accordance with the principles of data minimisation and accuracy.[16]

In the context of migration, though, the lack of a shared definition of "migrant" is critical.[17] Generally, migrants are associated with people who leave their place of habitual residence for another place, either within or outside the same country, temporarily or permanently, for various reasons. Hence, neither nationality boundaries – as it happens with the regulation of foreign or stateless people –, nor the voluntary or forced character of the migration process

[15] Available at https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/611236/en.

[16] art. 1, lets. c) and d) GDPR; and EDPS Decision on the own Initiative Inquiry on Europol's Big Data Challenge, 2020.

[17] United Nations, Recommendations of Statistics on International Migration, Rev. 1, 1998

are relevant.[18] The duration of the displacement is irrelevant too, according to the International Organisation for Migration. Whereas the definition of "refugee" is provided by the 1951 Geneva Convention and its 1967 Protocol, its different interpretations give rise to widespread dissent and influence the effectiveness of the provision. For instance, sexual orientation and gender identity as grounds for recognising international protection are weighed differently in European States.[19]

Therefore, the development of migration and, to a lesser extent, refugee indicators for data analysis is highly problematic. Such indicators are, nevertheless, indispensable to ensure the standardisation and comparability of migrants' health-related data, and to improve social and health care based on trustworthy public policies.

Lacking universally accepted definitions or harmonised interpretations, no common criteria can be enforced when collecting and analysing personal data and grasping all existing variables, given the highly customised situations in this context, is highly difficult. Specifically, when analysing migrants and refugees' health, a range of elements, such as genetic (including ethnic), lifestyle, and environmental factors, deserves due consideration. These factors are not limited to a single context, but encompass different "space" and "time" elements requiring advanced data analysis.[20] For example, the incoming EU's European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) regulation (Regulation (EU) 2018/1240) will require the collection and processing of large amounts of alternative data[21] in an attempt to capture all possible situations concerning visa-exempt third-country nationals, including their health status.

3.2. *The gender perspective in health data processing*

With the advent of AI, sex and gender have received increased attention

[18] E. ESPINAR RUÍZ, *Migrantes y refugiados: reflexiones conceptuales*, in *Obets. Revista de Ciencias Sociales,* n. 1/2010, pp. 41 ff.

[19] C. DANISI et al., *Queering Asylum in Europe. Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity,* New York/Geneva, 2021.

[20] L. MERRY et al., *Cross-border movement and women's health: how to capture the data,* in *International Journal of Equity in Health,* n. 10/2011, p. 13.

[21] E.g., to identify the individual by name and surname the following information is required: surname (family name), first name(s) (given name(s)), surname at birth; date of birth, place of birth, country of birth, sex, current nationality, first name(s) of the parents of the applicant, as per Article 17(2)(a) of Regulation (EU) 2018/1240.

in healthcare practice and research. Personalised medicine also requires high-precision AI to set tailor-made interventions, including sex and gender as indicators for genetics, environment, and lifestyle.[22] Women's specific health care needs are biologically justified and could depend on specific mental and physical conditions like pregnancy, childbirth, contraception and abortion.[23]

One of the major issues reported in data collection feminist studies is the need to differentiate between gender and sex. Gender-based variables are contextual, culture-specific and potentially countless.[24] Thus, harmonising their significance in data analysis to improve prediction accuracy is challenging and is not always acknowledged.[25] However, such shortcomings or errors will tend to recur and amplify indefinitely when the data is used to train algorithmic models (see the AI Act provisions). This results in few population observational and cohort studies; incorrect disease predictions; and exclusion of interested participants or targeted specific questions. Sex and gender vulnerabilities, hence, are likely to be exacerbated rather than eradicated, unless preventive and corrective measures are adopted.

Sex and gender tend to be overlooked when planning, analysing, and collecting migrant and refugee health data as well. According to the International Organisation for Migration[26], a major obstacle in this regard is the lack of training of the staff responsible for analysing the data involved in the migration process. Another worrying feature is the involvement of private companies to whom the processing and collection of personal data is delegated – especially in unstable situations like humanitarian crises or forced displacement –, without a solid legislative framework in place (ivi: 17).

3.3. *Migrants and refugees in the EHDS: what place for women?*

Although the EHDS regulation does not expressly mention migrants and

[22] D. CIRILLO et al., *Sex and gender differences and biases in artificial intelligence for biomedicine and healthcare,* in *npj Digital Medicine*, n. 81/2020, pp. 1-11.

[23] L. SCHUMAN et al., *Bridging the gap with a gender lens: How two implementation research datasets were repurposed to inform health policy reform in Kenya,* in *Health Policy and Planning,* n. 35/2020, p. ii66.

[24] F. TORABI ASR, *The Gender Gap Tracker: Using Natural Language Processing to measure gender bias in media*, in *PLOS ONE,* n. 29/2021, p. 8.

[25] For example: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10526-2023-ADD-1/en/pdf and https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10526-2023-ADD-2/en/pdf.

[26] The document is available at https://lac.iom.int/es/reportes-y-productos-de-informacion (p.15).

refugees, there is some evidence to suggest that their data will be processed under it. For example, Recital (7) of the EHDS regulation states that any digital transformation should aim to be inclusive, thereby benefiting natural persons with limited ability to access or use services. The regulation also aims to ensure the digital health literacy of individuals and healthcare professionals to promote proper use of health-related data. Individuals must be empowered to exercise their rights to control electronic health data, thereby reducing inequalities and discrimination against people who lack digital skills (Recital 89).

The EHDS regulation urges Member States to adopt social inclusion programs and promote awareness-raising campaigns; it guarantees everyone to exercise their rights, by paying special attention to the needs of vulnerable groups. Besides, the EHDS regulation prohibits the making of decisions (legal, economic, or social) detrimental to a natural person or group of natural persons because of their health data, or those that may significantly affect such persons. Similarly, it forbids discriminatory decisions based on the data obtained and unethical activities (Recital 89).

The EHDS regulation will set into operation a cross-border electronic health records system, which will interconnect the Member States' national information systems. These provisions could alleviate the obstacles arising from the fragmented and patchy collection of migrants' and refugees' health data by promoting European interoperable solutions. Once these measures have been fully enacted, a person's clinical history will be gathered together, regardless of cross-border movements. Besides, personal data transfer regimes will ensure the transfer of electronic health data to third States and international organisations (Recital 35 and Article 90), like the International Organisation for Migration, as well as the access to it.

Thus, the EHDS regulation would ensure monitoring of variables and indicators related to the health of these groups, thereby providing a clearer picture of the requirements in favour of coordinated supranational action. If so, the EHDS regulation would be a major advancement in monitoring the health of migrants and refugees within, between and beyond the EU. Nevertheless, there are no dedicated gender provisions. Its effective integration, therefore, will depend on national implementation, resulting in a significant loss of gender-based interoperability from a scientific and biomedical perspective.

4. *Final remarks*

Women have long been absent from the migration narrative and so have

their health conditions. This silence has meant that their health vulnerabilities could not be adequately prevented or treated, nor could effectively gender public policies be adopted. Such biases have spilt over into the health digital environment, with the risk of perpetuating discrimination and producing weak AI models and systems.

The integration of sex and gender variables in both the collection and analysis of health data concerning migrants and refugees, starting with the implementation of the EHDS regulation is therefore crucial for fair, non-discriminatory, and accurate health care decisions, and effective, harmless policymaking. Adopting a sex- and gender-based perspective may mitigate the vulnerabilities of female data subjects, while enhancing the scientific value and inclusiveness of health-related forecasts and practices.

PARTE VI:
CORTI, RESPONSABILITÀ E TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO DELLE MIGRAZIONI

GIURISDIZIONE, ATTO POLITICO E RESPONSABILITÀ DELLO STATO

LA RICHIESTA DEL PUBBLICO MINISTERO AL TRIBUNALE DEI MINISTRI

Aniello Nappi*

Si è molto discusso in questi giorni se fosse un “atto dovuto” la trasmissione al tribunale dei ministri della denuncia sporta contro alcuni componenti del Governo per la vicenda del rimpatrio del generale Almasri.

In realtà l’art. 6, comma 2, della legge costituzionale n. 1 del 1989 (norme in materia di procedimenti per i reati addebitati al Presidente del Consiglio e ai ministri) prevede che il procuratore della Repubblica, omessa ogni indagine, trasmetta entro il termine di quindici giorni al tribunale dei ministri gli atti relativi alla notizia di reato, con le sue richieste, «dandone immediata comunicazione ai soggetti interessati perché questi possano presentare memorie al collegio o chiedere di essere ascoltati».

Secondo una plausibile interpretazione giurisprudenziale, la trasmissione degli atti al tribunale dei ministri presuppone l’iscrizione nel registro di cui all’art. 335 c.p.p. dei nomi dei soggetti individuati come autori dei reati ipotizzati.

Ovviamente però «l'obbligo del procuratore della Repubblica di trasmettere gli atti al collegio previsto dall'art. 7 della legge costituzionale n. 1 del 1989, ed il conseguente divieto di compiere indagini, non consegue automaticamente all'acquisizione di una "notitia criminis" riferita ad un ministro, ma presuppone che si accerti preliminarmente l'attinenza del comportamento illecito allo svolgimento del "munus publicum" ricoperto».

Ne consegue che, oltre a questa specifica valutazione sull’attinenza ministeriale, il pubblico ministero è chiamato anche alle valutazioni necessarie ai fini dell’iscrizione della notizia di reato nel registro previsto dall’art. 335 c.p.p.

Benché obbligatoria, infatti, l’iscrizione può riguardare solo una notizia così connotata:

a. deve rappresentare un fatto, non una suggestione o un’ipotesi fantasiosa;

b. deve riferirsi a un fatto determinato, non a un generico fenomeno sociale, anche se non è necessario che sia attribuito a persona già individuata né che ne risultino già le circostanze di tempo e di luogo;

* Avvocato, già magistrato della Corte di cassazione.

c. non può riferirsi a un evento palesemente inverosimile, perché quando la denuncia risulti palesemente inverosimile è esclusa anche la mera possibilità dell'inizio di un procedimento penale;

d. deve riferirsi a un fatto penalmente rilevante, vale a dire un fatto di cui sia possibile ipotizzare la qualificazione di illiceità penale. Infatti, oltre al registro delle notizie di reato, che reca le iscrizioni ex art. 335 c.p.p., esiste un registro degli atti non costituenti notizie di reato, che possono anche essere cestinati de plano dal P.M., senza investirne il giudice.

Nel caso previsto dalla legge n. 1 del 1989 il fatto, oltre che determinato, deve ovviamente risultare attribuito a persona già individuata come componente del Governo; se il fatto non è attribuito a un soggetto già individuato, la legge costituzionale non risulta ovviamente applicabile, salva la sopravvenuta individuazione.

Peraltro, dopo la cosiddetta riforma Cartabia, l'art. 335, comma 1-bis, c.p.p. prevede ora che «il p.m. provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico». Sicché si esige anche la garanzia che abbia un qualche fondamento probatorio l'attribuzione nominativa della notizia di reato; con la conseguenza che, in mancanza di un fondamento probatorio pur minimo, la notizia di reato vada iscritta a modello 44 (indagati ignoti). Infatti, la mancanza di fondamento probatorio comporta appunto l'iscrizione a modello 44 (indagati ignoti), non a modello 45 (pseudonotizie di reato), perché nella prospettiva della riforma è l'iscrizione nominativa (modello 21) a richiedere un qualche fondamento probatorio, la cui esistenza neppure rileva per le pseudonotizie (modello 45). Come si è chiarito in giurisprudenza, il modello 45 è un registro destinato «a contenere la registrazione di atti ed informative "del tutto privi di rilevanza penale" (esposti o ricorsi in materia civile o amministrativa, esposti privi di senso, o di contenuto abnorme o assurdo, atti riguardanti eventi accidentali)». Si tratta dunque di «atti o informative» per i quali non si pone affatto un problema di fondamento probatorio.

L'art. 6 comma 2 della legge costituzionale n. 1 del 1989 esclude però che il procuratore della Repubblica possa compiere qualsiasi indagine eventualmente necessaria per verificare il fondamento probatorio della notizia di reato, imponendogli di investirne senz'altro il tribunale dei ministri, competente a svolgere le indagini. Sicché il procuratore della Repubblica può esimersi dall'obbligo di investire il tribunale dei ministri solo in due casi:

a. quando si tratti di un evento palesemente inverosimile o di una mera suggestione o di un generico fenomeno sociale;

b. quando si tratti di una pseudonotizia di reato o si possa comunque escludere l'attinenza del comportamento illecito allo svolgimento del "munus publicum" ricoperto dalle persone denunciate.

Il procuratore della Repubblica non è esonerato dall'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. né dall'investire il tribunale dei ministri, quando la notizia non sia corroborata da indizi. Infatti, la legge n. 1 del 1989 prevale sull'art. 335 comma 1-bis c.p.p., sia perché appunto costituzionale sia perché evidentemente speciale, in quanto riferita solo ai reati ministeriali.

La legge costituzionale n. 1 del 1989 prevede anche che il procuratore della Repubblica, nel trasmettere gli atti al tribunale dei ministri, formuli le sue richieste. E benché sia escluso che svolga indagini anche quando ritenga infondata la notizia, è possibile che il procuratore della Repubblica proponga immediatamente al tribunale dei ministri una richiesta di archiviazione, in alternativa a un'ovvia richiesta di indagini.

In ogni caso il procuratore della Repubblica dovrà comunque informare i «soggetti interessati perché questi possano presentare memorie al collegio o chiedere di essere ascoltati». Ed è del tutto errato qualificare questa informativa come informazione di garanzia, perché, secondo quanto prevede l'art. 369 c.p.p., a notificare l'informazione di garanzia dovrà provvedere il tribunale dei ministri, ma solo quando dovesse compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere.

Si può concludere pertanto che la suggestiva alternativa tra "atto dovuto" e "atto voluto" è totalmente estranea al contesto normative.

LA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE SUL CASO DICIOTTI: UNA DECISIONE EQUILIBRATA

Mario Savino e Michele Trimarchi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sindacabilità della condotta del Governo. – 3. La colpa dell'amministrazione. – 4. La prova del danno per presunzioni. – 5. Tre dubbi e una certezza. – 6. Attivismo giudiziario e separazione dei poteri.

1. *Introduzione*

Con ordinanza del 6 marzo 2025, n. 5992, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato la responsabilità del Governo per i danni morali subiti dai migranti trattenuti a bordo della nave militare Diciotti dal 16 al 25 agosto 2018. Durante la stagione dei "porti chiusi", inaugurata dal Governo Conte, l'allora Ministro dell'interno Salvini decise, inizialmente, di non assegnare un porto di sbarco alla nave carica di migranti, lasciandola in mare aperto per quattro giorni; quindi, di consentirne l'ingresso nel porto di Catania, ma senza autorizzare lo sbarco per altri sei giorni, fino al raggiungimento di un accordo sulla distribuzione dei migranti in sede europea.

La richiesta di risarcimento – avanzata da un migrante eritreo per il danno patito durante i dieci giorni di restrizione della libertà personale a bordo della nave – era stata rigettata dal Tribunale di Roma, che aveva affermato l'insindacabilità della condotta governativa, qualificandola in termini di "atto politico"[1]. La Corte di appello di Roma, pur riconoscendo la sindacabilità della condotta, aveva anch'essa negato il risarcimento, non essendo stati provati la colpa dell'amministrazione e il danno[2]. Le Sezioni unite hanno, invece, ammesso la risarcibilità della pretesa, rimettendo la quantificazione del danno alla Corte di appello di Roma.

La decisione della Cassazione è importante per tre motivi: *i)* respinge la tesi dell'atto politico, affermando la sindacabilità della condotta governativa; *ii)* stabilisce che possa configurarsi un trattenimento illegittimo anche a bordo

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi della Tuscia; Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi di Foggia.

[1] Trib. Roma, ordinanza del 9 luglio 2019, n. 79590.

[2] Corte d'appello di Roma, sentenza del 13 marzo 2024, n. 1803.

di una nave che opera il salvataggio; *iii)* ammette la risarcibilità dei danni morali derivanti dal trattenimento, consentendo la prova per presunzioni. L'analisi che segue approfondisce tali aspetti.

2. *La sindacabilità della condotta del Governo*

La tesi dell'atto politico, accolta dal Tribunale di Roma, poggia su un argomento *formale*, che non attiene alla sostanza del potere esercitato, ma alla sua qualificazione *medio tempore* intervenuta. L'insindacabilità deriverebbe, infatti, dalla delibera del 20 marzo 2019 con la quale il Senato ha negato l'autorizzazione a procedere per il reato di sequestro di persona nei confronti dell'allora Ministro dell'interno. In quella delibera, il Senato ha ritenuto applicabile l'esimente del perseguimento del preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo, prevista dall'articolo 9, comma 3, della legge costituzionale n. 1 del 1989. Secondo il Tribunale di Roma, la decisione parlamentare imprimerebbe alla condotta contestata una qualificazione di liceità che varrebbe non solo ai fini penali, ma in ogni settore dell'ordinamento giuridico.

Le Sezioni unite hanno respinto questo argomento formale, guardando alla *ratio* dell'istituto. Se la finalità dell'autorizzazione a procedere è «garantire la funzione governativa attribuendo al Parlamento il potere di sottrarre alla giurisdizione penale ordinaria determinate condotte», ne deriva una rilevanza esclusivamente penalistica dell'istituto e della qualificazione della condotta governativa. Poiché la sottrazione dell'agire politico al controllo giurisdizionale è una eccezione, questa non può estendersi al piano civilistico, dove si riespande il principio costituzionale della «giustiziabilità di ogni atto lesivo dei diritti fondamentali della persona, ancorché posto in essere dal Governo e motivato da ragioni politiche» (§ 13 dell'ordinanza). Una cosa è la rinuncia dello Stato a esercitare l'azione penale per una condotta legata alla funzione di governo; tutt'altra cosa è la rinuncia dello Stato a proteggere i diritti fondamentali lesi da quella condotta.

Accantonato, così, l'argomento formale, la Cassazione si sofferma sulla dimensione sostanziale, intrecciando due linee argomentative. La prima riguarda la nozione tradizionale di atto politico, che richiede, oltre all'elemento soggettivo (che l'atto promani da un organo di Governo), anche un requisito oggettivo (che l'atto sia adottato nell'esercizio della funzione di indirizzo politico e sia oggettivamente rivolto alla salvaguardia dei pubblici poteri). Muovendo dalla constatazione che la nozione di atto politico – eccezionale e

recessiva rispetto al principio di giustiziabilità – riguarda «atti in cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico» che attengono «alla direzione suprema generale dello Stato», la Cassazione respinge la tesi dell'Avvocatura generale dello Stato, negando che il secondo requisito ricorra nel caso in esame (§ 5.1).

La seconda, più pregnante, linea argomentativa attiene all'ulteriore requisito dell'atto politico, che, secondo una giurisprudenza ormai consolidata, può essere considerato tale soltanto se non incide su diritti[3]. La Cassazione conferma che è possibile parlare di atto non sindacabile soltanto «se mancano situazioni qualificate differenziate o si è in presenza di interessi di mero fatto». A suo avviso, «[l]a chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità di un atto del potere pubblico è costituita, in generale, dalla mancanza di specifici parametri giuridici protesi a riconoscere posizioni di vantaggio meritevoli di protezione» (§ 5.1). La condizione sembra duplice – l'incidenza su diritti *e* l'esistenza di norme regolative del potere – ma non è così: l'esistenza di una posizione individuale da garantire e di una norma che quella posizione tutela sono due lati della stessa medaglia. È pur sempre una norma (costituzionale o legislativa) che seleziona gli interessi meritevoli di tutela, qualificandoli e differenziandoli rispetto agli interessi di mero fatto mediante previsioni che imbrigliano il potere, così da evitare interferenze arbitrarie nel godimento delle libertà individuali.

Nel caso in esame, la condotta pubblica ha inciso sulla libertà personale dei migranti, garantita come diritto fondamentale dall'art. 13 della Costituzione. E tanto basta per espungere dal quadro la nozione di atto politico. Ogni qual volta venga in rilievo la dialettica autorità-libertà e vi siano norme che regolano quella dialettica – imponendo al pubblico potere un obbligo, cui corrisponde una pretesa che il privato può azionare, a garanzia della propria libertà – la nozione di "atto politico" inevitabilmente recede.

E avanza quella di "atto amministrativo". L'autorizzazione allo sbarco è, appunto, «un atto che esprime una funzione amministrativa da svolgere, sia pure in attuazione di un indirizzo politico» e ciò comporta che «le motivazioni politiche alla base della condotta non ne snaturano la qualificazione, non rendono, cioè, politico un atto che è, e resta, ontologicamente amministrativo» (§ 5.2). L'implicazione ultima è che la tardiva autorizzazione allo sbarco non può essere giustificata invocando la "ragion di Stato": non rilevano, quindi, né la *querelle* sulla spettanza dell'obbligo di soccorso insorta con le autorità maltesi,

[3] In tal senso, basti richiamare Corte Cost., sentenza del 2 aprile 2012, n. 81 e Cass. Civ., sez. un., sentenza del 22 settembre 2023, n. 27177.

né l'*impasse* determinata a livello europeo dalla richiesta italiana di distribuzione dei migranti in arrivo.

3. *La colpa dell'amministrazione*

Respinta la tesi dell'atto politico e, con essa, la possibilità di dare rilievo giuridico alle giustificazioni politiche all'epoca addotte, il problema si sposta sul piano della liceità della condotta amministrativa, cioè della configurabilità della colpa che l'art. 2043 c.c. richiede come presupposto per la risarcibilità del danno. Da che cosa dipenderebbe l'illiceità di quella condotta: dalla violazione delle norme che disciplinano le operazioni di soccorso in mare oppure dal trattenimento di fatto cui sono stati sottoposti i migranti a bordo?

Sotto il primo profilo (violazione delle norme sul salvataggio in mare), la normativa internazionale non chiarisce dove lo Stato costiero che effettua il salvataggio debba concedere un porto di sbarco e se debba farlo nel proprio territorio. Da ciò la Corte di appello ha desunto l'assenza di un obbligo certo di indicare un luogo di sbarco sicuro (*place of safety*) e di farlo entro un determinato termine. Sulla base di questo rilievo, ha considerato scusabile l'errore in ragione della «complessità e non univocità della normativa di riferimento».

La Cassazione è, tuttavia, giunta a conclusioni opposte, proponendo una diversa interpretazione delle norme internazionali sul salvataggio in mare ed estendendo il discorso sulla colpa al tema del trattenimento a bordo, rimasto in ombra nelle pronunce di merito. L'articolata argomentazione delle Sezioni unite è riassumibile nei seguenti passaggi logici.

Primo: le norme internazionali sul salvataggio in mare, pur complesse e lacunose, stabiliscono alcuni parametri di condotta che il Governo italiano ha violato. In particolare, dalla Convenzione SOLAS (1974) e dalla Convenzione SAR (1989), entrambe ratificate dall'Italia, si desume che: *i)* «la mancata attivazione dello Stato competente impone agli altri Stati di collaborare per supplire alle necessità dei naufraghi e portarli in salvo»; *ii)* lo Stato che effettua il soccorso deve organizzare lo sbarco «nel più breve tempo possibile»; *iii)* l'operazione di salvataggio può dirsi conclusa soltanto con lo sbarco nel luogo sicuro designato (POS); *iv)* l'indicazione del POS è – come riconosciuto dalla stessa Corte di appello – «un atto amministrativo endo-procedimentale dovuto, privo di discrezionalità nell'*an*», mentre, per quanto riguarda il *quomodo*, residua in capo allo Stato «un margine di "discrezionalità tecnica" solo ai fini dell'individuazione del punto di sbarco»; *v)* «ritardi nella designazione dello stesso potrebbero pertanto essere giustificati (solo) alla luce della

necessità di individuarne uno adeguato alle esigenze che, caso per caso, si presentano» (§ 9). Ne deriva che una indicazione del POS manifestamente tardiva vìola le norme internazionali, che la lamentata inerzia di Malta giuridicamente non rileva, e che le valutazioni politiche cui la Corte di appello ha assegnato valore «sono invece da ritenere estranee a tale ambito» (§ 10).

Secondo: a bordo della nave Diciotti, i migranti hanno subìto una restrizione della loro libertà personale (§ 7), che deve ritenersi in contrasto con l'art. 5 della CEDU e l'art. 13 Cost. (§ 11). La Cassazione constata – sulla base delle informative del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute, richiamate nelle memorie del ricorrente e relative alle condizioni riscontrate a bordo il 23 agosto 2018 – che i migranti non solo non potevano scendere dalla nave, ma erano sottoposti a un sistema di videosorveglianza e al controllo di agenti, anche armati, e che i telefoni cellulari erano stati loro requisiti. Il confinamento relativamente prolungato (dieci giorni), l'impossibilità di comunicare con il mondo esterno e l'assenza di libertà di movimento concorrono a configurare un trattenimento di fatto, comparabile a quello avvenuto nel 2011 a bordo di navi ancorate nel porto di Palermo: trattenimento, in quel caso, censurato dalla Corte EDU, per violazione dell'art. 5 CEDU, nel caso *Khlaifia* (§§ 65-72 e 93-108)[4]. Richiamando quel precedente, le Sezioni unite rilevano «l'insussistenza di disposizioni mirate a tipizzare una peculiare ipotesi di trattenimento e la mancanza di un provvedimento individuale, motivato e notificato»: circostanze che, tra l'altro, «escludono la possibilità di assicurare, nell'immediato, un controllo giurisdizionale sui requisiti giustificativi della misura» (§ 11).

Terzo: la colpa delle autorità italiane deriva dal trattenimento di fatto, praticato senza copertura normativa e senza un provvedimento amministrativo impugnabile e convalidabile da un giudice, più che dall'aver ignorato i precetti ricavabili dalle norme internazionali sul salvataggio in mare o dall'aver negato ai migranti a bordo un controverso «diritto allo sbarco». Premesso che, ai fini della responsabilità civilistica, non basta accertare l'illegittimità dell'azione amministrativa, essendo la colpa comunque esclusa quando l'errore è scusabile (come nel caso di oggettiva oscurità della norma violata), la Cassazione censura la valutazione della Corte di appello, ritenendola viziata da un «errore di prospettiva», consistente appunto «nel rapportare tale valutazione alla mancata concessione del c.d. POS (*place of safety*) anziché alla restrizione della libertà personale non giustificata da provvedimenti amministrativi o giudiziari, in violazione dell'art. 13 Cost.» (§ 7). Al contrario, «non può risultare sufficiente ragione di scriminazione della condotta, sotto il profilo della colpa,

[4] Corte Edu, sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12.

l'incertezza normativa in ordine alla individuazione dello Stato competente, né la pure consentita flessibilità sulle determinazioni da adottare al momento di individuare il POS e autorizzare allo sbarco, non potendo tale flessibilità comunque risultare esente da ragionevoli limiti temporali senza altrimenti tradursi di fatto in una misura restrittiva della libertà personale, intollerabile per l'ordinamento costituzionale e sovranazionale» (§ 12.2).

4. *La prova del danno per presunzioni*

Dopo aver definito i contorni della colpa dell'amministrazione, la Cassazione affronta un ultimo aspetto: quello della risarcibilità del danno derivante dalla condotta colposa. Sul punto, la Corte di appello aveva rilevato «il difetto di allegazione, prima ancora che di prova del danno conseguenza», e aveva quindi rigettato la domanda risarcitoria, in base alla constatazione che, «nel sistema di responsabilità civile, compreso quello inerente all'attività della pubblica amministrazione, non è ipotizzabile un danno in *re ipsa*» (§ 7).

La formula "danno *in re ipsa*" allude a una responsabilità che sorge per il solo fatto di aver adottato un atto antigiuridico lesivo di un interesse protetto (nel caso, un diritto fondamentale). La formula, però, è equivoca. A volte si parla di danno *in re ipsa* per indicare la responsabilità che prescinde dall'accertamento dell'elemento soggettivo; altre volte per indicare la responsabilità che sorge senza (pieno) accertamento del nesso di causalità. Solo nel secondo significato la denominazione è accettabile, visto che nel primo evidentemente bisogna parlare di responsabilità oggettiva.

Prima della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999 la giurisprudenza civile riteneva che la colpa dell'amministrazione fosse implicita nella adozione dell'atto illegittimo (c.d. colpa *in re ipsa*). La menzionata sentenza ha invece ritenuto che, trovando applicazione l'art. 2043 c.c., la responsabilità dell'amministrazione presuppone un accertamento specifico dell'elemento soggettivo dell'illecito. In particolare, secondo questa storica pronuncia, la colpa si configura «nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo […] sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi» (c.d. colpa d'apparato).

In realtà la colpa così intesa finisce ancora una volta per esser assorbita dall'illegittimità del provvedimento, quantomeno quando esso è viziato da eccesso di potere. Per questa ragione la giurisprudenza successiva, soprattutto del giudice amministrativo, ma non solo, ha parzialmente cambiato

impostazione e ritiene che la violazione del diritto integri la colpa quando dipende da «inescusabili negligenze» ovvero «errori interpretativi manifestamente gravi». In concreto, la violazione si ritiene grave quando l'errore dell'amministrazione è inescusabile. L'errore si presume inescusabile, ma l'amministrazione può superare questa presunzione dimostrando che il quadro normativo fosse estremamente complesso, che le circostanze da considerare fossero oscure, al punto da "scusare" l'errore commesso[5].

Nel nostro caso, come si è visto (*supra*, § 3), la Cassazione ha affermato il carattere colposo della condotta dell'amministrazione, spiegando che, ancorché complesso, il quadro normativo era chiaro; e che altrettanto certa è la violazione della libertà fondamentale. Non vi sono, perciò, i presupposti per configurare l'errore scusabile. Sicché opera la presunzione di colpevolezza di cui sopra.

Ciò chiarito, la risarcibilità dipende dal nesso di causalità tra la condotta colposa e il danno conseguente. In termini generali, la Cassazione e il Consiglio di Stato applicano alla responsabilità della pubblica amministrazione la distinzione tra rapporto di causalità giuridica (rapporto tra condotta illecita e lesione dell'interesse giuridico, detto anche "danno evento") e rapporto di causalità materiale (rapporto tra lesione dell'interesse giuridico e conseguenze patrimoniali o non patrimoniali apprezzabili, detto "danno conseguenza")[6].

Per aversi responsabilità non basta dunque il fatto illecito, cioè la condotta antigiuridica, la lesione dell'interesse, il nesso di causalità tra l'una e l'altro e, infine, l'elemento soggettivo. Occorre anche che si determini una perdita o ammanco materiale nella sfera del danneggiato, causalmente riconducibile al fatto illecito, detta solitamente "danno conseguenza" (tipicamente, questo secondo nesso di causalità si esclude in presenza di concause della perdita). Altrimenti si risarcirebbe, appunto, un danno *in re ipsa*.

Venendo alla nostra questione, l'accertamento della causalità materiale per la verifica del "danno conseguenza" è obiettivamente improbo nel caso del danno non patrimoniale morale, stante la dimensione «eminentemente soggettiva e interiore» del pregiudizio. Pertanto, non pare irragionevole, né è una

[5] Cons. Stato, sez. III, sentenza del 7 dicembre 2021, n.8165; Cons. Stato, sez. II, sentenza del 26 aprile 2021, n. 3334; Cons. Stato, sez. III, sentenza del 18 giugno 2020, n. 3903; Cons. Stato, sez. IV, sentenza del 4 febbraio 2020, n. 909; Cons. Stato, sez. IV, sentenza del 7 novembre 2019, n. 7602.

[6] Cons. Stato, ad. plen., sentenza del 23 aprile 2021, n. 7, che aderisce all'orientamento generale della giurisprudenza civile: Cass. Civ., sez. III, sentenza del 21 luglio 2011, n. 15991; Cass. Civ., sez. III, sentenza del 11 novembre 2019, n. 28986.

novità[7], ritenere che in questo caso la prova possa esser data attraverso il ricorso a massime d'esperienza che integrano presunzioni, come afferma l'ordinanza in esame. E infatti, «non solo non si ravvisano ostacoli sistematici al ricorso al ragionamento probatorio fondato sulla massima di esperienza specie nella materia del danno non patrimoniale, e segnatamente in tema di danno morale, ma tale strumento di giudizio consente di evitare che la parte si veda costretta, nell'impossibilità di provare il pregiudizio dell'essere, ovvero della condizione di afflizione fisica e psicologica in cui si è venuta a trovare in seguito alla lesione subita, ad articolare estenuanti capitoli di prova relativi al significativo mutamento di stati d'animo interiori da cui possa inferirsi la dimostrazione del pregiudizio patito» (§ 14)[8].

Vero, però, è che, anche a proposito del danno morale, la giurisprudenza è solita ripetere che è inammissibile il risarcimento del danno *in re ipsa*[9]. Bisogna chiedersi cosa significhi tale formula in questo specifico contesto, cioè rispetto a danni che per propria natura non possono essere oggetto di prova in termini rigorosi e per i quali si ammette il ricorso a presunzioni. A questo riguardo, è stato osservato persuasivamente che «al di là delle formule […], anche quando un danno corrisponderebbe all'andamento normale delle cose, può, in casi particolari, non sussistere effettivamente, e comunque la sua liquidazione richiede un adeguamento al caso concreto». E ancora: «per quanto riguarda il danno morale, è ovvio che la sofferenza interiore non può essere oggetto di prova; la prova ha per oggetto la lesione di una situazione giuridica personale […] la quale può implicare senz'altro una presunzione di "danno morale"; questa, peraltro, in situazioni anomale potrà essere contrastata da una prova contraria: per esempio, la prova che i rapporti dell'ucciso con il coniuge superstite fossero pessimi, così da escludere l'accertamento di una sofferenza di quest'ultimo. Analogo discorso vale per la generalità dei danni non patrimoniali»[10].

Nel caso di specie sembra, quindi, corretto ammettere la prova per presunzioni. La formula secondo cui "il danno *in re ipsa* non merita risarcimento" assume in questa materia il significato di richiamare a una valutazione di contesto, anche equitativa (art. 1226 c.c.), volta a escludere o ridurre il danno presunto se ricorrono concause o comunque in presenza di prova contraria. La Corte d'appello potrà e dovrà svolgere questo genere di valutazioni, che non

[7] Si v., ad esempio, Cass. Civ., sez. III, sentenza del 10 novembre 2020, n. 25164.

[8] Nello stesso senso, Cass. Civ., sez III, n. 25164/2020, cit.

[9] Cass. Civ., sez. III, sentenza del 17 gennaio 2018, n. 901.

[10] P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, p. 589.

sono in contrasto con l'operatività delle presunzioni (giustamente) ritenute applicabili dalla Cassazione.

5. *Tre dubbi e una certezza*

La ricostruzione proposta dalla Cassazione appare, nel complesso, convincente, ma lascia aperti tre dubbi. Il primo si collega al risarcimento del danno. Le Sezioni unite hanno stabilito che il danno morale può essere provato in via presuntiva e hanno rinviato la decisione di merito alla Corte di appello di Roma, che dovrà quantificare il danno risarcibile. Tale Corte, però, nel giudizio d'appello aveva già riconosciuto che, in casi come quello in esame, l'onere della prova «può essere assolto anche mediante il ricorso alle presunzioni previste dall'art. 2729 c.c.». Sotto questo profilo, dunque, l'ordinanza della Cassazione non detta un parametro di giudizio diverso da quello già applicato. Su quali basi, allora, si dovrebbe giungere, questa volta, a un risarcimento del danno? È vero che le Sezioni unite hanno cassato la pronuncia di appello sotto il profilo della configurabilità della colpa dell'amministrazione, respingendo l'argomento dell'errore scusabile in base a una diversa interpretazione delle norme internazionali sul salvataggio in mare. Ma basterà, questo elemento differenziale, ad assicurare al migrante eritreo un risarcimento del danno patito?

Nella sentenza di appello del 13 marzo 2024 la corte capitolina ha chiarito che, pur potendo la prova del danno basarsi su presunzioni, comunque «spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno e della sua entità»: provare il danno, sia pure per presunzioni, è «un obbligo ineludibile sicché, quando il soggetto onerato dell'allegazione e della prova dei fatti non vi adempie, non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno *ex* art. 1226 c.c.», giacché tale norma «presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito e non può essere diretta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio». Sotto questo profilo la pronuncia d'appello non è stata cassata. Le Sezioni unite hanno, anzi, adesivamente affermato che «*[i]n tali casi ad un puntuale onere di allegazione […] non corrisponde, pertanto, un onere probatorio parimenti ampio*». Anche per la Cassazione, dunque, *i)* l'onere probatorio, benché meno ampio, va assolto e *ii)* va assolto anche l'onere di allegazione, sul quale l'attenuazione dell'onere probatorio non incide.

Alla luce di ciò, l'analisi del ricorso sarà dirimente. Se i giudici romani dovessero ribadire quanto già da essi rilevato in appello – cioè che «[n]el caso di specie gli appellanti non hanno allegato né provato, nemmeno per

presunzioni, i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti dai ricorrenti a seguito del trattenimento sulla nave "*U. Diciotti*"» – l'astratta risarcibilità del danno, affermata dalle Sezioni unite, potrebbe non tradursi, nel caso concreto, in un effettivo risarcimento.

Il secondo dubbio riguarda i criteri di qualificazione del trattenimento. Sul punto, come si è visto (*supra*, § 4), l'ordinanza della Cassazione si limita a prendere atto delle restrizioni alla libertà di movimento e di comunicazione dei migranti a bordo, riscontrate dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute nella fase in cui la nave era ancorata nel porto di Catania. Ma alcuni interrogativi restano inevasi. Quali restrizioni sono decisive ai fini della configurabilità del trattenimento a bordo di una nave? A partire da quale momento? Dall'ancoraggio della nave in porto, senza che sia consentito lo sbarco, o anche prima, durante la navigazione?

L'ordinanza delle Sezioni unite non chiarisce, inoltre, se e quando vi sia stato, nel caso *Diciotti*, un "salto di qualità" rispetto alle restrizioni usualmente imposte a bordo nell'ambito delle operazioni SAR condotte dalle autorità statali. Si tratta di un aspetto rilevante sia in relazione alla prassi del Governo in carica di assegnare alle operazioni SAR punti di sbarco meno prossimi; sia in relazione alle operazioni di salvataggio che terminano con la conduzione dei migranti nei centri di trattenimento italiani in Albania. Entrambe le fattispecie sembrerebbero compatibili col riconoscimento all'amministrazione di una discrezionalità tecnica relativa al "*quomodo*", cioè alle modalità di determinazione del luogo di sbarco. Tuttavia, comportando l'allungamento dei tempi di navigazione, la scelta di porti più lontani potrebbe complicare le condizioni di sicurezza a bordo e richiedere un inasprimento dei sistemi di sorveglianza. Quand'è, allora, che quell'inasprimento determina un trattenimento? E, se ciò avviene, si potrebbe ipotizzare l'adozione, da parte delle autorità a bordo, di provvedimenti amministrativi convalidabili da un giudice? Verosimilmente no, con la conseguenza che il trattenimento diverrebbe *ipso facto* arbitrario. Il che rafforza la necessità di individuare la soglia del trattenimento.

Il terzo dubbio è se, ai fini della colpa, l'erronea applicazione delle norme internazionali sul salvataggio rilevi oppure no. La Cassazione punta l'indice sul trattenimento di fatto, ma solo dopo aver analiticamente ricostruito i precetti del diritto internazionale del mare che vincolano la funzione SAR dello Stato costiero: la violazione di tali precetti incide, e come, rispetto alla configurabilità della colpa amministrativa?

Dall'ordinanza non si evince una risposta univoca. Ciò nondimeno, pare consequenziale, rispetto all'argomentazione sviluppata dalle Sezioni unite, ritenere che, ai fini della configurabilità di un trattenimento a bordo, contino

non soltanto la natura e l'intensità delle restrizioni imposte, ma anche la finalità perseguita. Se le restrizioni imposte sono funzionali (e proporzionali) al raggiungimento del fine proprio delle operazioni SAR, consistente nella conduzione dei naufraghi in un punto di sbarco sicuro, dovrebbe escludersi la configurabilità di un trattenimento. Se invece il nesso di funzionalità si interrompe, perché la condotta delle autorità che coordinano l'operazione viene ad essere condizionata da altri fattori, estranei alla (e non consentiti dalla) funzione amministrativa di salvataggio, è a partire da quel momento che le restrizioni cessano di essere giustificate da un fine lecito e divengono un esercizio arbitrario di potere "sui corpi" dei naufraghi. È appunto il controllo sui corpi esercitato a bordo *per fini impropri* a determinare «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale», come recita la nota sentenza n. 105 del 2001 della Corte costituzionale, che le Sezioni unite richiamano (§ 12.2).

Accordare rilevanza al fine della restrizione consentirebbe di superare entrambi i dubbi da ultimo evidenziati. La violazione delle norme internazionali sul salvataggio in mare sarebbe decisiva nel segnalare l'eterogenesi dell'unico fine consentito, cioè la conduzione dei naufraghi in un porto sicuro: sarebbe quello l'indice rivelatore di uno "sviamento di potere" nella conduzione dell'operazione SAR, ossia il criterio che consente di ritenere non più proporzionata e, quindi, arbitraria l'adozione a bordo di misure che comprimono la libertà personale. Qui diviene rilevante l'intreccio tra le norme di garanzia della libertà personale e le norme internazionali sul salvataggio in mare, nella misura in cui la violazione delle prime dipende anche dalla violazione delle seconde.

La Cassazione non è forse riuscita a dipanare compiutamente questo intreccio, ma è comunque riuscita a veicolare un chiaro messaggio di fondo: se il controllo sui fragili corpi dei naufraghi a bordo diviene strumento di pressione politica su altri Paesi, com'è accaduto nella circostanza, si realizza una indebita interferenza della "ragion di Stato" nello svolgimento di una operazione SAR. È per questo (e da quel momento) che le restrizioni imposte alla libertà personale dei naufraghi a bordo non possono più trovare una giustificazione sul piano giuridico. È cioè la strumentalizzazione dei corpi a fini politici che determina una inaccettabile mortificazione della dignità umana, non consentita dall'art. 13 Cost. Ed è appunto in questa strumentalizzazione che si condensa, in ultima istanza, la colpa dell'amministrazione.

6. *Attivismo giudiziario e separazione dei poteri*

Per alcuni decenni, in Europa e nei suoi Stati membri, le corti hanno manifestato una propensione all'«attivismo» nella protezione dei diritti dei migranti: un *favor* per interpretazioni garantiste, teso a correggere la strutturale tendenza della legislazione (nazionale ed europea) a privilegiare gli interessi dei cittadini rispetto a quelli degli stranieri e, di conseguenza, a imporre crescenti restrizioni alle libertà dei secondi[11]. Quella stagione di «dinamismo dei diritti umani» sembra, però, tramontata. In una materia politicamente saliente come l'immigrazione, è sempre più difficile – per giudici attenti a non varcare i confini del loro ruolo – assumere una posizione contraria ai governi quando quella posizione non è "imposta" dalla legge, ma richiede un'interpretazione, appunto, "dinamica" dei diritti[12].

Eppure, nel caso esaminato, la Cassazione ha assunto una posizione scomoda, affermando con nettezza – al di là di quale sarà l'esito risarcitorio, come si è visto, dubbio – la colpa del Governo. La decisione è giunta in un momento di tensioni già forti tra magistratura ed esecutivo sul versante dell'immigrazione, sia per l'intreccio con l'analogo caso *Open Arms*, per il quale l'allora Ministro dell'interno Salvini è stato assolto in primo grado[13]; sia per lo scontro ancora aperto sul tema dei Paesi di origine sicuri, che ha finora vanificato l'esperimento extraterritoriale in Albania[14]. Ne sono derivati nuovi attacchi da parte di vari esponenti del Governo, ai quali la Presidente della Cassazione ha risposto in modo perentorio, con un fermo richiamo alla «divisione dei poteri su cui si fonda lo Stato di diritto».

Tuttavia, la decisione non sembra prefigurare un ritorno al *judicial activism*. La Cassazione si premura, infatti, di giustificare il proprio intervento all'interno di un'equilibrata logica di separazione dei poteri. Da un lato, nell'ordinanza si afferma che il giudice è, «per statuto costituzionale, garante della legalità, e quindi non arretra là dove gli spazi della discrezionalità politica siano circoscritti da vincoli posti da norme che segnano i confini o indirizzano

[11] Per questo ordine concettuale, si veda, se si vuole, M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni cost.*, fasc. 1, 2017, pp. 41-72.

[12] Cfr. DANIEL THYM, *Judicial Dynamism and Its Limits: The Role of National Courts and their Interaction with the CJEU*, in *ADiM Blog*, agosto 2024.

[13] Su tale intreccio, si veda L. MASERA, *Le Sezioni Unite civili sul caso Diciotti: una decisione di grande importanza anche in sede penale*, in *Sistema penale*, 2025.

[14] Per alcuni sviluppi sia consentito rinviare a M. SAVINO, *I Paesi di origine sicuri davanti alla Corte di giustizia: l'udienza del 25 febbraio 2025 e il nodo del controllo giurisdizionale*, in *ADiM Blog*, editoriale febbraio 2025.

l'esercizio dell'azione di governo». Là dove vi è una norma, il sindacato sul suo rispetto è doveroso, a garanzia delle posizioni individuali che sono l'oggetto precipuo del sindacato giurisdizionale. Dall'altro lato, si ribadisce, in modo del tutto conseguente, che «in assenza di un parametro giuridico alla politica, il sindacato deve arrestarsi: per statuto costituzionale, il giudice non può essere chiamato a fare politica in luogo degli organi di rappresentanza. Lo preclude il principio ordinamentale della separazione tra i poteri» (§ 5.1).

Dalle pronunce dello scorso dicembre sulla designazione governativa dei Paesi di origine sicuri[15], alla sentenza del 15 gennaio sulla "non giustiziabilità" della clausola discrezionale prevista dal regolamento Dublino[16], fino alla decisione in commento, il principio della separazione dei poteri sembra costituire il *fil rouge* che sorregge e ispira l'azione della Suprema Corte. Quel principio postula la piena indipendenza della magistratura, minacciata dalle pulsioni illiberali sempre più visibili nelle nostre democrazie. Ma richiede anche che ciascun potere non si sovrapponga agli altri e resti nello spazio ad esso assegnato dalla Costituzione. Ciò vale per la stessa magistratura, che deve saper svolgere il proprio compito – tutelare i diritti nel caso concreto – nei limiti della legge e nel rispetto degli obiettivi che la stessa legge persegue. Non è un caso che, in questa serie di pronunce politicamente sensibili, la Cassazione ponga in primo piano, tra i criteri interpretativi, quello teleologico: è la salvaguardia della *ratio legis* che segna il punto oltre il quale la funzione giudiziaria rischia di travalicare i propri confini. Evitare interferenze indebite è, per la magistratura, il primo modo per preservare la propria indipendenza.

[15] Cass. Civ., sez. I, sentenza del 19 dicembre 2024, n. 33398 e Cass. civ., sez. I, ordinanza del 30 dicembre 2024, n. 34898, su cui se si vuole M. SAVINO, *Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne*, in *ADiM Blog*, editoriale dicembre 2024.

[16] Cass. Civ., sezioni unite, sentenza del 15 gennaio 2025, n. 935.

RECUPERO DELLA FUNZIONE GIUDIZIARIA E TUTELA DEI DIRITTI: ITINERARI CONTEMPORANEI (VERSO IL SUPERAMENTO?) DELL'ATTO POLITICO

Virginia Campigli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Atto politico, separazione dei poteri e giustiziabilità: le esigenze dello Stato costituzionale di diritto. – 3. La rilevanza del tema migrazioni. – 4. Spunti conclusivi.

1. *Premessa*

L'affermazione dello Stato costituzionale, inteso quale "autentico tipo storico", impone il recupero della funzione giurisdizionale[1], rinvenendosi il «valore essenziale della Costituzione» nella tutela degli interessi individuali protetti[2]. Su questo presupposto, l'istituto dell'atto politico, tradizionalmente preclusivo dell'accesso al giudice, rivela un atteggiarsi del rapporto tra politica e (tutela dei) diritti in potenziale contrasto con i caratteri dello Stato costituzionale.

In tema di immigrazione, la categoria dell'atto politico è recentemente venuta in gioco in due casi: *i)* quello concernente l'*iter* di individuazione dei Paesi di origine sicuri nelle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale; *ii)* l'ordinanza della Cassazione 6 marzo 2025, n. 5992, con cui le Sezioni unite hanno affermato la responsabilità del Governo per i danni morali subiti dai migranti trattenuti a bordo della nave militare Diciotti dal 16 al 25 agosto 2018.

Scopo delle seguenti pagine è di provare a prendere posizione sul significato di "atto politico", ponendo al centro la necessità costituzionale della

* Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico - Diritto urbanistico e dell'ambiente e Professoressa a contratto di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Firenze.

[1] M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, 2021, *passim*, e ID., *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2016, p. 19. Sull'«incremento di ruolo e di rilevanza della giurisdizione» come «filo conduttore» nello svolgimento dello «Stato costituzionale del presente» ID, *ult. op. cit.*, pp. 7 ss. (in part. pp. 18 s. per i virgolettati).

[2] A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (*Sonntagsgedanken*)*, ristampa inalterata, Milano, 2025, p. 46.

tutela dei diritti. Come, per l'appunto, ha fatto la Cassazione nei casi menzionati, che rappresentano pertanto l'occasione per (continuare a) riflettere sulle interconnessioni tra *tutela* e *sovranità*. Tirando il filo della *tutela* – costituzionalmente garantita ogniqualvolta vi sia un atto incisivo sulle posizioni giuridiche soggettive – non dovrebbe più essere possibile utilizzare l'atto politico per sottrarre l'operato dei pubblici poteri, poiché *sovrani*, a qualsivoglia controllo. Così inteso, infatti, l'atto politico sarebbe nient'altro che un *privilegio* del potere pubblico, a cui verrebbe riconosciuto, per il suo proprio ed esclusivo interesse, uno «ius singulare»[3] in contrasto con la Costituzione.

L'analisi sarà divisa in due parti. Dapprima, ci si soffermerà sulla politicità dell'attività svolta (cui si correla la nozione di "atto politico"), vista nel suo rapporto con la tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost. (§ 2). Ciò consentirà, poi, di misurare la tenuta del richiamo all'atto politico nelle vicende in materia di immigrazione (§ 3). Emergeranno in particolare perplessità circa la prassi di utilizzare tale istituto per schermare dal controllo l'operato del soggetto pubblico, anche quando esso incida su posizioni giuridiche soggettive.

Tale prassi ostacola l'attuazione della garanzia giurisdizionale inscritta nel 'codice genetico' della Costituzione e nel concetto stesso di Stato costituzionale di diritto (§ 4).

2. *Atto politico, separazione dei poteri e giustiziabilità: le esigenze dello Stato costituzionale di diritto*

Si pone, preliminarmente, la necessità di chiarire in cosa consista la "politicità", che sembra caratterizzare l'attività in termini giuridicamente indeterminati. Come già avvertiva Salandra, «la parola "politica" è quasi antitetica con l'altra "giuridica", propria essendo della prima una indeterminatezza che rifiuta qualsiasi definizione»[4].

In questo senso, nel novero dell'attività politica sono spesso «contrapposti atti di esercizio di potere politico e atti di indirizzo politico, oppure atti politici e atti amministrativi emanati per ragioni politiche, ma il confine tra queste categorie resta sempre sfumato»[5]. Nondimeno, ove si voglia dare un senso

[3] Rifacendosi alla definizione di "privilegio" offerta da G.F. CIAURRO, *Prerogative costituzionali*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 2.

[4] A. SALANDRA, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1915, p. 279.

[5] C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2021, p. 630.

proprio all'attività politica, occorre collocarla in una dimensione peculiare nella quale il controllo dell'atto non passi attraverso la sua *giustiziabilità* in senso giuridico.

Secondo l'approccio ermeneutico utilizzato dalla dottrina costituzionalistica, la politicità riguarderebbe i c.d. atti "costituzionali"[6]. Non è possibile qui ripercorrere il dibattito dottrinale, che – con la giurisprudenza al seguito – ha richiesto la sussistenza, per parlare di "atto politico", oltre che di un *elemento soggettivo* (che l'atto promani da un organo costituzionale), di un *requisito oggettivo* (che l'atto sia adottato nell'esercizio della funzione di indirizzo politico e sia rivolto alla salvaguardia dei pubblici poteri), per arrivare a sostenere il carattere eccezionale e recessivo, rispetto al principio di giustiziabilità, della nozione di atto politico.

Semmai, interessa evidenziare che, se si muove dall'art. 24 Cost. – che assicura l'indefettibilità della tutela giurisdizionale – e dall'art. 113 Cost. – che, nel garantire la tutela giurisdizionale di diritti e interessi legittimi contro gli atti dell'amministrazione, traspone sul piano del rapporto tra quest'ultima e i cittadini i principi affermati a livello generale dall'art. 24 Cost. –, l'approdo non può che essere ben più incisivo rispetto all'affermazione (non del tutto soddisfacente) del carattere "recessivo rispetto al principio di giustiziabilità": non si dovrà neppure configurare una sorta di bilanciamento, in cui prevalga un valore oppure (ancorché in modo eccezionale) l'altro, perché *l'attività politica, per essere tale, non dovrebbe poter incidere in modo diretto sulle posizioni individuali*, caratterizzandosi piuttosto per l'astrattezza che necessariamente pertiene all'esercizio di funzioni costituzionali supreme. Al punto che un atto incidente in modo diretto sulla posizione individuale «cesserebbe di essere "politico" e perderebbe qualsiasi pretesa di sottrarsi al giudice»[7].

In questo senso sembrava orientata già la discussione innanzi alle Camere del progetto della Legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (l. 31 marzo 1889, n. 5992), ove la sottrazione degli atti politici al sindacato del giudice amministrativo si correlava alla considerazione che essi «non [avessero] certamente per obbietto interessi d'individui»[8].

Oggi, tale soluzione è imposta dall'art. 113 Cost., non essendo sostenibile l'esistenza di provvedimenti autoritativi lesivi di situazioni giuridiche protette e, tuttavia, coperti da una sorta di "guarentigia di insindacabilità", sulla base

[6] Tra gli altri, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, p. 181.

[7] A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, 2020, p. 4.

[8] *Atti del Parlamento, Camera, Leg. XVI, sessione terza, discussione, tornata 4 febbraio 1889*, p. 138.

della mera provenienza dal potere pubblico, (anacronisticamente) erede dell'antica concezione, di bodiniana memoria, della *sovranità assoluta*.

Si tornerà sul superamento di questa idea di sovranità, storicamente legata a una certa idea, soggettivo-organica, della separazione dei poteri. Intanto, è sufficiente evidenziare che, al contrario, qualsivoglia atto amministrativo – indipendentemente dal soggetto che lo adotti – deve, oggi, poter essere assoggettato al sindacato giurisdizionale, ove ponga dei limiti alle situazioni giuridiche attive[9].

Insomma, ogniqualvolta venga in rilievo la dialettica autorità-libertà e vi siano norme che regolano tale dialettica, la nozione di "atto politico" insindacabile inevitabilmente recede[10], avanzando quella di "atto amministrativo" sindacabile.

Proprio quest'ultima considerazione rende allora problematici i persistenti tentativi di riconduzione alla sfera dell'attività politica dei provvedimenti adottati dal Governo nei confronti dei migranti, quando si tratti di atti in grado di incidere sull'effettività del diritto alla protezione internazionale (è il caso dell'elenco dei Paesi sicuri) o sulla libertà personale dei migranti, garantita come diritto fondamentale dall'art. 13 Cost. (è il caso del trattenimento a bordo della nave Diciotti).

3. *La rilevanza del tema migrazioni*

Si arriva, per questa via, al tema delle migrazioni, cartina di tornasole per verificare la (in)sostenibilità di una certa accezione dell'atto politico nella cornice dello Stato costituzionale di diritto.

Occorre infatti interrogarsi sul richiamo alla teoria dell'atto politico insindacabile in una materia – l'immigrazione – che colloca al centro la persona umana, con la sua dignità[11], e rende urgente la questione dell'*effettività della tutela*, rivalutando il ruolo del giudice e la sua capacità di censurare politiche e prassi attuative lesive dei diritti fondamentali.

Con riguardo all'individuazione dei Paesi di origine sicuri, nella sentenza

[9] Così Trib. Catania, Sez. reati ministeriali, sentenza del 7 dicembre 2018 (caso Diciotti, sui cui sviluppi recenti *infra*, § 3).

[10] M. SAVINO, M. TRIMARCHI, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Diciotti: una decisione equilibrata*, in *ADiM Blog*, marzo 2025, p. 3.

[11] G. MIELE, *Umanesimo giuridico* [1945], in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1987, pp. 445-456.

della Grande Sezione della Corte di giustizia del 1° agosto 2025[12] (e già prima nell'udienza pubblica del 25 febbraio 2025)[13], sui casi *Alace* e *Canpelli* (cause riunite C-758/24 e C-759/24), oltre alla questione della possibilità per un Paese di essere designato come "sicuro" in presenza di eccezioni relative a categorie di persone, si è posto proprio il tema della *giustiziabilità, da parte dei giudici nazionali, della legittimità della designazione*.

In Italia, il tentativo di coprire con il 'manto della insindacabilità' l'atto di designazione – qualificandolo come atto politico – era stato attuato anzitutto in riferimento al decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 7 maggio 2024, recante "*Aggiornamento della lista dei Paesi di origine sicuri prevista dall'articolo 2-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25*". Rispetto a tale decreto, la tesi dell'atto politico è stata respinta dalla Cassazione con le decisioni del dicembre 2024[14], che hanno statuito che l'atto con cui il Governo designa i Paesi sicuri non è un atto politico, ma amministrativo, sindacabile[15] dai giudici nazionali (e dagli stessi disapplicabile in caso di contrasto con il diritto europeo).

È noto che, nel frattempo, la scelta dello Stato italiano è stata quella di trasferire – a partire dal d.l. 23 ottobre 2024, n. 158 – l'elenco dei Paesi di origine sicuri da una fonte di rango secondario (il suddetto decreto ministeriale, "aggredibile" dal giudice) a una fonte di rango primario. Ciò ha rappresentato la risposta politica ad alcuni provvedimenti del Tribunale di Roma che non avevano convalidato il trattenimento di migranti nel centro italiano di permanenza per il rimpatrio di Gjadër, in Albania[16].

Non è questa la sede per soffermarsi sulle (molte) preoccupazioni che desta il ricorso alla decretazione di urgenza per intervenire nella materia in oggetto, in riferimento ai rapporti tra Governo e magistratura. Vale però la pena

[12] CGUE (Grande Sezione), sentenza del 1° agosto 2025, *LC e CP c. Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale di Roma – sezione procedure alla frontiera II*, cause riunite C-758/24 e C-759/24, EU:C:2025:591.

[13] Su cui M. SAVINO, *I Paesi di origine sicuri davanti alla Corte di giustizia: l'udienza del 25 febbraio 2025 e il nodo del controllo giurisdizionale*, *ADiM Blog*, *Editoriale*, febbraio 2025.

[14] Cass. Civ., sez. I, sentenza del 19 dicembre 2024, n. 14533; Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 30 dicembre 2024, n. 22146. Per una riflessione sulle implicazioni delle pronunce della Cassazione M. SAVINO, *Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne*, *ADiM Blog*, *Editoriale*, dicembre 2024.

[15] Lo confermava già la sentenza della CGUE del 4 ottobre 2024 (*CV c. Repubblica ceca*, causa C-406/22, EU:C:2024:841), che aveva affermato la sindacabilità della designazione, a prescindere dalla forma dell'atto che la contiene (§ 15).

[16] Trib. Roma, sez. XVIII civ., decreti del 18 ottobre 2024, n. 42256 e n. 42251.

di osservare che – comunque si sciolga il 'nodo' del sindacato dei giudici nazionali sulla designazione – non si può perdere di vista la *posizione soggettiva della persona coinvolta dall'atto di designazione in parola*, come evidenziato dalla Cassazione nelle due pronunce del dicembre 2024.

La Suprema Corte, sul punto, è univoca: è in gioco *l'effettività della garanzia al diritto alla protezione internazionale*, sulla cui consistenza in termini di diritto fondamentale la dottrina ha ampiamente riflettuto[17]. Di conseguenza, quando siano rintracciabili, nel Paese di origine, problemi di sicurezza che rendano verosimili le allegazioni del richiedente protezione internazionale, la presunzione di sicurezza di tale Paese deve ritenersi superata e il giudice dovrà accogliere la domanda. Ebbene, *ogni richiamo alla designazione come "atto politico" sarebbe incostituzionale, se mirasse a precludere questa tutela*.

Da tenere distinto il piano della sindacabilità da parte del giudice, nel giudizio sulla protezione, della *designazione in sé*, ossia della scelta – *questa sì, politica* – compiuta in sede di formazione della lista. Qui – è da chiedersi – il richiamo all'atto politico potrebbe avere un proprio valore?

Senza dilungarsi, si tratta di capire quando (e con quali limiti)[18] il giudice della protezione possa porre in dubbio una valutazione, di ordine generale, riservata ad altri poteri dello Stato. La risposta non può che agganciarsi all'esistenza di un parametro normativo. Ciò accadrà qualora, nel verificare la consistenza delle allegazioni del richiedente alla luce della situazione generale del Paese, il giudice ritenga la designazione potenzialmente arbitraria *rispetto alla Costituzione e ai vincoli europei*[19]. In questi casi, però – nell'attuale quadro

[17] N. VETTORI, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2012, p. 692; I. PAGNI, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *Questione Giustizia*, 2021.

[18] Dovendo rimanere ferma la distinzione tra la prospettiva generale e astratta del legislatore e la prospettiva del giudice, chiamato a decidere il caso concreto, come rileva M. SAVINO, *Se i giudici tornassero a occuparsi del caso concreto? L'*impasse *sui Paesi terzi sicuri e una possibile via di uscita*, *ADiM Blog*, *Editoriale*, novembre 2024.

[19] Il contrasto con il parametro costituzionale ed europeo potrebbe identificare, in effetti, le «ipotesi limite», di «persecuzioni costanti, endemiche o generalizzate», in cui – secondo Cass., ord. n. 22146/2024 – la designazione può essere censurata (§§ 17.3 e 18). La Cassazione, peraltro, si riferiva al quadro antecedente al mutato sistema delle fonti, rilevando come il giudice – con un sindacato di tipo estrinseco (come nota M. SAVINO, *Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne*, cit., p. 8) – in tali «ipotesi limite», fosse chiamato a valutare «se la valutazione ministeriale a[vesse] superato i confini esterni della ragionevolezza e [fosse] stata esercitata in modo manifestamente arbitrario» (§ 17.3).

normativo, ove l'elenco dei Paesi di origine sicuri è ormai contenuto in una fonte di rango primario – sembra a chi scrive che, per il rispetto del principio della separazione dei poteri, *il giudice non possa che sollevare questione di legittimità costituzionale*, essendo la Consulta l'unico soggetto competente a verificare il discostamento della designazione dalla Costituzione e dai vincoli europei ivi richiamati. Soltanto così rimarrebbero in equilibrio la prospettiva generale e astratta del legislatore, la prospettiva del giudice, chiamato a decidere il caso concreto, e quella della Corte costituzionale, garante della conformità al parametro costituzionale dell'atto normativo che il giudice deve applicare nel giudizio.

Non si ignora che la pronuncia della CGUE del 1° agosto 2025 apra a una diversa soluzione, ammettendo un sindacato pervasivo[20] del giudice comune sulla designazione e autorizzandolo a disapplicare senza passare dal vaglio della Corte costituzionale (§ 63 della sentenza). Non è qui possibile commentare questo ultimo atto della saga "Paesi sicuri", ma preoccupano le ricadute di sistema, poiché – a fronte di un elenco contenuto in un atto di normazione primaria[21] – solamente il rinvio alla Corte costituzionale appare in grado di proteggere i diritti fondamentali dei migranti (misurando l'aderenza alla Costituzione e ai vincoli europei ivi richiamati delle scelte *normative* compiute dal Governo), senza alterare l'equilibrio tra poteri dello Stato disegnato dalla Costituzione. Peraltro, il sindacato della Consulta, quale vaglio – di legittimità costituzionale – accentrato avrebbe il vantaggio di pervenire a una pronuncia efficace *erga omnes*, evitando interpretazioni (e disapplicazioni) differenziate dei singoli giudici comuni caso per caso, con rischi di disparità di trattamento.

A ogni modo, ai fini che qui interessano, anche dal punto di vista, appena indicato, della designazione quale atto attinente ai rapporti internazionali (a prescindere cioè dalle allegazioni del richiedente), *il riferimento all'atto politico diviene superfluo*, non venendo in rilievo, in questa prospettiva, ipotesi in cui si dispone in modo diretto e immediato su posizioni individuali[22]. Peraltro, anche ove, in linea con le regole dell'ordinamento, si volesse escludere il sindacato del giudice

[20] Ossia «vertente sul rispetto delle condizioni sostanziali di siffatta designazione» (§ 68). In questo modo, la CGUE ha confermato gli orientamenti del Tribunale di Roma (mentre invece la Cassazione sembrava orientata verso un sindacato estrinseco: v. nt. precedente).

[21] Posto che la stessa CGUE, con la sentenza del 1° agosto 2025, ha confermato la possibilità che i Paesi di origine sicuri siano designati con normazione primaria (§ 61). Per un commento alla sentenza si veda M. SAVINO, *Disapplicazione senza freni – La sentenza della Corte di Giustizia sui Paesi di origine sicuri*, *ADiM Blog*, *Editoriale*, agosto 2025.

[22] Che non si disponga in modo diretto su posizioni individuali è confermato dal fatto che si prescinde dall'allegazione dei fatti costitutivi di una qualche posizione individuale.

comune, trattandosi di atto di normazione primaria – sindacato che invece la CGUE sembra da ultimo aver ammesso[23] – rimarrebbe comunque praticabile il sindacato della Consulta, «alle condizioni e nei limiti previsti dal nostro sistema di giustizia costituzionale»[24]. Può, cioè, mutare il meccanismo attraverso il quale il controllo dovrà svolgersi, ma non viene mai meno la controllabilità *tout-court* dell'atto (coerentemente ai principi dello Stato di diritto).

Solo una lettura nel senso della *controllabilità* dell'atto di designazione, nei termini sin qui enucleati, è in grado di realizzare il significato profondo – in punto di rapporto tra (esercizio del) potere e legalità-giurisdizione – dell'art. 101, co. 2, Cost., che vede i giudici «soggetti soltanto alla legge»; affermazione da cui si può altresì ricavare che *ogniqualvolta vi sia una legge (norma) che disciplina il potere, l'atto esplicativo di quel potere sarà (dovrà essere) giustiziabile*.

In questa prospettiva si coglie «la distanza ideale dal brocardo illuministico secondo cui il giudice deve essere "bocca della legge"»[25], distanza confermata dal combinato con l'art. 104, co. 1, Cost., per cui «[l]a magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere». Nell'odierno sistema costituzionale, è l'organo giudicante a dover essere indipendente dagli altri poteri, come premessa per la salvaguardia delle libertà fondamentali, quale fine primario dell'ordinamento. Così, *quel che rimane della separazione dei poteri è oggi funzionale ad assicurare l'effettiva tutela giurisdizionale dell'individuo*.

Proprio in una siffatta direzione – dell'attuazione, cioè, del principio della separazione dei poteri in chiave oggettivo-funzionale – si è mossa anche la Cassazione, a Sezioni unite, con l'ordinanza 6 marzo 2025, riconoscendo la responsabilità del Governo per i danni morali subiti dai migranti trattenuti a bordo della nave Diciotti nell'agosto 2018.

Di questa pronuncia, ai fini del ragionamento che si sta portando avanti, interessano in particolare i passaggi in cui la Corte, nel respingere la tesi per cui il diniego di autorizzazione allo sbarco fosse un atto politico, ha ribadito la «*giustiziabilità di ogni atto lesivo dei diritti fondamentali della persona, ancorché posto in essere dal Governo e motivato da ragioni politiche*» (§ 13 dell'ordinanza).

[23] Non senza dare adito alle perplessità accennate.

[24] F.F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2013, p. 877.

[25] L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa. Il giudice speciale, la giurisdizione, i principi del processo, la tutela cognitoria, cautelare ed esecutiva*, Torino, 2025, p. 52.

Come affermato dalla Suprema Corte, è possibile parlare di atto politico soltanto «*se mancano situazioni qualificate differenziate* o si è in presenza di interessi di mero fatto». Insomma, «[l]a chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità di un atto del potere pubblico è costituita, in generale, dalla mancanza di specifici parametri giuridici protesi a riconoscere posizioni di vantaggio meritevoli di protezione» (§ 5.1).

Si attua così pienamente l'art. 101, co. 2, Cost., nella prospettiva sopra illustrata, in cui l'esistenza di una posizione giuridica soggettiva da garantire (in punto di giustiziabilità degli atti lesivi) e di una norma posta a tutela di quella posizione sono due facce della stessa medaglia.

4. *Spunti conclusivi*

La pronuncia della Cassazione sul caso Diciotti compie un passo significativo nella definizione della consistenza dell'atto politico, la cui interpretazione non può che agganciarsi al rinnovato intendimento, nello Stato costituzionale, del principio della separazione dei poteri e della sovranità.

In primo luogo, appare evidente che l'atto politico non può (più) servire a evitare *ingerenze* da parte del giudiziario nei confronti dell'attività dell'esecutivo, secondo una logica ormai superata (soggettivo-organica) della separazione dei poteri, essendo invece affermatasi, nell'orizzonte dello Stato costituzionale, una lettura oggettivo-funzionale del medesimo principio[26], in cui è casomai il giudiziario a dover essere protetto dalle possibili ingerenze degli altri poteri ed è perciò indipendente, funzionalmente all'assicurazione della migliore tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

In secondo luogo, nell'atto politico non potrebbe neppure ravvisarsi l'esplicazione di una qualche potestà connessa alla "posizione" di supremazia del potere pubblico, stante l'accezione di sovranità veicolata dalla Costituzione. Il capovolgimento rappresentato dall'avvento della Costituzione è consistito proprio nella «sostituzione del fondamento di valore al fondamento di autorità»[27] e cioè nella sostituzione della nozione di sovranità assoluta, soggettivamente ricondotta agli "organi supremi", con quella di una sovranità, in senso oggettivo, dei valori (di tutela della persona umana).

[26] Sia consentito rinviare a V. CAMPIGLI, *L'autodichia degli organi costituzionali. Dal privilegio dell'organo alla tutela amministrativa dell'individuo*, Napoli, 2023, in part. Cap. I.

[27] G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, n. 1, 1996, p. 56.

Valori fondamentali che assumono essi stessi «la veste di sovrani», la cui «sovranità oggettiva si impone su qualunque pretesa di sovranità soggettiva»[28], comprese quelle dei pubblici poteri, adesso inseriti in un sistema di pesi e contrappesi che trova il suo cardine nella giurisdizione (esercitata entro il perimetro definito dalle norme legislative).

Conviene allora – per concludere – riprendere ancora le parole della Cassazione, la quale ha significativamente motivato il suo intervento nel caso Diciotti evidenziando come il giudice sia, «per statuto costituzionale, garante della legalità, e quindi non [possa] arretra[re] là dove gli spazi della discrezionalità politica siano circoscritti da vincoli posti da norme che segnano i confini o indirizzano l'esercizio dell'azione di governo» (§ 5.1).

L'atto, insomma, è "politico" solo ove – rievocandosi il pensiero di Salandra – manchi un parametro giuridico, dovendosi perciò arrestare il sindacato del giudice (soggetto solo alla legge); ma in presenza di un riferimento normativo quel sindacato diviene imprescindibile.

La stessa Corte costituzionale ha definito, in altra vicenda, «fisiologiche, in uno Stato di diritto, le "ingerenze" del potere giudiziario sull'attività di qualsiasi amministrazione» (Corte Cost., sentenza del 19 aprile 2024, n. 65), consegnandoci la lettura più aggiornata della *divisione dei poteri come equilibrio degli organi e garanzia della funzione giusdicente*, nel senso che «in uno Stato di diritto la giurisdizione è il cardine del sistema, garante sia dell'individuo sia della democraticità dell'ordinamento»[29].

Si tratta di una conclusione obbligata, non solo alla luce degli artt. 24, 101 e 113 Cost., ma, ulteriormente, delle disposizioni su cui il primato del diritto europeo si fonda, nonché della protezione di diritti costituzionalmente garantiti quali il diritto di asilo e quello alla libertà personale.

Con la sensazione che proprio nella messa in pratica del «principio ordinamentale della separazione tra i poteri» (come la Cassazione nel caso Diciotti lo descrive al § 5.1), nella sua lettura costituzionalmente orientata, possa rinvenirsi per il futuro la strada da seguire negli itinerari contemporanei del rapporto tra sovranità e diritti, politica e giurisdizione in materia di migrazioni.

[28] G. SILVESTRI, *op. loc. cit.*

[29] C. MARZUOLI, *Tutela e unità della giurisdizione. Autonomia e indipendenza*, in AA.VV., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012, p. 355. È dunque nella garanzia della funzione giurisdizionale che si misura la tenuta dello Stato di diritto, insistendo su questo profilo il meccanismo di condizionalità del Regolamento europeo 2020/2092, recante "*Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione*".

REQUIEM PER LA GIURISDIZIONE FUNZIONALE. LA DECISIONE DELLA CORTE EDU NEL CASO S.S. E ALTRI C. ITALIA

Francesca Tammone*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La posizione dei ricorrenti: il modello di giurisdizione "funzionale". – 3. La decisione della Corte. – 4. Il caso *S.S.* nel contesto dell'esternalizzazione dei flussi migratori. Quale ruolo per la Corte Edu?

1. *Introduzione*

Con una decisione lungamente attesa, il 20 maggio 2025 la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) ha dichiarato irricevibile il ricorso nel caso *S.S. e altri c. Italia*[1], con riguardo all'operazione di *pushback* verificatasi, nella notte tra il 5 e il 6 novembre 2017, nelle acque internazionali a circa trenta miglia marine dal porto di Tripoli[2]. Qui, la nave della Guardia costiera libica (GCL) *Ras Jadir* aveva intercettato un'imbarcazione *in distress* a seguito della segnalazione del Centro di coordinamento del soccorso marittimo di Roma (*Maritime Rescue Coordination Centre,* qui di seguito indicato con l'acronimo "MRCC"). Durante le aggressive manovre di abbordaggio della nave libica, alcuni dei centocinquanta migranti a bordo dell'imbarcazione avevano perso la vita. Fra i sopravvissuti, invece, nove dei diciassette ricorrenti erano stati poi soccorsi dalla nave olandese *Sea Watch 3*, mentre i restanti otto erano stati ricondotti in Libia e successivamente sottoposti a maltrattamenti e abusi in un campo di detenzione per migranti a Tajura. Un elicottero della Marina militare italiana, un aereo della missione euro-unitaria EUNAVFOR MED e una nave militare francese, nel frattempo sopraggiunti sul posto, avevano invece assistito a tali operazioni senza prendervi parte[3].

La vicenda in questione ha attratto grande interesse scientifico ben prima

* Ricercatrice di Diritto internazionale presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

[1] Corte Edu, sentenza del 20 maggio 2025, *S.S. e altri c. Italia*, ric. n. 21160/18.

[2] In commento, I. MANN, S.S. and Others v. Italy: *Killing by Omission, Confirmed by Design*, su *EJIL!Talk,* 19 giugno 2025; V. MORENO-LAX, SS and Others v Italy – *or doubling down on* Banković, su *EJIL!Talk*, 19 giugno 2025.

[3] *S.S. e altri c. Italia,* cit., parr. 3-17.

della pronuncia[4], come del resto attestato anche dai numerosi interventi di terzi nell'ambito della procedura dinnanzi alla Corte[5]. Il caso s'inserisce, infatti, nell'ampio dibattito circa l'illegittimità della prassi dei respingimenti in mare in acque internazionali, solitamente fondata su accordi bilaterali di cooperazione tra gli Stati europei e gli Stati di origine e transito dei migranti[6]. Nel caso di specie veniva in rilievo, in particolare, il controverso Memorandum d'intesa concluso tra Italia e Libia nel 2017, sulla base del quale lo Stato italiano si è impegnato a fornire supporto finanziario e tecnologico alla Libia per «la lotta all'immigrazione clandestina» e l'operatività dei «centri di accoglienza» libici[7]. Secondo quanto sostenuto dai ricorrenti, il Memorandum – adottato pochi mesi prima dei fatti oggetto del ricorso – aveva appunto costituito la cornice giuridica in cui inquadrare il coordinamento tra l'MRCC di Roma e la GCL nella notte tra il 5 e il 6 novembre 2017.

Il caso *S.S.* contribuisce pertanto a gettare luce sulle conseguenze della cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione Europea (e, talvolta, tra la stessa Unione)[8] e gli Stati terzi, che da anni desta preoccupazione sia tra gli esperti che nella società civile per le gravi implicazioni per i diritti fondamentali dei migranti[9].

[4] Si vedano, ad esempio, i contributi di V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, in *German Law Journal*, n. 3/2020; A. FAZZINI, *Il caso* S.S. and Others v. Italy *nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo,* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020*,* pp. 87-113.

[5] Fra gli altri, quelli del Commissario per i diritti umani, UNHCR e il Consiglio europeo per i rifugiati e gli esuli, (v. *S.S. e altri c. Italia*, cit., parr. 68-77).

[6] Sul tema, fra gli altri, E. OLIVITO, *Il* cul-de-sac *costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa legislativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2018, pp. 436-516; A. SPAGNOLO, *The Conclusion of Bilateral Agreements and Technical Arrangements for the Management of Migration Flows: An Overview of the Italian Practice,* in *Italian Yearbook of International Law,* vol. 28, 2019, pp. 209-230; M. MANCINI, *Italy's New Migration Control Policy: Stemming the Flow of Migrants from Libya without Regard for their Human Rights,* in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 27, n. 1/2018, pp. 261-289.

[7] Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, elaborato e sottoscritto a Roma il 2 febbraio 2017, disponibile su www.governo.it, articoli 1 e 2.

[8] Si veda, sul punto, lo studio promosso dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) è una commissione permanente del Parlamento europeo (LIBE), di V. MORENO-LAX, J. ALLSOPP, E. TSOURDI, P. DE BRUYCKER, A. DE LEO, *The EU Approach on Migration in the Mediterranean,* in particolare pp. 118-159.

[9] Sul tema, F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione*

Per quanto concerne, nello specifico, la Libia, le atrocità subìte da coloro che sono rimpatriati e condotti nei centri di detenzione libici – torture, violenza sessuale, lavori forzati – sono peraltro ormai ampiamente note e documentate da numerose organizzazioni internazionali a tutela dei diritti umani[10] nonché, da ultimo, dal Procuratore della Corte penale internazionale[11]. Al contempo, la decisione in commento rende più che mai evidenti le difficoltà per chi tenta di far valere la responsabilità *giuridica* degli Stati europei per le pratiche cc.dd. di *esternalizzazione*, alle quali la dottrina generalmente riconduce tutti i meccanismi che consentono, mediante il coinvolgimento di altri Stati, una gestione extraterritoriale dei flussi migratori[12]. Nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), ad assumere un peso determinante in questi casi è soprattutto la nozione di *giurisdizione extraterritoriale* ai sensi dell'Articolo 1, che delinea l'ambito di applicazione ratione loci del trattato[13], ed è *condicio sine qua non* ai fini dell'accertamento delle violazioni contestate nel merito (nel caso di specie, gli articoli 2, 3 e 13 della Convenzione e l'articolo 4 del Protocollo n. 4). Le argomentazioni in tema di giurisdizione, riportate nella decisione e qui di seguito riassunte, si sono pertanto rivelate dirimenti per l'esito del ricorso, che ha – ancora una volta – deluso le aspettative ottimistiche sulla tutela dei migranti da parte della Corte Edu[14].

e nella esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale della migrazione, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018, pp. 5-27.

[10] *Inter alia*, v. Amnesty International, *Libya's dark web of collusion: Abuses against Europe-bound refugees and migrants,* 11 dicembre 2017, su www.amnesty.org; Human Rights Watch, *No Escape from Hell. EU Policies Contribute to Abuse of Migrants in Libya*, 21 gennaio 2019, su www.hrw.org; United Nations Support Mission in Libya Office of the High Commissioner for Human Rights, *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya,* 20 Dicembre 2018, su www.ohchr.org.

[11] Si veda la pagina dedicata alle indagini in corso sul caso libico sul sito della Corte penale internazionale, https://www.icc-cpi.int/situations/libya.

[12] La dottrina al riguardo è sconfinata. Fra tutti, si rinvia a F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), Ius peregrinandi. *Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione,* Centro Edizioni Università di Macerata, 2021, pp. 183- 205; ALICE RICCARDI, *Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale,* in *Questione giustizia*, n. 1/2020, pp. 163-177; S. NICOLOSI, *Externalisation of Migration Controls: A Taxonomy of Practices and Their Implications in International and European Law,* in *The Netherlands International Law Review,* n. 1/2024, pp. 1-20.

[13] Sulla nozione di giurisdizione nel contesto della CEDU, P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo,* Giappichelli, Torino, 2002.

[14] In questo senso si veda, ad esempio, il commento di V. MORENO-LAX, SS and Others v Italy – *or doubling down on* Banković, cit.

2. *La posizione dei ricorrenti: il modello di giurisdizione "funzionale"*

Com'è noto, stando all'art. 1 Cedu, le Parti contraenti s'impegnano a garantire la tutela dei diritti convenzionali «ad ogni persona sottoposta alla loro *giurisdizione*». Secondo l'orientamento consolidato della Corte Edu, quest'ultima non è limitata al solo territorio dello Stato. Benché il criterio di territorialità costituisca il principale titolo di giurisdizione statale[15], lo Stato potrà infatti ritenersi responsabile anche per le violazioni della Convenzione occorse al di fuori del proprio territorio, purché sottoposte al suo controllo effettivo *de iure* o *de facto*. Coerentemente, la giurisdizione *extraterritoriale* è stata riconosciuta nei casi in cui uno Stato abbia esercitato il controllo su un altro territorio mediante occupazione militare o sostegno economico, politico o militare a un governo locale (modello c.d. spaziale o *ratione loci*)[16] o nel caso in cui lo Stato abbia esercitato un controllo diretto su singoli individui, anche in assenza di un controllo generale su un intero territorio (modello c.d. personale o *ratione personae*)[17].

Tali principi sono senz'altro di fondamentale importanza per il caso in questione, dal momento che i fatti di causa si erano pacificamente verificati al di fuori del territorio italiano. In particolare, secondo la difesa dell'Italia, l'episodio contestato era avvenuto nella zona di competenza della Libia con riguardo ai soccorsi in mare, delimitata sulla base della Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo ("Convenzione SAR")[18].

Con riguardo alla prassi dei respingimenti di migranti in acque internazionali, la Corte Edu aveva già riconosciuto la giurisdizione *de iure* e *de facto* dello Stato italiano in acque internazionali nel notissimo caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in relazione alle operazioni compiute dalle motovedette della Guardia costiera italiana nel maggio 2009[19].

[15] Corte Edu (Grande Camera), decisione del 12 dicembre 2001, *Banković e altri c. Belgio e altri 16 Stati contraenti*, ric. n. 52207/99.

[16] Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 18 dicembre 1996, *Loizidou v. Turchia*, ric. n. 15318/89.

[17] Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 29 marzo 2010, *Medvedyev and Others v. France*, ric. n. 3394/03.

[18] Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (International Convention on Maritime Search and Rescue - SAR), adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979, entrata in vigore il 22 giugno 1985, ratificata dall'Italia con legge del 3 aprile 1989, n. 147 (G.U. n. 97 del 27 aprile 1989).

[19] Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia,* ric. n. 27765/09.

Il coinvolgimento *materiale* delle autorità italiane in *Hirsi* rappresenta tuttavia una differenza significativa rispetto al caso in commento, in cui i respingimenti sono di fatto stati operati dalla GCL, ancorché supportata, sul piano logistico e operativo, dalle autorità italiane. Nondimeno, stando alla ricostruzione dei ricorrenti, un simile contributo del governo italiano all'operazione di respingimento si sarebbe comunque potuto qualificare come controllo *de iure* e *de facto*. A fondamento di questa tesi, i ricorrenti hanno posto tre elementi principali: il coordinamento dei soccorsi da parte dell'MRCC di Roma[20], il supporto logistico ed economico alla GCL da parte dell'Italia, sulla base della cornice giuridica del Memorandum d'intesa e dei precedenti accordi con la Libia[21], e il controllo *di fatto* operato su larga parte delle operazioni di ricerca e salvataggio al largo delle coste libiche[22].

Gli argomenti dei ricorrenti sembrano dunque fondati su un'interpretazione *estensiva* della nozione di giurisdizione extraterritoriale, supportata soprattutto in letteratura e nota come giurisdizione «funzionale» o «con effetti extraterritoriali»[23]. Secondo questo modello, la giurisdizione extraterritoriale sussisterebbe anche nel caso in cui lo Stato abbia il potere di incidere sulla posizione di individui collocati al di fuori del proprio territorio mediante azioni concrete o l'adozione di misure legislative, giudiziarie o amministrative[24].

La nozione di giurisdizione funzionale ha finora trovato riscontro nella prassi recente di altri organi di controllo dei trattati sui diritti umani[25], anche a proposito di vicende relative al controllo della migrazione nel Mediterraneo centrale. In particolare, nella decisione *A.S. e altri c. Italia* del 2021[26], relativa

[20] *S.S. e altri c. Italia*, cit., parr. 58-60.

[21] Ibidem, par. 61.

[22] Ibidem, par. 62.

[23] V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, cit.; M.G. GIUFFRÉ, *Functional-impact Model of Jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights, in Questions of International Law,* 2021; R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e Prassi*, Giappichelli, 2020, p. 133.

[24] Ibidem.

[25] Comitato dei diritti umani, *General comment No. 36. Article 6: right to life,* UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 3 settembre 2019; Comitato dei diritti del fanciullo, decisione del 30 settembre 2020, *L.H. e altri c. Francia,* UN Doc. CRC/C/85/D/79/2019-CRC/C/85/D/109/2019 del 2 novembre 2020; Comitato dei diritti del fanciullo, decisione del 4 febbraio 2021, *F.B. e altri c. Francia,* UN Doc. CRC/C/86/D/R.77/2019 del 25 febbraio 2021.

[26] Comitato dei diritti umani, decisione del 27 gennaio 2021, *A.S. e altri c. Italia,* comunicazione n. 3043/2017.

al naufragio di un'imbarcazione carica di migranti al largo di Lampedusa, il Comitato dei diritti umani ha riconosciuto la giurisdizione dello Stato italiano sulla base di una «*special relationship of dependency*» con un'imbarcazione *in distress*[27]. Quest'ultima, in particolare, poteva ritenersi fondata sia su elementi di fatto (la vicinanza di una nave militare italiana nella zona di mare interessata e il coinvolgimento dell'MRCC di Roma durante tutta la durata dell'evento) sia su elementi di diritto (gli obblighi internazionali derivanti dai trattati internazionali sulla salvaguardia della vita in mare, che impongono agli Stati di rispondere alle richieste di soccorso e di coordinarsi con altri Stati nelle operazioni di salvataggio).

L'affinità di tale vicenda con quella in commento aveva indotto a sperare che la Corte Edu, nel caso *S.S.,* potesse tenere conto di tale precedente e aderire alla nozione di giurisdizione funzionale, rispetto alla quale si era sempre mostrata piuttosto cauta. Benché, secondo alcuni autori, da talune sentenze affiorasse un certo grado di apertura ad una nozione ampia di giurisdizione extraterritoriale[28], la giurisprudenza prevalente della Corte Edu sul punto era reticente a riguardo. Occorre inoltre rilevare, in tempi recenti, un orientamento generalmente restrittivo da parte della Corte nelle vicende relative alla migrazione[29].

Ciò nondimeno, come anticipato, il tentativo di 'squarciare il velo' della giurisdizione funzionale non ha dato i frutti attesi dai ricorrenti.

3. *La decisione della Corte*

All'unanimità, i giudici di Strasburgo hanno rigettato tutti gli argomenti a favore dell'applicabilità dell'art. 1 Cedu. È stata altresì respinta la tesi del governo italiano, sulla base della quale l'Italia non avrebbe potuto esercitare la propria giurisdizione in una zona di mare di competenza della Libia per le

[27] In commento, A. FAZZINI, *Recenti sviluppi in materia di giurisdizione extraterritoriale a margine delle decisioni del Comitato ONU per i diritti umani,* A.S. e al. c. Malta e A.S. e al. c. Italia: *quale prospettiva per la Corte di Strasburgo?,* in *ADiM Blog*, luglio 2021.

[28] F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018, p. 21.

[29] In relazione all'interpretazione del divieto di espulsioni collettive, si veda, ad esempio, Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15; sul diritto dei cittadini di Paesi extra-europei di ottenere un visto umanitario, Corte Edu, sentenza del 5 maggio 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18.

operazioni di soccorso. A tal riguardo, la Corte ricorda infatti che la competenza di uno Stato secondo il diritto del mare non risulta di per sé determinante ai fini dell'applicabilità dell'art. 1, dovendosi comunque dimostrare l'esercizio di un controllo effettivo su un'area geografica (*ratione loci*) o sui ricorrenti (*ratione personae*)[30]. A ciascuno dei due profili la Corte dedica argomentazioni separate.

Per quanto concerne la giurisdizione *ratione loci*, la Corte ha ritenuto che il sostegno finanziario e logistico fornito dall'Italia alla Libia non potesse di per sé evidenziare una totale dipendenza delle autorità libiche da quelle italiane, e dunque l'effettivo controllo dell'Italia sulla zona di mare controversa[31]. Pur riconoscendo, dunque, che la prassi dei respingimenti in acque internazionali fosse effettivamente riconducibile ad un vero e proprio *indirizzo* della politica migratoria dello Stato italiano e dell'Unione europea, essa ha ritenuto che tali circostanze non potessero considerarsi sufficienti ai fini del riconoscimento di una responsabilità del governo italiano nel caso di specie.

Quanto, invece, alla giurisdizione *ratione personae*, la Corte ha invece osservato che il capitano e l'equipaggio della *Ras Jadir* avessero agito in modo *autonomo*, rifiutandosi di rispondere alle chiamate inviate dalle altre navi presenti sul posto e dall'elicottero della Marina italiana allo scopo di coordinare le manovre di soccorso. Pertanto, l'MRCC di Roma non avrebbe esercitato un controllo sull'*intera* operazione di abbordaggio dell'imbarcazione, essendosi unicamente limitato ad *avviare* la procedura di soccorso in applicazione delle regole previste dalla Convenzione SAR[32]. Secondo la difesa dei ricorrenti, a questa conclusione la Corte sarebbe tuttavia giunta senza attribuire il dovuto peso ad alcune circostanze allegate al ricorso, fra cui le numerose risultanze che attestano il coinvolgimento costante delle autorità italiane nel coordinamento di tutte le operazioni di salvataggio e coordinamento dei soccorsi in tutto il Mediterraneo Centrale tra il 2016 e il 2018[33].

Infine, la Corte ha espressamente richiamato la propria giurisprudenza precedente, argomentando come le tesi dei ricorrenti non potessero trovare riscontro nell'interpretazione consolidata dell'art. 1 Cedu. Viene infatti dato rilievo alle precedenti pronunce che hanno escluso la sussistenza della giurisdizione nei casi in cui una decisione dello Stato abbia avuto un impatto sulla situazione di un individuo collocato all'estero. Alla luce dei reiterati

[30] *S.S. e altri c. Italia*, cit., parr. 86-90.

[31] Ibidem, par. 97.

[32] Ibidem, parr. 102-106.

[33] V. MORENO-LAX, SS and Others v Italy – *or doubling down on* Banković, cit.

riferimenti alla recente sentenza *Duarte Agostihno c. Portogallo e altri 132*[34]*,* sembra che l'approccio da ultimo adottato dalla Corte in materia di cambiamento climatico abbia avuto un'influenza decisiva. In tale ultima decisione, infatti, è stata esclusa la giurisdizione degli Stati per gli effetti avversi delle proprie emissioni sui ricorrenti collocati al di fuori del proprio territorio[35]. È dunque ragionevole ritenere che la Corte, nella decisione *S.S.,* abbia respinto il riconoscimento di una giurisdizione con "effetti extraterritoriali" anche al fine di impedire un doppio standard, nonché un incontrollato aumento dei ricorsi in materia ambientale.

4. *Il caso S.S. nel contesto dell'esternalizzazione dei flussi migratori. Quale ruolo per la Corte Edu?*

Alla luce dei precedenti nella giurisprudenza della Corte Edu, il verdetto del caso *S.S.* non desta stupore. Tuttavia, viste le concrete modalità di gestione della migrazione nel Mediterraneo da parte degli Stati europei – che sempre più spesso ricorrono a meccanismi di controllo extraterritoriale dei flussi – è difficile ignorare le notevoli implicazioni della decisione in commento. Una condanna da parte della Corte Edu nel caso in questione avrebbe infatti potuto quantomeno stimolare un dibattito sull'opportunità di proseguire la cooperazione con la Libia. Il Memorandum d'intesa si è invece tacitamente rinnovato il 2 febbraio 2026[36].

Nella pronuncia, è la stessa Corte Edu a mostrare piena consapevolezza che la propria lettura dell'art. 1 Cedu «*may seem unsatisfactory to the applicants*»[37]. I paragrafi finali riportano infatti una (insolita) presa di coscienza sui profili di tensione tra le conclusioni della Corte e una prassi internazionale convergente circa la necessità di tutelare i diritti fondamentali dei migranti nel

[34] Corte Edu, sentenza del 9 aprile 2024, *Duarte Agostihno c. Portogallo e altri 132*, ric. n. 39371/20.

[35] In commento, A. OLLINO, *Qualche riflessione sul caso Duarte Agostinho e sulla nozione di giurisdizione come 'controllo sull'esercizio dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2024, pp. 401-419.

[36] Ciò, in virtù dell'Articolo 8 del Memorandum, secondo il quale l'accordo, per cui era inizialmente stata prevista validità triennale, è tacitamente rinnovato alla scadenza per un periodo equivalente, salvo notifica per iscritto di una delle due Parti contraenti, *almeno tre mesi* prima della scadenza del periodo di validità. Posto che il Memorandum veniva firmato il 2 febbraio 2017, il termine per procedere a tale notifica è decorso il 2 novembre 2025.

[37] *S.S. e altri c. Italia*, cit., par. 109.

contesto dell'esternalizzazione delle frontiere[38]. A ciò si aggiunge, mediante un richiamo esplicito alla sentenza *Hirsi,* la conferma che «le difficoltà di gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso da parte degli Stati a pratiche incompatibili con gli obblighi derivanti dalla Convenzione» e che «la specificità del contesto marittimo non può portare alla creazione di uno spazio senza legge» in cui possa registrarsi un vuoto di tutela per i diritti dei migranti[39]. Per scongiurare un simile esito, la Corte sembra tuttavia appellarsi ad *altre* norme internazionali rilevanti nel caso di specie – quali gli obblighi internazionali in materia di soccorso in mare, sulla protezione dei rifugiati e in materia di responsabilità dello Stato – ritagliando invece, per sé stessa, il ruolo di interprete della sola Convenzione[40].

In queste parole è tuttavia difficile non scorgere il tentativo di abdicare, almeno in parte, alla propria funzione di garante dei diritti fondamentali. Occorre infatti rammentare che tale ruolo è attribuito alla Corte dalla stessa Cedu, il cui oggetto e scopo dovrebbero fungere da criteri interpretativi primari a norma dell'art. 31 (1) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Un'interpretazione teleologica del trattato avrebbe dunque consentito di evidenziare maggiormente l'assoluta incompatibilità della cooperazione tra gli Stati aderenti alla Convenzione e Paesi che, come la Libia, non assicurano il rispetto dei diritti umani. In questo senso convergono non solo tutti i trattati sui diritti umani, ma anche le norme internazionali a tutela dei rifugiati e della salvaguardia della vita in mare, di cui sarebbe stata opportuna una lettura congiunta (come del resto suggerito dall'intervento del Commissario per i diritti umani nell'ambito della procedura in commento[41]). È inoltre legittimo domandarsi perché il riferimento alle norme generali in materia di responsabilità dello Stato per la commissione di illeciti internazionali[42] sia relegato *a latere*

[38] Ibidem, parr. 109-113. Si fa riferimento, in particolare, alla Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Human rights impact of the "external dimension" of European Union asylum and migration policy: out of sight, out of rights?,* Risoluzione n. 2228 (2018) del 27 giugno 2018, e alla Raccomandazione del Consiglio dei diritti umani del Consiglio d'Europa, *Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean,* giugno 2019, al link: https://rm.coe.int/lives-saved-rights-protected-bridging-the-protection-gap-for-refugees-/168094eb87.

[39] *S.S. c. Italia*, cit. par. 111.

[40] Ibidem, par. 112.

[41] Ibidem.

[42] Commissione di Diritto internazionale, *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti*, annesso alla risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 56/83 del 12 dicembre 2001, e corretto dal documento A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

della decisione, anziché costituire parte integrante del ragionamento giuridico sull'interpretazione dell'art. 1 Cedu.

Ciò posto, la mancata presa di posizione da parte della Corte sembra potersi inquadrare alla luce della recente *escalation* di tensione con alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa proprio con riguardo alla materia migratoria. Appena due giorni dopo la pubblicazione della sentenza *S.S.,* infatti, nove Stati – su iniziativa di Italia e Danimarca – hanno firmato una "lettera aperta", esprimendo forte insoddisfazione per l'interpretazione estensiva della Corte Edu degli obblighi convenzionali applicabili ai migranti[43]. Nella lettera, questi hanno sostenuto, in particolare, la necessità di rideterminare tali obblighi rispetto alle sfide della società contemporanea. Sottolineando come la Corte Edu abbia progressivamente esteso il campo d'applicazione della Cedu rispetto a quanto originariamente previsto dal trattato, la lettera invoca maggiore discrezionalità con riguardo all'espulsione degli autori di reato, la sorveglianza sugli stranieri e la strumentalizzazione dei flussi migratori[44].

La vicenda in questione è dunque indicativa delle crescenti resistenze statali ad incorporare, nelle politiche migratorie nazionali, gli obblighi imposti dai trattati sui diritti umani. È intuibile che tali tensioni abbiano potuto influire sulla posizione della Corte, che, con un'interpretazione restrittiva della giurisdizione, ha forse inteso scongiurare il rischio di recesso delle Parti dal trattato. Nondimeno, le motivazioni *politiche* non possono legittimamente prevalere su quelle *giuridiche*. Queste, pertanto, non valgono a privare la sentenza *S.S.* delle criticità fin qui esposte. Almeno fino ad un'eventuale modifica espressa della Cedu – attualmente non esclusa, alla luce della proposta di riforma, formalmente avanzata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa il 10 dicembre 2025[45] - l'interpretazione del trattato deve infatti orientarsi secondo

[43] Il contenuto della lettera del 22 maggio 2025 è consultabile qui: https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Lettera_aperta_22052025.pdf. Per note critiche, L. Acconciamessa, *L'interpretazione della Cedu, tra universalismo, volontà degli Stati parte e indipendenza della Corte di Strasburgo: la "lettera aperta" del 22 maggio 2025*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2025, pp. 245-299.

[44] Ibidem.

[45] All'esito di una conferenza interministeriale tenutasi a Strasburgo nell'ambito del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, gli Stati membri hanno adottato per *consensus* le conclusioni reperibili al seguente link: https://rm.coe.int/informal-ministerial-conference-10-december-2025-conclusions/488029b843. Queste ultime non solo invocano una riforma della Cedu che consenta di adattarla alle attuali sfide riguardanti la gestione dei flussi irregolari, ma annunciano l'emanazione di una dichiarazione politica, a tale scopo, nell'ambito della conferenza del Comitato dei Ministri che si terrà a Chișinău, in Moldavia, il 14 e il 15 maggio 2026. In argomento, si possono citare alcuni rilievi critici finora pubblicati su SIDIBlog nel *forum*

il suo oggetto e scopo, che è quello di «garantire il riconoscimento e l'applicazione *universali* ed *effettivi* dei diritti che vi sono enunciati»[46].

"CEDU e migrazioni", v. LORENZO ACCONCIAMESSA, *È possibile riformare la CEDU in materia migratoria senza deformarla nel suo complesso? Sul "processo di riforma" avviato il 10 dicembre 2025,* 16 dicembre 2025; G. PASCALE, *I 27 Stati 'ribelli' potrebbero davvero invocare il mutamento delle circostanze? Ancora sul 'processo di riforma' della CEDU avviato il 10 dicembre 2025*, 23 dicembre 2025; D. RUSSO, *Ancora sul progetto di riforma della CEDU avviato il 10 dicembre 2025: quale cambiamento potrebbe produrre la futura dichiarazione di Chişinău in materia di immigrazione*?, 2 febbraio 2026; F.L. GATTA, *Pressione governativa e interpretazione restrittiva della CEDU: la (contro)riforma sulle espulsioni collettive è (quasi) compiuta*, 27 gennaio 2026. I contributi sono tutti disponibili su www.sidiblog.org.

[46] Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950, preambolo (enfasi aggiunta).

GLI USA E GLI IMMIGRATI: COSA RESTA DEL *DUE PROCESS OF LAW*?

Giacinto della Cananea*

Cosa sta accadendo nell'assetto istituzionale degli USA? Gli ordini presidenziali, le modalità a volte singolari con cui sono eseguiti e le contrastanti reazioni dei giudici federali stanno determinando una crisi costituzionale? È difficile dare una risposta univoca. Solo i principali sviluppi recenti possono essere richiamati in questo scritto.

Il primo sviluppo riguarda l'ordine presidenziale di applicare l'*Alien Enemies Act* del 1789 ai sospetti appartenenti a un'organizzazione criminale venezuelana. In passato, la legge è stata applicata soltanto durante conflitti con altri Stati: nel 1812 e nelle due guerre mondiali. Ha dato luogo ad abusi, come quello riguardante l'internamento dei cittadini americani di origine giapponese, avallato dalla Corte suprema (*Korematsu c. Stati Uniti*, 1944)[1]. Il rischio di abusi è maggiore, poiché gli amplissimi poteri presidenziali sono esercitati in occasione non di una guerra, bensì di un'asserita "incursione predatoria". Nella decisione adottata dalla Corte suprema il 7 aprile scorso (*Trump et al. c. J. G.G. et al.*, 2025), a stretta maggioranza (5 a 4), è stata avallata l'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione dell'*Alien Enemies Act*. Si è ribadito che le persone colpite da queste misure hanno il diritto di difendersi, ma soltanto avvalendosi dell'habeas corpus, la garanzia risalente al diritto inglese, con esclusione di quelle ben più ampie fornite dall'*Administrative Procedure Act*[2].

L'altro sviluppo riguarda un individuo deportato in El Salvador. Il caso è emblematico per più ragioni: perché si tratta di un soggetto legalmente residente; perché è protetto da uno specifico provvedimento giudiziario del 2019; perché la stessa amministrazione ha ammesso che la deportazione è stata disposta a causa di un "errore amministrativo". Ciò costituisce un'ulteriore

* Professore ordinario di Diritto amministrativo dell'Università Bocconi

[1] *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), consultabile in https://www.oyez.org/cases/1940-1955/323us214

[2] *Trump v. J.G.G.*, No. 24A931, 604 U.S. ___ (Apr. 7, 2025) (*per curiam*), consultabile in https://www.supremecourt.gov/opinions/24pdf/24a931_2c83.pdf

conferma della tesi di Paul Craig e Jerry Mashaw che il *due process of law* non serve soltanto a proteggere i diritti fondamentali, e con essi la dignità umana, ma anche a evitare errori, nella logica della buona amministrazione. Perciò, la corte distrettuale per il Maryland ha ordinato all'esecutivo di "facilitare e realizzare il ritorno" dell'interessato. L'esecutivo si è opposto, lamentando che l'ordine lede le sue prerogative. Il 10 aprile la Corte suprema ha chiesto alla corte distrettuale di chiarire il contenuto del suo ordine, pur avvisando l'esecutivo di tenersi pronto a fare "ciò che può" per assicurare il rientro (*Kristi Noem, Secretary, Department of Homeland Security et al. c. Kilmar Armando Abrego Garcia*, 2025)[3]. A quanto si apprende, la corte distrettuale non ritiene che l'ordine possa essere considerato eseguito per il solo fatto che l'amministrazione abbia rappresentato l'indisponibilità dei responsabili politici di El Salvador a permettere il rientro dell'interessato negli USA.

Nell'insieme, la Corte suprema cerca di evitare un conflitto con il presidente. Ma si contrappongono due interpretazioni costituzionali: una privilegia il potere esecutivo, nella sua dimensione esterna, l'altra le garanzie procedimentali e processuali. Se la prima interpretazione si affermasse, in questo caso e in altri, si consoliderebbe quella che un altro giudice federale ha definito una "concezione del potere esecutivo senza freni", ossia proprio ciò che la Costituzione intende contrastare per evitare la tirannia?

[3] *Noem v. Abrego Garcia*, No. 24A949, 604 U.S. ___ (Apr. 10, 2025), consultabile in https://www.supremecourt.gov/opinions/24pdf/24a949_lkhn.pdf

OLTRE LE CATEGORIE:
TRASFORMAZIONI TEORICHE E NUOVI STATUS

SOVRANITÀ DELLO STATO E DIRITTI INDIVIDUALI (OVVERO DELLA STORICITÀ DEL TEMA MIGRAZIONI E CITTADINANZA)

Lorenzo Pacinotti*

SOMMARIO: 1. I trionfi dello Stato-persona. – 2. Le riconquiste dello Stato costituzionale. – 3. Giudici e legislatori: la rilevanza storica del tema migrazioni e cittadinanza.

1. *I trionfi dello Stato-persona*

Lo Stato trova, nella seconda metà dell'Ottocento, il proprio apogeo dottrinale. Carl Friedrich von Gerber, dapprima con il programma *Sui diritti pubblici* (1852)[1] e poi nei fondamentali *Lineamenti di diritto pubblico* (1865)[2], fotografa, in una inedita veste tecnica e pubblicistica, l'immagine dello Stato-persona. «Il potere dello Stato è la forza di volontà di un organismo etico idealmente personificato»[3]. Un'operazione capace di annullare l'intera società inglobandola in un astratto e indifferenziato *Volk*: «nello Stato un popolo trova la disciplina giuridica della sua vita collettiva, in esso un popolo giunge ad essere riconosciuto e a valere giuridicamente come un'entità etica totale»[4]. E se «deve incarnare veramente la volontà collettiva di un popolo, allora esso deve essere tale da trovare i motivi del proprio agire non in una forza superiore ed esterna, ma semplicemente in sé, in altre parole, esso deve essere sovrano»[5]. Come il sistema di diritto privato si fonda sulla persona, così lo Stato «è un sistema di facoltà di volere, basato però sulla capacità, rivestita della personalità, del popolo politicamente unito», la cui «volontà giuridica è il dominio»[6].

* Assegnista di ricerca, Centro di Studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Firenze.

[1] C.F. VON GERBER, *Über öffentliche Rechte* [1852], trad. it., *Sui diritti pubblici*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971, pp. 5-87.

[2] C.F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* [1865], trad. it., *Lineamenti di diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, cit., pp. 89-213.

[3] Ivi, p. 109.

[4] Ivi, p. 95.

[5] Ivi, p. 111.

[6] Ivi, p. 97.

Uno Stato-persona, sovrano perché privo di ogni condizionamento sociale, «potenza suprema» nella assoluta «convinzione della sua irresistibilità»[7].

Non che l'analisi gerberiana sia riassumibile entro una concezione puramente positivistica del diritto[8]. È però percepibile come tale architettura, emblema del diffondersi della potenza giuridica della costruzione hegeliana, assurga a categoria in grado di archiviare, con un rapido tratto di penna, tanto la tradizione storicista che quella giusnaturalista. Abbatte lo storicismo, perché lo Stato, limitato esclusivamente al rispetto delle regole positive da esso individuate, finisce, nella sostanza, per diventare creatura astratta, metafisica, immanente e impermeabile al mutare dei contesti sociali, insensibile a ogni divenire storico. Abbatte il giusnaturalismo, perché viene meno l'immagine di una realtà pre-statuale, fondata sulla premessa logica del diritto naturale, capace di condizionare l'ordine collettivo e i poteri del sovrano, così producendo lo svuotamento dell'idea di costituzione, come è noto pensata, giusnaturalisticamente, nell'ottica complessiva dello scambio sinallagmatico tra attori sociali.

I diritti, avvolti nell'abbraccio soffocante dello Stato-persona e dell'autoritarismo bismarckiano, «appaiono soltanto come gli effetti riflessi di quel potere»[9] e sono propri del cittadino (anzi del suddito) «solo in quanto egli appartiene a quello Stato come persona giuridicamente sottomessa»[10]. Divengono *Reflexrechte* (diritti riflessi), qualificati come mero specchio della statualità, ovvero, secondo la fortunata teoria di Georg Jellinek nel *Sistema dei diritti pubblici subiettivi* (1892), risultato diretto di un semplice atto di autolimitazione dello Stato stesso, clemente nel non invadere la sfera delle libertà individuali[11]. «Col riconoscere la personalità dell'individuo, lo Stato limita sé stesso» e, nel «traccia[re] una linea di confine fra sé stesso e la personalità dei sudditi, esso riconosce una sfera individuale libera dallo Stato, cioè a dire sottratta alla sua autorità»[12]. Di qui l'idea che le garanzie nei confronti del cittadino siano, ben lungi dall'attivare *chances* di emancipazione, il frutto di mere concessioni paternalistiche da parte di una assoluta, onnipotente, sovranità statuale[13].

[7] Ivi, p. 111.

[8] È forse questo uno dei più profondi significati della prima parte del volume di M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, fino a p. 279.

[9] C.F. VON GERBER, *Grundzüge*, cit., p. 130.

[10] Ivi, p. 202.

[11] G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* [1892], trad. it., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912.

[12] Ivi, p. 96.

[13] Cfr. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020,

«Non vogliamo certo tornare – scrive Vittorio Emanuele Orlando nella *Prefazione* alla traduzione italiana della citata monografia di Jellinek – alle teorie del diritto naturale, né pretendere che vi sia un diritto inerente alla personalità umana, quasi una dotazione propria e inalienabile di essa: diritto che preceda razionalmente lo Stato e ne limiti l'impero. No; noi crediamo che *tutto* il diritto derivi dallo Stato»[14].

Pur rivalutando le forze corporative sull'onda della grande influenza europea di Otto von Gierke, neanche le convinzioni romaniane proluse in *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909) paiono invertire la rotta. «La personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona: ecco il principio fondamentale del diritto pubblico moderno»[15]. Lo snodo è sempre comprendere se v'è «qualche cosa che trascende il diritto dello Stato, che anzi vi si contrappone e talvolta lo vince»[16]. E la risposta è per ora del tutto statualistica:

«se di limitazioni dello Stato vuol parlarsi, ciò non si può se non convenendo che si tratta di autolimitazioni; sono limiti che lo stato impone a sé stesso per mezzo dei medesimi organi che debbono sottostarvi o per mezzo di altri organi; che risultano espressamente da apposite sue dichiarazioni di volontà e, implicitamente, da tutto il sistema del suo diritto positivo»[17].

«Stupenda creazione del diritto»[18], lo Stato resta un «ente astratto, fornito di una propria individualità e personalità»[19], l'unico organismo, «fra quelli che l'umanità ha finora conosciuto», che «impedisca alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale»[20].

Certo, ne *L'ordinamento giuridico* (1917), dove l'anima statualistica (del pubblicista) e quella sociale-corporativa (del teorico generale) si equivalgono nella valenza argomentativa e dommatica, Santi Romano ben interpreta la tendenza novecentesca secondo la quale lo Stato, entrando nella società, è

pp. 118-132.

[14] V.E. ORLANDO, *Prefazione all'edizione italiana*, in *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. XI.

[15] S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale* [1909], Milano, 1969, p. 8.

[16] Ivi, p. 44.

[17] Ivi, p. 45.

[18] Ivi, p. 8.

[19] Ivi, p. 9.

[20] Ivi, p. 25.

chiamato a ricomporre gli altri gruppi, istituzioni e ordinamenti sociali che declinano la realtà intimamente plurale del fenomeno giuridico[21]. È però da considerare che, proprio in forza di tale equivalenza, la società, rivalutata con metodi contrari all'individualismo ottocentesco e non più interamente inglobata nelle spire soffocanti dello Stato, resta una entità logicamente non anteriore, non superiore ad esso. Ne consegue – riassume Romano in un passaggio che ci pare metta in luce tale ambivalenza – che siano «del tutto inconcludenti» problemi come quelli «con cui si domanda se il diritto sia anteriore allo Stato o viceversa», ancora inconcepibili in un contesto di resistente primazia della sovranità statuale sulla sfera dei diritti individuali; dilemma ben diverso dall'interrogativo, a cui ora si risponde affermativamente tramite il recupero della pluralità di ordinamenti giuridici, «se ci sia diritto non prima, ma fuori dallo Stato, cioè se vero diritto sia soltanto quello statuale»[22].

2. *Le riconquiste dello Stato costituzionale*

Non v'è spazio, in questo contributo, per soffermarsi sulle diverse ipotesi di superamento della sovranità nella prima metà del Novecento[23].

Basti invece comprendere come solo nel secondo Novecento, in reazione

[21] «La teoria dell'autolimitazione dello Stato, qualunque sia l'elemento di che contiene, non può accogliersi nella formulazione troppo estesa che le è stata data. Sia pur vero che lo Stato si autolimita quando pone il suo ordinamento, non esiste alcun momento in cui esso non sia limitato, appunto perché, sin dalla sua origine, esso è un ordinamento: la sua autolimitazione non può che essere un'ulteriore limitazione. La legge, quindi, non è mai, come comunamente si crede, il cominciamento del diritto: è invece un'aggiunta al diritto preesistente (nell'ipotesi che esso abbia lacune) o una modificazione di esso. Il legislatore non è, così, il creatore del diritto, nel senso pieno e assoluto della parola, cioè il primo creatore; donde la mancanza in lui del potere di annullarlo completamente; per annullarlo dovrebbe decretare la fine dello Stato stesso»: S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* [1917], Macerata, 2018, p. 79.

[22] Ivi, p. 53.

[23] Sono certo fondamentali le riflessioni, ispirate dal solidarismo di Émile Durkheim, del *service public* di Léon Duguit e della sua capacità di demolire l'autoritarismo dello Stato-persona e della *puissance publique*. Decisive altresì, oltre la Manica, le critiche di Harold Laski all'idealismo hegeliano, colpevole finanche in Inghilterra di foraggiare, per il tramite della *sovereignty* di John Austin, un processo riduzionistico che tutto riconduce entro un unico, totalizzante, immaginario statuale. Importanti inoltre le riflessioni dei giuristi weimariani, sia pur presto archiviate dal *Begriff des Politischen* di Carl Schmitt. Determinanti infine, per la critica alla personificazione e il radicamento della normatività costituzionale, le teorie generali di diritto pubblico di Hans Kelsen.

allo Stato totalitario, tenda a radicarsi, da un punto di vista istituzionale e non meramente teorico, un duraturo cambio di paradigma condiviso nell'intero scenario europeo. Sia che si guardi al recupero del messaggio giusnaturalista, sia che si considerino i (diversissimi) percorsi dello storicismo, vale la concezione, sostanzialmente contraria al positivismo giuridico, secondo la quale i diritti sono concepiti in una realtà estranea alla sovranità dello Stato e logicamente precedente a esso[24].

Il ribaltamento è netto[25]: non è più lo Stato, persona giuridica da intendere in definiti contorni geografici nazionali, a fondare i diritti entro la cappa paternalistica della sovranità. È piuttosto la persona umana, parte di un universo planetario, a divenire il fulcro di un ordine inedito teso alla liberazione ed emancipazione individuale. Con una fondamentale ricaduta pratica: nel nuovo Stato costituzionale, il polo dei diritti sfida nuovamente il potere politico[26]. I diritti individuali non possono essere più ricollocati all'interno della dinamica statuale; all'opposto, tornano ad essere concepiti come elementi che – utilizzando la citata formula romaniana – '*talvolta si contrappongono al diritto dello Stato*' e, financo, '*lo vincono*'.

L'irrompere dei diritti umani ne offre una riprova ulteriore: motore propulsivo per una società globalizzata e aperta al multiculturalismo, essi sfidano la sovranità statuale e, dunque, un'identità collettiva da secoli misurata all'interno dei confini territoriali[27]; disegnano un nuovo ordine che supera le barriere nazionali e rivendica il posizionamento dei diritti ben oltre il controllo della sovranità, assegnando loro un valore anteriore e più profondo di quello formalisticamente assorbito dalla grande macchina statuale[28].

[24] Sugli intrecci tra storicismo, giusnaturalismo e positivismo, C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari, 2002.

[25] Ma si veda la resistente forza dogmatica dello Stato-persona evidenziata da G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI-XII, 1982/1983, pp. 1001-1033.

[26] Sulla formula Stato costituzionale, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992; P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005; E. CHELI, *Lo Stato costituzionale: radici e prospettive*, Napoli 2006; formula ripresa da M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Id., Roma-Bari 2002, pp. 3-36,

[27] Per il percorso secolare della sovranità, C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, Il Mulino, 2019 e D. GRIMM, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Roma-Bari, 2023.

[28] Di notevole rilevanza storica, per il calibro dei collaboratori, è il volume UNESCO (ed.), *Human Rights: Comments and Interpretations*, London, Allan Wingate, 1949. Sulla storicità dei diritti umani, P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, II, Milano, 2008, pp. 365-417.

3. *Giudici e legislatori: la rilevanza storica del tema migrazioni e cittadinanza*

Ecco, dunque, al termine di questa breve panoramica, la rilevanza storica del tema 'migrazioni e cittadinanza'.

Si tratta di una materia intimamente internazionale, destinata a sfidare la concezione sovranista della statualità, ponendosi agli antipodi della sua personificazione ottocentesca, nonché della concezione che – in nome della teoria dell'autolimitazione – fissava le garanzie giuridicamente azionabili all'interno dei confini dello Stato-nazione. La formula jellinekiana, nel radicare i diritti entro la costruzione statuale, e dunque all'interno dei suoi spazi geografici, tendeva difatti a configurarli solo in base al criterio della cittadinanza e della pura nazionalità[29].

Il tema migrazioni è materia, all'opposto, indissolubilmente legata alla dimensione globalizzante della persona umana, e non già a quella statuale; ma altresì questione capace di misurare l'effettivo radicamento di valori giuridici[30], ulteriori rispetto a quelli meramente positivistici, chiamati a sancire il rispetto della dignità e dell'autodeterminazione individuale.

Per questi motivi, la materia permette altresì di vagliare la reale capacità dei diritti di sfidare il polo della politica, tradizionalmente fondato sui confini nazionali e sulla realtà territoriale della sovranità, rivendicando la primazia del dato costituzionale, nonché la costruzione di un fondamentale contrappeso per arginare la volontà statuale.

La dimensione dell'umanità, difatti, non rappresenta semplicemente l'allargamento dei confini della comunità sociale e l'apertura a un ordine internazionale sancito a seguito della *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948, simbolo del tendenziale – e in larga parte incompiuto – passaggio dalla cittadinanza alla persona umana[31]. Indica altresì la costruzione di un inedito sistema giuridico – più profondo rispetto al piano della mera statualità – che prescrive il diritto inviolabile alla dignità individuale e alla libera espressione

[29] Per un esplicito riferimento alla cittadinanza come nazionalità, cfr. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 212. Sull'importanza della teoria dell'autolimitazione per l'elaborazione dello *status* di cittadinanza, M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, pp. 5 ss.

[30] Nell'ambito della riflessione pubblicistica, si pensi a G. MIELE, *Umanesimo giuridico* [1945], Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1987, pp. 445-456.

[31] Sia consentito rinviare, anche per i relativi riferimenti bibliografici, al commento *Dalla cittadinanza sociale alla persona umana? Qualche considerazione storica*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, ottobre 2024.

della persona, intesa come cifra essenziale della condizione di umanità; con la citata conseguenza pratica di radicare la giuridicità su valori più profondi di quelli del diritto positivo statuale e, pertanto, di rivalutare il ruolo del giudice e la sua capacità di censurare le politiche contrarie al rispetto dei diritti fondamentali[32].

Proprio su quest'ultimo aspetto, nondimeno, paiono ravvisabili i più controversi interrogativi: la trasformazione verso lo Stato costituzionale, inteso come autentico tipo storico, prescrive un recupero della funzione giudiziaria e di un nuovo rapporto tra giudice e legislatore; un tema dalla attualità profonda, tra i dilemmi più pressanti e accesi del recente dibattito. Osservando la lunga storia dello Stato-persona e del rapporto tra sovranità e diritti qui abbozzata per sommi e brevissimi capi, ci pare però che il dibattito sia sovente orientato su profili significativamente diversi da quelli del contrasto tra giudici e politica ripristinato dallo Stato costituzionale. Tale dissidio sembra, quantomeno se indagato nella sua storicità e nel suo significato giuspolitico, più l'esito del conflitto di competenze tra legislatore nazionale ed eurounitario, orientato su criteri prevalentemente formali, che di una reale tensione tra il polo della sovranità e quello della persona umana; in definitiva, un dissidio immerso nella lotta – non del tutto liberata dalle gabbie positivistiche – tra due legislatori.

[32] P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

SEMIOTIC PROCESSES OF DIFFERENTIATION: A LEGAL ANTHROPOLOGICAL PERSPECTIVE ON ITALIAN MIGRATION LAW

Alexandra Obermüller*

SOMMARIO: 1. Language, Law, Society: an overview of the research. – 2. Legal language and its impact on the society. – 3. Legal preliminary: Italian migration law until 2002. – 4. Legal terminology: lo straniero. – 5. Semiotic differentiation due to legal terminology within a society. – 6. Conclusion

1. *Language, Law, Society: an overview of the research*[1]

The reciprocity between language and society is obvious, but another important, yet usually ignored factor is the law. The law as a symbol of the basic human need for security and order, constitutes a society and the life of an individual, implies values, and regulates coexistence between legal and natural persons. As law is rarely questioned and is obeyed in most cases, the consequence is its high and special responsibility at the individual, societal and inter-societal level.

In my doctoral project, I attempt to demonstrate this triadic reciprocity using the states of Italy and Hungary as examples. The decision to choose these two countries was based on various factors, one of which is the extremely relevant position both Italy and Hungary have within the European asylum and migration policy.

Through typical ethnological methodology, i.e. ethnogenesis[2] and a

* M.A. European Ethnology/Cultural Studies, Research Associate Refugee Law Clinic Gießen, University of Giessen.

[1] This article is based on and includes parts of the current PhD project at the University of Marburg entitled 'Language, Law, Society: The Reciprocity between Legal Terminology and the Perpetuation of Racism in a Comparative Study of Legal Ethnology.'

[2] Ethnogenesis is a methodology to describe the process of the formation of a so-called „culture", a society or an ethnic group. Practically it means to look at the history of a society through significant historical/cultural/political changes and at the way these changes had an influence how the society built its own particular identity. In addition to historical events, this consideration also includes the emergence or rejection of traditions, the development of narratives through literature, mythology, etc., as well as linguistic changes.

linguistic study of language change at both the societal and legal levels, the aim is to investigate whether there really is a reciprocity between language, law and the perpetuation of stereotypes and exclusion.

2. *Legal language and its impact on the society*

Law also has a very important function in the socio-political structure: it "provides standardized, because explicit, rules and categories through which […] negotiations may be conducted. They also provide people with a language in which to articulate claims that may be heard"[3]. The central concern here is not the rules *per se*, but the categories through which they operate. Law, standardised as a practical set of rules, has groups of terms that are used to categorise actions, circumstances, things and people. As British legal anthropologist Fernanda Pirie puts it: "Laws provide a model for how the world can and should be, and ultimately for the ways in which people think of themselves and their status within it"[4]. This is precisely where the responsibility of law lies, in the reciprocity between law and society: prejudices, stereotypes, discrimination and marginalisation, right up to all forms of racism, are also produced through processes of categorising people by their phenotypic appearance, behaviour, or belonging to certain (social, ethnic and other) groups. Identities and belongings are constructs that, from an evolutionary perspective, have certainly offered justified advantages and are sometimes, depending on the context, not particularly problematic. However, they can and do become not only problematic but also dangerous when they are subject to (political) instrumentalization.

Before belongings can be instrumentalised, they must first be discursively produced, implemented, remembered, reproduced and emotionally connoted. The survival and relevance of a category depend explicitly on the intensity with which it is repeated at the subjective and societal level. The more terms such as 'illegal migration' or 'national security' are repeated in public discourse, the more likely they are to acquire semantic relevance in the social memory. Once implemented as legal terms within a law, these categories finally secure their long-term existence.

[3] F. PIRIE, Legalism. Rules, Categories, and Texts, in M. FOBLETS, M. GOODALE, M. SAPIGNOLI, H. OLAF, The Oxford Handbook of Law and Anthropology, 2022, 1, Aufl. Oxford, Oxford University Press USA - OSO; Oxford University Press (Oxford Handbooks Series), p. 318-332. Here, p. 321.

[4] Ibid., p. 328.

In the following, I will use three laws essential to Italian migration law to illustrate what I mean by semiotic differentiation processes in law, a process of exclusion I will describe in detail later. I refer to the Martelli Law, the Turco-Napolitano Law and the Bossi-Fini Law, i.e. laws that were passed well before the summer of 2015, when many people who were forced to leave their home countries finding peace and safety in Europe (a series of events get called as the "European refugee crisis"). It is not difficult to identify differentiation mechanisms especially in polarised times such as those since 2015 in Europe. But they always have their historical roots.

3. *Legal preliminary: Italian migration law until 2002*

Until the 1990s, the Italian migration law was nearly non-existent. The legal situation for migrants (and refugees as well) was characterised by "una condizione giuridica precaria ed incerta" ("a precarious and uncertain legal status")[5], due to the lack of recognition of the changing needs of a state that had been an emigration society for a long period rather than an immigration society.

Furthermore, "di volta in volta lo straniero era considerato non come una persona, ma soprattutto come un soggetto potenzialmente pericoloso o come un semplice lavoratore o come uno sfollato" (from time to time, the foreigner was considered not as a person, but above all as a potentially dangerous person or as a simple worker or as a displaced person)[6]. A dramatic incident – the murder of the South African refugee Jerry Masslo by a criminal gang in Villa Literno during an attack that occurred on the night of 23 to 24 August 1989 – led not only to a higher public sensitivity, but also, in consequence, to a legal framework for migrants and refugees.

Law No. 39 of 28 February 1990 (Martelli Law): *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo*[7].

[5] P. BONETTI, I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998, in B. Nascimbene (Ed.), Diritto degli stranieri, Padova, 2004, pp. 3-79, here, p. 7. (Own translation)

[6] Ibid., p. 9 (own translation).

[7] Conversion into law, with amendments, of Decree-Law No 416 of 30 December 1989, containing urgent provisions on the subject of political asylum, the entry and residence of non-

The Martelli Law was passed at a challenging time for Italian society and politics. The year 1989 had polarised opinion, and the issue of migration had been part of non-political debates for a long time. Extremist narratives clashed with anti-racist counterdemonstrations. This development reached a sad climax with the aforesaid tragic incident, which "suscit[ò] un clamore eccezionale in tutta Italia" ("caused an exceptional outcry throughout Italy")[8] and highlighted the precarious living conditions faced by migrants in Italy[9]. This led to large demonstrations throughout Italy, especially in Rome. On 28 February 1990, the Martelli Law was passed, which, among other things, granted legal residence by amnesties to approximately 225,000 people who had been in Italy since 31 December 1989[10]. Overall, thanks to this law, various residence permits were defined and organised more clearly for the first time. Furthermore, the provisions of the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees of the Geneva Refugee Convention were implemented at national level.

Law No. 40 of 6 March 1998 (Turco-Napolitano Law): *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*[11].

Eight years after the Martelli Law and following the entry into force of the Schengen Agreement in 1997 and the Dublin Regulation that same year, Law No. 40, the Turco-Napolitano Law, was passed in March 1998. At the time, Italy has been particularly affected by the refugee movements following the Yugoslav Wars. Tragic shipwrecks of refugees trying to reach Italy by sea dominated the national media coverage. These events not only fuelled demands for stricter border controls and the maintenance of public security but also marked a significant turning point within the Italian migration law.

Although the Turco-Napolitano Law emerged from an acute state of emergency, it introduced a highly complex set of regulations concerning the status of migrants (more than the status of refugees, though), which is already easily seen when comparing the Martelli Law, which contains 13 articles, with the 49 articles of the Turco-Napolitano Law[12].

EU citizens and the regularisation of non-EU citizens and stateless persons already present in the territory of the State. Provisions on asylum.

[8] M. COLUCCI, Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai nostri giorni, 2024 (2018), p. 84.

[9] Ibid.

[10] Ibid., p. 86.

[11] Immigration regulations and rules on the status of foreigners.

[12] P. BONETTI, 2004, p. 16: "Occorre anzitutto ricordare che tale legge intendeva qualificarsi come un radicale riordinamento della precedente normativa frammentaria ed entrata in

Not even six months later, the Law No. 40/1998 has been incorporated into the Legislative Decree No. 286/1998, the so-called "Consolidated Law" (Testo Unico, T.U.). The art. 1-4 as well as the art. 28-33, T.U., contain fundamental rights for non-Italian people, which imply migrants' rights and obligations (art. 2, resp. art. 2 of the Turco-Napolitano Law, i.e. Law No. 40/1998), the regulations about the entrance to Italian territory (art. 4, resp. art. 4, No. 40/1998) and the rights concerning family reunion (art. 28-30, resp. art. 26-28, No. 40/1998) as well as those of migrants of the age under 18 years (art. 31-33, resp. art. 29-31, No. 40/1998).

The law "established migrants' rights and duties, equalizing them to Italian citizens for what it concerns civil rights and judicial protection"[13]. At the same time, nevertheless, the Law No. 40/1998 provided regulations for simplified deportations (in this context, *the Centri di permanenza temporanea* -CPT-, temporary detention centres, were also introduced) as well as more consistent border controls, including more extensive pushbacks and deportations (art. 10-17 T.U.).

A crucial point to consider is the distinction between different addressees within the T.U. regarding those *stranieri* who have a regular permission to stay, those who are located at the Italian border seeking admission to enter the territory and those people who are considered as 'being illegal' in Italy[14]. Before returning to this point, we will complete this very short overview of the Italian migration law up to 2002 with the last law worth considering from this period.

Law No. 189 of 30 July 2002 (Bossi-Fini Law): *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*[15].

vigore in periodi di emergenza. Basta pensare che rispetto ai 13 articoli della previgente "legge Martelli" […] la legge n. 40/1998 consta di 49 articoli, per comprendere che quella legislazione intendeva essere una disciplina organica." (It must be remembered that this law was intended as a radical reorganisation of the previous fragmentary legislation that had come into force in times of emergency. Sufficient to say that compared to the 13 articles of the previous "Martelli law" [...] Law No 40/1998 consists of 49 articles to understand this legislation intended to be an organic disczipline.) (Own translation).

[13] P. PANNIA, V. FEDERICO, S. D'AMATO, Italy: Country Report, in Migration Governance. Legal and Policy Framework, 2018, p. 30. See: "Quando altre disposizioni di legge fanno riferimento a istituti concernenti persone di cittadinanza diversa da quella italiana ovvero ad apolidi, il riferimento deve intendersi agli istituti previsti dal presente testo unico.", Art. 3 (1). (When other legal provisions refer to institutions concerning persons of non-Italian nationality or stateless persons, the reference shall be understood as referring to the institutions provided for in this Consolidated Text.)

[14] Cf. P. BONETTI, I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie, in B. Nascimbene (Ed.), 2004, pp. 81-199, here, p. 83f.

[15] Amendment of immigration and asylum legislation.

During Silvio Berlusconi's second term in office (11 June 2001 – 20 April 2005), Italian migration policy became increasingly restrictive. The attacks of 11 September 2001 in the US led to a rise in anti-Muslim sentiment worldwide. On 14 September 2001, proposals for a reform of migration law were presented to the Italian Council of Ministers. The debates ended with the Bossi-Fini Law of 30 July 2002, that not only provided a large number of amnesties ("la grande regolarizzazione del 2002")[16], but also the regulation of entry and deportation of migrants. Substantive asylum law was modified regarding the organisation of procedures, including the establishment of *Commissioni Territoriali,* which are responsible for asylum procedures.

4. *Legal terminology:* lo straniero

While the Law No. 39/1990 still refers to *stranieri* and *rifugiati*, subsequent laws introduce several linguistic changes, although the Law No. 40/1998 does not establish a more explicit vocabulary. The crucial aspect of the Law No. 40/1998 is especially the differentiation of diverse kinds of *stranieri* as mentioned above; the real crucial language shift is remarkable within the Law No. 189/2002, where we see terms like *"immigrazione clandestina*" (illegal migration) and "*flussi migratori illegali*" (illegal migratory flows), while explicitly stating their necessity for the protection of public safety.

While it seems more or less obvious why a criminalising terminology (like it is the case by labelling people '*illegal*') is highly dangerous, I would now like to focus on a phrase we read and talk about across many different language communities and most of us tend to consider as neutral: the term *straniero*, in English stranger or, more correctly in this context, foreigner[17]. I start with the legal focus on lo *straniero*.

The Italian Constitution refers to lo *straniero* in art. 10, which implies the right to claim asylum (art. 10 III), the non-refoulement principle (art. 10 III) and the legal status of a foreigner which is "regulated by law in accordance with international standards and treaties" (art. 10 II, own translation).

[16] Ibid., p. 141.

[17] Indeed, I wish to emphasize that I criticise the use of the German equivalent "Ausländer" as well because of its linguistic exclusionary character (the prefix "aus-" within the German language is dominantly used in contexts meaning to separate something from something, someone to someone or someone from one place to another, although the semantic relevance is not always an explicit negative association).

Lawyers as well as the Constitutional Court have been preoccupied with the question of who this *straniero* might be. In its judgements No. 120/1967 and No. 104/1969, the Constitutional Court established equality between *stranieri* and Italian citizens as well as the foreigners' rights as inviolable within the meaning of art. 2 (inviolable right) and art. 3 (equality) of the Constitution[18].

Regarding art. 10 II of the Constitution, "this rule marked the overcoming of the so-called *principle of reciprocity* that was enshrined in Article 16 of the Civil Code, according to which the foreigner was allowed to enjoy the civil rights that the country of his nationality recognised for the Italian citizen"[19]. At this point we could summarize: a *straniero* is a non-Italian person without a citizenship of a member state of the European Union, but who is legally equal to those, concerning its human fundamental rights.

5. *Semiotic differentiation due to legal terminology within a society*

After analysing the legal meaning of the term *straniero*, I wish to turn now to a more societal and more common meaning of this word.

In the Italian etymology of the term, *stranieri* are people "di altri paesi, di altre nazioni" (from other countries, other nations) and, with a negative connotation, even "alludendo a popolazioni nemiche o comunque avverse e odiate" (alluding to enemy or hostile and hated populations) (Treccani). It seems that the common framing of *straniero* is not a neutral one at all: it says, implicitly, that a person does not belong to a country, i.e. to a society. Socially constructed, a citizenship or nationality is not only a very obvious ground for identity (for the person itself as well as for the society), it is furthermore a base for any negative association possible as soon as this non-belonging to the own society and/or the belonging to the other society in question becomes a valve of fear or even hate.

In my opinion, the legal use of *straniero* is a legal example of what the two linguistic anthropologists Judith T. Irvine and Susan Gal have called semiotic processes of differentiation[20]. In their analysis, they note that ideological

[18] Cf. R. CHERCHI, Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento, Naples, 2012, p. 12ff.

[19] M. AINIS (Ed.): Dizionario costituzionale, Roma, 2000, here, p. 452. Emphasis in the original, own translation.

[20] Cf. S. GAL, J.T. IRVINE, Signs of Difference. Language and Ideology in Social Life, Cambridge 2019 as well Id., Language Ideology and Linguistic Differentiation, in A. DUANTI (ed.), Linguistic Anthropology. A reader, MA Blackwell, 2009, pp. 402-434.

differentiation through comparison occurs based on four specific aspects: rhematisation, iconisation, fractal recursivity and erasure, all of which occur along axes of differentiation. For reasons of space, I would like to focus here solely on the key processes. Interpretations of what is said can vary depending on the respective background, whether individual, general or situational. It depends on the *regimes of value*, as the Indian economic anthropologist Arjun Appadurai[21] once described it, of the individual as well as of the society in general. In our observations of the term "straniero/-a", the neutral denotate is the term itself: a person of non-Italian nationality/citizenship. The differentiation (here: rhematisation) occurs along the axes of differentiation, i.e. the public and legal discourses in a specific context creating specific associations. When the debate is about illegal migration, border controls and public security, the probability is high that the term of "straniero/-a" is associated with connotations like danger, threat or harm (of borders, of the society's safety). On the next differentiation axis, i.e. iconisation, we see quite often that a linguistic sign, a term, is perceived as inherently representative of the group/individual/interaction in question without further questioning it critically. Regarding the "straniero/-a", it would be the process of constructing stereotypes about the people labelled as "straniero/-a", but not necessarily in a neutral way, as, again, it depends on the contexts the term is used. Taking the example above, the debate circle foreigner – illegal migration – border control – public security, the icons "straniero/-a" would rather be something like "invading", "dangerous", "not-belonging" and other icons of otherness than something like "escaping from war", "looking for safety", etc.

A crucial phenomenon, which Irvine and Gal call fractal recursivity, occurs, when a specific, significant (distinguishing) feature is projected from one level to another, subcategories emerge that become increasingly reinforced in their dichotomy and consolidated through continuous repetition. Fractal recursivity is clearly ideologically influenced by comparisons between (supposedly) contrasting individuals or groups. This phenomenon is fractal because "it is always the same distinction – the same contrast – that organises the relations among units, at whatever degree of inclusiveness or differentiation"[22]. Legally speaking, we see this process with the differentiation of diverse kinds of "stranieri" we find in the T.U. and further in the public discourse.

[21] A. APPADURAI, Introduction: commodities and the politics of value, In A. APPADURAI (Ed.), The social life of things. Commodities in cultural perspective, Cambridge 1986, pp. 3-63, here, p. 15.

[22] S. GAL, J.T. IRVINE, 2019, p. 20.

The next step within semiotic differentiation processes is almost obvious: erasure. This most fatal step is the one in which simplification renders people, groups and activities "invisible" – predominantly those attributes and characteristics that do not fit into the original ideological scheme. This process is not easy to see without fractal recursivity, as they belong closely to each other. When fractal recursivity has occurred, the step to erasure of identity and the heterogeneity of a single person and a group as a whole is not difficult to go. Now we have those "stranieri" who are nothing more like this: dangerous, invading the borders and constructed as definitely non-belonging. When the law refers to '*stranieri*', the connotation of this term will always be influenced by the currently established societal *regimes of values*.

6. *Conclusion*

As a political instrument and social framework, law bears a great responsibility – regarding identities and belongings inclusively. Laws are always the result of social upheavals; they implement what a society considers important. Conversely, law is also a retrospective foundation of a society, conveying values and ideas over time.

At a time when there is talk of irregular migration, border controls and the preservation of national security, '*stranieri*' quickly become associated (or *iconised*) with danger and threat, with a group that is flooding the majority society in an uncontrolled manner and making appropriate precautions necessary. A heterogeneous group of people of different nationalities with different reasons for leaving their home country (whether forced or voluntary) is homogenised and their identities erased until all that remains is a deficient, threatening '*straniero*'. The question of what came first – the law or society? – is not as easy to answer as it might seem at first glance. The two are mutually dependent, and it is often societal upheavals that necessitate legal reform. But the law and its terminology also influence discourse by virtue of their very existence. What if we no longer spoke of foreigners, stranieri or Ausländer, but of migrants and refugees? If we do not try to homogenise people to fit the law but try to see the law that fits the people? Isn't this the way law should be?

STRUCTURAL INTERSECTIONALITY AND POSITIONAL VULNERABILITY: REFLECTIONS FROM THE EXPERIENCE OF THE LEGAL CLINIC ON MIGRATION AND RIGHTS

Rachele Scardamaglia*

SUMMARY: 1. Analytical Framework: Vulnerability and Structural Intersectionality. – 2. Administrative Precarity and Domestic Violence: The Case. – 3. Structural Barriers: Labour, Housing and Access to Healthcare. – 4. Residence Registration as a Gateway to Rights. – 5. Final Remarks

1. *Analytical Framework: Vulnerability and Structural Intersectionality*

This contribution shows how administrative requirements, often treated as neutral, may operate as structural sites through which vulnerability is produced and gender-based violence is indirectly sustained. The analysis adopts a socio-legal approach grounded in vulnerability theory and intersectional feminist analyses of gender-based violence. Rather than beginning with a predefined theoretical framework and subsequently applying it to empirical material, the analysis is guided by a concrete case encountered during fieldwork conducted within the activities of the Legal Clinic on Migration and Rights at the University of Palermo[1]. The paper therefore adopts an abductive approach, in which empirical observations guide the progressive development of the analytical framework (Timmermans & Tavory, 2012).

This methodological choice reflects a central premise of feminist legal research: law cannot be understood solely as a normative abstraction but must also be examined through the ways in which it is experienced, interpreted,

* PhD Candidate in Migration, Difference and Social Justice at the University of Palermo, currently a Visiting PhD Researcher at Utrecht University, affiliated with the Migration and Law Platform and the Equality Law Platform.

[1] The Migration and Rights Legal Clinic (MiDi) at the University of Palermo was established through a collaboration between the Department of Law, the PhD Programme in "Human Rights: Evolution, Protection and Limits," and the CLEDU association. The Clinic operates as a free legal advice and orientation service, where lawyers, PhD candidates, and university students engage on a weekly basis with the practical and legal challenges of migration.

and negotiated in everyday life (Giolo, 2015). Feminist methodology challenges the positivist ideal of objectivity and emphasizes the situated nature of knowledge, arguing that legal understandings of gendered issues should emerge from the concrete experiences of how women are affected by the law (Fineman, 2005). For this reason, drawing on the experiences of the women encountered at the Legal Clinic, the analysis shifts its focus away from migrant women as an identity category and toward the social relations and institutional arrangements through which this category is produced and acquires meaning. Following what Atrey describes as a *structural turn*, identity is not treated here as the cause of harm but rather as the sedimented outcome of dynamic power hierarchies that precede and shape subjects (Atrey, 2025). In this sense, both gender and migration status are not understood as inherently discriminatory traits of identity, but as social and legal constructs whose discriminatory effects emerge within specific structural context (Atrey, 2019; Scott, 1986).

Once attention shifts away from gender and migration status as fixed identity categories and toward the structures that produce them as sources of discrimination, the very category of vulnerability—when understood as an identity marker—is also called into question. Rather than a prescriptive characteristic attributed to individuals, vulnerability is understood here as a contextual and relational position shaped by social relations and structures of power (Fineman, 2010). Rather than describing migrant women as subjects exposed to gender-based violence because of their vulnerability, the analysis examines how different structures intersect to place migrant women in *positions of vulnerability*[2] that increase exposure to such violence.

Intersectionality provides the analytical framework necessary to understand how such exposure is unevenly distributed within society. Intersectionality therefore operates here as an analytical lens for identifying how different structures interact to produce specific forms of disadvantage (Collins, 2000), as well as a heuristic tool for tracing the link between disadvantages experienced at the individual level and the broader structural and systemic forces that sustain them.

Within this framework, the analysis draws on an individual case to examine how gendered power relations, together with legal and administrative

[2] See: MACKENZIE, C., ROGERS, W., & DODDS, S. (2014). Introduction: What is vulnerability and why does it matter for moral theory. *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy*, 1-29; SCIURBA, A. (2016). Vulnerabilità, consenso, responsabilità: alcuni casi di grave sfruttamento lavorativo e tratta delle donne migranti in Italia. *Cosmopolis Rivista di filosofia e teoria politica*, 2.

structures, intersect in ways that constrain migrant women's available options and limit their capacity to protect themselves from domestic violence. The case is not treated merely as an individual instance, but as a lens through which broader structural dynamics become visible. For this reason, the aim is to identify the institutional blind spots through which intersecting structural inequalities may inadvertently reproduce positions of vulnerability that expose migrant women to gender-based violence. Ultimately, the analysis suggests that legal responses to gender-based violence must move beyond reacting to individual cases and instead address the structural inequalities embedded in the social and institutional contexts in which violence occurs, in order to prevent rather than merely respond to such situations (Freedman, Sahraoui, & Tastsoglou, 2022)

2. *Administrative Precarity and Domestic Violence: The case*

The case analyzed here was collected within the framework of a three-year research project conducted through the activities of the Legal Clinic on Migration and Rights at the University of Palermo. Myriam, a young woman from Côte d'Ivoire, came to the Clinic in February 2024. Her immediate concern was the renewal of her residence permit. She held a permit for special protection[3], but the local police authority (Questura di Palermo) had informed her that, starting in April, appointments for renewal would be available exclusively through a new online platform called *Prenota Facile*. When we attempted to register her on the platform, however, the website was not functioning and the procedure came to a halt. It was within this bureaucratic impasse that a broader account of her situation gradually emerged.

Myriam is the mother of a two-year-old daughter, born from a relationship with an Italian man with whom she is no longer involved. At the time of the interview, she was living in an overcrowded apartment shared with four other people. Social services had declared the accommodation *unsuitable* for a minor, and she would soon be required to leave. The rent for the apartment was being paid by her former partner, the child's father. According to Myriam, he had made it clear that once she left the apartment he would not finance

[3] Art. 19 D.L No. 25/2008, is a form of complementary protection granted to foreign nationals who do not qualify for refugee status or subsidiary protection but cannot be expelled because removal would violate fundamental rights protected by the Italian Constitution or international obligations.

alternative housing. The only option, he insisted, was for her to move in with him.

When asked about the nature of their relationship, Myriam explained that although their intimate relationship had ended, her former partner continued to provide financial support. What troubled her most was the form of control embedded in this arrangement. By paying the rent, he claimed unrestricted access to the apartment, using his financial support as a means to maintain authority over the space and over her daily life. As she explained: «He comes and goes as he pleases. Sometimes he arrives in the evening and tries to get into bed with me. I don't want to» (M., 2024).

He was often aggressive: he would shout, push her, and frighten her. When we asked whether he had ever physically harmed her, she hesitated. «Sometimes I don't fully understand what he says, because my Italian is not very good. But many times he does this»—she ran her finger across her throat—«as if to say "I will kill you." I am afraid that one day he will really kill me. When he gets angry, it feels like he could do anything» (M., 2024). Her material dependence enabled him to maintain control over her space, her time, and ultimately her sense of security.

This situation falls within the definition of domestic violence as a form of gender-based violence that includes threats, coercion, and intimidation, and that may take multiple forms: physical, emotional, psychological, or sexual. Such acts are considered domestic violence regardless of whether the perpetrator shares or has shared the same residence with the victim (Istanbul Convention, art. 3). At its core, domestic violence operates through the exercise of power aimed at establishing coercive control.

For migrant women in particular, power imbalances related to migration status, economic dependence, and racialized or ethnic hierarchies may intersect with gendered inequalities, shaping both the forms of violence they experience and the range of options available to them in responding to it (Holtmann, 2022).

In this case, the fact that Myriam's former partner is an Italian citizen introduces an additional dimension into the balance of power within the relationship. His position as a citizen allows him to exercise a form of control that is not only economic but also juridical. During the conversation, Myriam explained that he repeatedly emphasized the difference between their respective legal positions, presenting himself as someone who possessed greater rights and authority. He used this asymmetry strategically, providing false or misleading information about the law while simultaneously producing fear and uncertainty by invoking his status both as the child's father and as an Italian citizen in order to reinforce his power over her decisions.

As Myriam explained: «He tells me that she is his daughter and that I cannot take her away from him. He says that in Italy they will immediately take the child from me because I am black, and they will think I am poor and incapable». Myriam held a short-term residence permit valid for only two years. Her fear was therefore not only the result of her former partner's intimidation but also of her awareness of the precariousness of her legal status. Her former partner exploited this condition as a means of pressure, using the insecurity linked to her migration status to push her to move in with him. In this way, his control was exercised not only through personal intimidation but also through the manipulation of the legal hierarchy embedded in the citizenship regime. Crucially, this form of control was enabled by the structurally produced *positions of vulnerability* in which Myriam was situated within that hierarchy. The temporal precarity of her legal status became inseparable from her experience of violence, shaping the conditions under which it unfolded. Aware of this intersection, despite having just described the violence she was experiencing, she repeatedly returned to the same questions: «How can I renew my permit?» and «Can you help me find a house where I can register my residence?»

3. *Structural Barriers: Labour, Housing and Access to Healthcare*

Myriam's case makes it possible to examine how gendered, legal, and administrative structures interact across different dimensions to produce and reinforce positions of vulnerability. In particular, the analysis focuses on three interrelated domains—labour, housing, and access to healthcare—as key sites where these structures intersect and concretely shape migrant women's available options.

What ultimately led Myriam to seek legal advice was the realization that the precariousness of her legal status and the difficulty of securing adequate housing were producing her dependence on her former partner and exposing her to economic, psychological, and physical violence. She had already attempted to find alternative accommodation, but landlords typically required a formal employment contract as a guarantee of financial stability. Like many migrant women, Myriam was working informally in the domestic care sector and could not provide proof of regular employment or income in order to access the rental market. As she explained: «You can find work, but without a contract. If you work in people's homes, no one gives you a contract, and if you ask for one, they throw you out and find someone else».

Migrant women often function as essential yet largely invisible social shock absorbers: they sustain the functioning of households and compensate for the shortcomings of the welfare system, while simultaneously replacing Italian women in reproductive labour (Sciurba, 2015). However, these workers are frequently confined to conditions of invisibility and contractual precariousness (Fraser, 2017). As a result, the absence of formal employment not only limits labour protections but also effectively excludes migrant women from the private rental market.

Moreover, the nature of domestic work itself confines women to a private sphere that contributes not only to the lack of labour protections but also to the social isolation of migrant women. This condition makes it much harder to establish the connections that often allow individuals to cope with housing precarity through collective arrangements (Vianello, 2012). Unlike many migrant men, who often work in environments where they interact with other migrants and manage housing insecurity by sharing rooms, or even beds, with friends, relatives, or co-nationals in order to divide expenses, migrant women employed in domestic care are spatially isolated. Thus, the widespread informality of employment, combined with the spatial isolation inherent in work within private households, prevents migrant women from building support networks and securing the formal guarantees required to access the rental market.

4. *Residence Registration as a Gateway to Rights*

Without a rental contract or a formal declaration of hospitality, Myriam could not register her residence at the municipal registry office (*anagrafe*). In the Italian legal framework, residence registration represents a crucial administrative step through which formally recognized rights become concretely enforceable. It is a prerequisite for accessing several fundamental services, including enrolment in the National Health Service and social benefits such as the Italian Universal Child Allowance (*Assegno Unico e Universale*), thereby functioning as a gateway to local citizenship and social rights (Morozzo della Rocca, 2006).

Myriam was aware of this institutional framework and understood that the absence of registration reinforced her precarity, placing her in a subordinate and powerless position within the relationship with her former partner. As she explained: «I need residency, otherwise I can't get economic help or even a doctor for myself. I want to take care of myself, but I need a house. I don't want to live with him, but what else can I do?».

Although Italian legislation formally frames health as a universal human right, access to the National Health Service (*Servizio Sanitario Nazionale – SSN*), which constitutes its most direct institutional implementation, is generally tied to residence registration[4]. Without it, individuals cannot obtain a health card (*tessera sanitaria*) and therefore lack access to a general practitioner and continuous primary care. General practitioners (GPs) play a central role as gatekeepers of preventive and continuous healthcare. Registration with the SSN allows individuals to choose a GP or a paediatrician for their children, ensuring access to primary care, medical prescriptions, and referrals to specialist services (Devillanova & Spada, 2025). Without such enrolment, migrants lack continuous access to primary care and may obtain specialist treatment only through hospital emergency departments or outpatient hospital clinics (Art. 35, Legislative Decree No. 286/98).

The right to health is formally guaranteed by Article 32 of the Italian Constitution and Article 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The Italian Constitutional Court has repeatedly affirmed that this right contains an "irreducible core" that must be guaranteed to every individual as an expression of human dignity. However, in practice, registry irregularity often functions as a mechanism of exclusion, relegating migrants and people without a registered address to a form of administrative limbo and limiting their effective access to community medicine and preventive care. Scholars have noted that barriers such as the lack of enrolment with a general practitioner and irregular follow-up often lead migrants to rely disproportionately on emergency services and to experience preventable health complications. For migrant women this can significantly restrict access to primary and gender-specific care (Allegri, Banks, & Devillanova, 2022).

These barriers become particularly evident in the mechanisms regulating access to exemptions from healthcare costs. In situations of economic hardship, non-EU migrants may submit a declaration of indigence and obtain an exemption code (X01), which allows them to access healthcare services and most medications without paying the standard co-payment. However, even this mechanism may prove inaccessible in practice. To obtain the exemption, migrants are often required to demonstrate registration with employment centres as unemployed and to provide proof of previous regular employment under a formal contract for a cumulative period of several years (Galeazzi, 2016).

[4] Article 19(3) of Law No. 833 of 23 December 1978 states that "Users of the National Health Service are entered in specific registers, periodically updated by the local health authority in whose territory they are resident."

For migrant women employed in informal domestic work, who often lack both an official residence and a formal employment history, these conditions become extremely difficult, if not impossible, to meet.

Residence registration thus operates as a key administrative mechanism through which a range of rights, many of them constitutionally protected, become practically enforceable. While formally serving organizational purposes, in practice it determines access to other rights within the legal system. For women like Myriam, who are lawfully present in the territory but hold short-term residence permits, the absence of a registered address does not simply represent an administrative irregularity, but becomes a structural barrier that limits access to continuous healthcare and shapes their broader position of social vulnerability.

5. *Final Remarks*

Myriam's case illustrates how administrative and legal structures intersect with gendered power relations to produce positions of vulnerability and reinforce exposure to gender-based violence. In her case, confinement within informal domestic work and housing precarity constitute key dimensions through which these structures intersect, increasing her dependence on her former partner. The requirement of residence registration, seemingly a neutral administrative condition, emerges as a critical blind spot within this intersection. While formally designed for organizational purposes, it operates in practice as a barrier that limits access to continuous healthcare and reinforces conditions of precarity. In doing so, it contributes to reproducing asymmetries of power within the citizenship hierarchy, from which her former partner benefits. As a result, Myriam is confronted with an impossible choice: between securing essential conditions of stability within a context of violence, or facing precariousness, insecurity, and the risk of losing her child. By linking individual experiences of violence to the structural conditions that shape them, the analysis shows that preventing gender-based violence requires moving beyond responses to individual cases and addressing the institutional arrangements that produce positions of vulnerability.

VERSO UN NUOVO STATUS DI PROTEZIONE PER "RIFUGIATI CLIMATICI"? I PRIMI PASSI DELLA COMMISSIONE AFRICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DEI POPOLI

Alessia Agostelli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli effetti del cambiamento climatico: contesto africano e l'impatto stimato sui movimenti migratori. – 3. L'approccio delle istituzioni africane alle migrazioni climatiche e la diversa prospettiva della Commissione africana. – 4. Il dibattito sullo status di "rifugiato climatico". – 4.1. L'approccio dell'UNHCR e alcune proposte alternative. – 4.2. Limiti e difficoltà. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'11 marzo 2025 la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (di seguito: Commissione africana) ha adottato la risoluzione ACHPR/Res.628 (LXXXII) 2025[1], con cui ha incaricato il Relatore speciale su rifugiati, richiedenti asilo, sfollati interni e migranti di condurre uno studio per valutare l'elaborazione di un apparato giuridico specifico per la protezione di persone forzatamente sfollate in Africa come conseguenza del cambiamento climatico. Il testo al momento costituisce solo l'avvio di uno studio, ma la decisione riveste rilievo sia nel contesto istituzionale africano sia a livello internazionale.

Nonostante il proliferare di diversi studi,[2] ad oggi rimane complesso stabilire un rapporto tra cambiamento climatico, migrazioni e sistemi giuridici di tutela, data la natura multidimensionale e dinamica dei fenomeni che si

* Dottoranda in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Firenze.

[1] AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS (ACHPR), *Resolution on the need for a study on the development of a specific legal framework for the protection of forcibly displaced persons in Africa as a result of climate change*, ACHPR/Res.628 (LXXXII) 2025, 14 marzo 2025.

[2] M. BORDERON, P. SAKDAPOLRAK, R. MUTTARAK, E. KEBEDE, R. PAGOGNA, & E. SPORER, Migration influenced by environmental change in Africa: A systematic review of empirical evidence. *Demographic Research*, 41, 2019, pp. 491–544. https://doi.org/10.4054/DemRes.2019.41.18.

intersecano. Ciò ha portato all'elaborazione di diversi punti di vista su quale sia l'effettiva incidenza dei fattori ambientali sulle scelte migratorie, anche in relazione ad altri elementi influenti. Il presente contributo non si pone l'obiettivo di proporre una propria sistematizzazione della questione, ma di riportare alcune posizioni rilevanti emerse nel dibattito.

2. *Gli effetti del cambiamento climatico: contesto africano e l'impatto stimato sui movimenti migratori*

L'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM) ha descritto i migranti climatici come persone o gruppi costretti, o che scelgono, di abbandonare la propria residenza abituale a causa di cambiamenti ambientali improvvisi o progressivi, a causa dei cambiamenti climatici, che compromettono la loro vita o le condizioni di sussistenza, sia in modo temporaneo sia permanente, muovendosi all'interno del proprio Paese o oltre confine.[3] Questa definizione, apparentemente generica, fotografa bene la complessità delle dinamiche migratorie all'interno del continente africano.

Il continente è particolarmente esposto a eventi estremi (inondazioni, cicloni, incendi) e a processi lenti (siccità, desertificazione, erosione costiera, innalzamento delle temperature). Tali impatti si intrecciano con fattori demografici, socioeconomici e strutturali, influenzando direttamente mobilità e spostamenti. Secondo l'IOM[4], i conflitti rimangono tra le prime cause di spostamenti forzati, ma nel 2022 è stato registrato un picco di migrazioni interne in concomitanza con disastri ambientali. L'UNHCR[5] sottolinea come il cambiamento climatico accentui fragilità preesistenti: persone che già vivono in condizioni di sfollamento e di precarietà abitativa subiscono ulteriori colpi da eventi estremi, con crescenti difficoltà a trovare soluzioni durature. La scarsità di risorse naturali aggravata dal cambiamento climatico viene spesso riconosciuta come causa di nascita o aggravamento di conflitti, insicurezza alimentare, così come anche responsabile di immobilità di gruppi interi di persone.[6]

[3] INTERNATIONAL ORGANIZATION ON MIGRATION (IOM), *Glossary On Migration*, Ginevra, 2019, pp. 31-32.

[4] INTERNATIONAL ORGANIZATION ON MIGRATION (IOM), *Africa Migration Report (Second Edition). Connecting the Threads: Linking Policy, Practice and the Welfare of the African Migrant,* Addis Ababa, 2024, pp. 111-114.

[5] UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), *No Escape: On the Frontlines of Climate Change, Conflict Induced Displacement*, 2024, p. 29.

[6] A.THOMAS, A. SIRCAR, M. ABU, E. BOYD, L. HOWE, P. PINHO, M. SCOWN, C. SHENGA.,

Organizzazioni internazionali e, in parte, anche istituzioni africane evitano di stabilire una causalità diretta tra clima e migrazioni, preferendo sottolineare che in molti casi lo spostamento costituisce anche una strategia volontaria di adattamento, seppur questa visione è stata spesso criticata. L'orizzonte della strategia di adattamento prevede che lo spostamento sia stato valutato nel tempo, sulla base delle risorse disponibili: mette in primo piano l'*agency* delle persone migranti, l'intenzionalità del movimento. Allo stesso tempo, però, l'adattamento può non essere accessibile per chiunque. Dipende fortemente da precise circostanze e risorse relative a specifici gruppi di persone, così come dall'imprevedibilità di alcuni fenomeni climatici, dove emerge maggiormente una situazione emergenziale che induce il movimento forzato.[7]

Diverse ricerche hanno evidenziato che la maggior parte degli spostamenti climatici in Africa tende ad essere interna o interregionale, spesso ricorrente e limitata geograficamente. Zone ritenute particolarmente vulnerabili sono il Corno d'Africa, il Sahel, la regione del Bacino del Nilo Bianco, il Sudan, l'ampia area dell'Africa meridionale.[8] In ogni contesto le persone migranti, e quelle impossibilitate a muoversi, cambiano notevolmente in base sia ai fenomeni climatici, sia all'area, o a proprie condizioni socioeconomiche e appartenenza a gruppi specifici di persone.

Il quadro che ne emerge è quindi quello di una realtà altamente diversificata, dove si intrecciano migrazioni volontarie e forzate. Quando vengono trasposte nel contesto giuridico e di policy, queste dinamiche si interfacciano con quadri normativi dissimili, mostrando la necessità di risposte contestualizzate e flessibili.

3. *L'approccio delle istituzioni africane alle migrazioni climatiche e la diversa prospettiva della Commissione africana*

La risoluzione adottata lo scorso marzo dalla Commissione africana non rappresenta il primo intervento sul tema del nesso clima-migrazione, ma si distingue per l'approccio adottato: invece di focalizzarsi sulla migrazione come

Immobility in the Context of Climate Change, *Annual Review of Environment and Resources* 50, fasc. Volume 50, 2025, pp. 47–66, https://doi.org/10.1146/annurev-environ-121923-120443.

[7] K. VINKE, J. BERGMANN, J. BLOCHER, H. UPADHYAY, R. HOFFMANN, Migration as adaptation?, *Migration Studies* 8, fasc. 4, 2020, pp. 626–34.

[8] UNHCR, *No Escape*, pp. 15, 20.

strategia di adattamento, guarda alle migrazioni forzate internazionali, seppur all'interno del continente africano, e alla necessità di nuove forme di protezione.

Negli anni, l'Unione Africana (UA) e le Comunità economiche regionali (RECs) hanno adottato policy papers, strategie e piani d'azione dove hanno espresso la propria posizione riguardo al nesso clima-migrazione[9]. Sebbene risulti difficile verificarne l'effettiva implementazione,[10] tali strumenti rappresentano un punto di riferimento utile per comprendere l'approccio teorico e giuridico più diffuso nell'interpretare i fenomeni migratori analizzati.[11] Relativamente all'adattamento, viene richiamato il ruolo dell'UA e delle RECs nel favorire la libertà di movimento intra-africana. Questa era stata indicata come obiettivo già nel 1991 con il Trattato di Abuja, e successivamente rilanciata nel 2018, seppur con poco successo, con il Protocollo sulla libera circolazione delle persone, il diritto di residenza e di soggiorno, oltre che in vari accordi regionali.[12]

Per molto tempo, all'interno delle istituzioni africane non è emersa una forte necessità di discutere di un nuovo status per "rifugiati climatici" o l'idea di una causalità diretta tra cambiamento climatico e migrazioni. Più

[9] In particolare, sono stati analizzati i seguenti documenti: AU Migration Policy Framework for Africa and Plan of Action (2018-2030); African Union Climate Change and resilient development strategy and action plan (2022-2032) (AU CCDRS); IGAD Regional Climate Change Strategy and Action Plan (2023-2030); the ECOWAS Climate Strategy (RCS) and Action Plan (2022-2030), ECOWAS Disaster Risk Reduction Gender Strategy and Action Plan (2020-2030), Kampala Ministerial Declaration on Migration, Environment and Climate Change (KDMECC), (ECCAS) Central Africa Regional Strategy for Risk prevention and Disaster Management and Adaptation to Climate Change (2015), (ECCAS) Action Plan for the implementation of the Central African Regional Strategy for Gender-Responsive Risk Reduction, Disaster management and Climate Change Adaptation (2020), SADC Climate Change Strategy and Action Plan (2015).

[10] ISS AFRICA, *Turning Africa's Legal Advantages into Benefits for Climate Refugees*. Consultato 28 agosto 2025. https://issafrica.org/iss-today/turning-africa-s-legal-advantages-into-benefits-for-climate-refugees.

[11] Per completezza, si aggiunge che gli strumenti a cui si fa riferimento non sono gli unici utilizzati dagli Stati africani per indicare la propria posizione e le proprie necessità in merito al cambiamento climatico e al nesso con le migrazioni. Sotto la UNFCCC è stato istituito un meccanismo di self-report (NAPA) attraverso il quale gli Stati con economie in via di sviluppo possono evidenziare le proprie criticità e le proprie preferenze di adattamento. Descrizioni diverse rivelano priorità e necessità variegate, evidenziando l'inaccuratezza di adottare una visione universale sull'argomento.

[12] AFRICAN DEVELOPMENT BANK (AFDB); AFRICAN UNION COMMISSION (AUC), *Africa Visa Openness Index Report 204,* 2025.

frequentemente il riferimento è agli sfollati interni: l'UA si è distinta per l'adozione della cosiddetta Convenzione di Kampala, volta alla protezione e all'assistenza delle persone internamente sfollate in Africa. Tale strumento riconosce che i disastri ambientali, anche legati al cambiamento climatico, rappresentano una causa diretta di sfollamento interno.[13] Pur non equiparando questa condizione a quella di rifugiato dal punto di vista di un riconoscimento giuridico di protezione, la Convenzione introduce una serie di obblighi per gli Stati, le organizzazioni internazionali e quelle non governative, sia di prevenzione delle cause di sfollamento che di assistenza.

Con la Risoluzione del marzo 2025, la Commissione africana cambia la prospettiva: riconosce esplicitamente una causalità diretta tra cambiamento climatico e migrazioni forzate, e manifesta l'urgenza di riempire il vuoto giuridico dato dall'assenza, in Africa ma anche nel diritto internazionale, di una definizione di "rifugiati climatici" e di una misura per la loro protezione, ormai necessarie davanti all'aumento dei disastri ambientali e del numero di persone sfollate a causa di essi. La Commissione richiama, implicitamente, il principio di responsabilità comuni ma differenziate,[14] evidenziando come gli Stati africani non sono tra i principali inquinatori al mondo, ma risultano comunque essere tra i più vulnerabili di fronte al cambiamento climatico.

4. *Il dibattito sullo status di "rifugiato climatico"*

La posizione dell'Unione Africana rispetto all'istituzione di un nuovo status di "rifugiato climatico", anche se limitata al contesto africano, si inserisce in un dibattito nel quale le opinioni sulla sua necessità ed utilità sono molto divergenti. Non solo esistono sostenitori e oppositori di questa proposta, ma anche all'interno di ciascuno dei due schieramenti le motivazioni e le modalità con cui si immagina di attuare tale posizione risultano molto eterogenee.

4.1. *L'approccio dell'UNHCR e alcune proposte alternative*

L'UNHCR adotta una delle posizioni più critiche verso l'introduzione di un nuovo status internazionale di "rifugiato climatico".

[13] UA, Convenzione dell'Unione Africana per la protezione e l'assistenza degli sfollati interni in Africa (Convenzione di Kampala), adottata a Kampala il 23 ottobre 2009, artt. 1(k), 5(4).

[14] Tale principio è affermato all'art. 3 della United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC).

L'Agenzia, infatti, non sostiene l'introduzione di una nuova forma di protezione giuridica a livello internazionale,[15] sostenendo che non vi è una relazione causale specifica tra cambiamento climatico e migrazione forzata e che gli strumenti già previsti dal diritto d'asilo internazionale, regionale e nazionale, se interpretati in modo estensivo, sono in grado di offrire un margine di protezione. L'agenzia evidenzia che gli Stati hanno la possibilità di introdurre forme di protezione complementare a livello nazionale per chi, pur non rientrando nella definizione di rifugiato prevista dalla Convenzione di Ginevra del 1951, si trova in situazioni di vulnerabilità. Viene quindi invocata l'applicabilità del principio di *non-refoulement*[16] a seguito di disastri ambientali, e sostiene la possibilità di interpretare estensivamente la Convenzione di Ginevra. Dal momento che il cambiamento climatico agisce come moltiplicatore di vulnerabilità, possono configurarsi sia situazioni di fondato timore di persecuzione, ad esempio quando uno Stato non tutela intenzionalmente un determinato gruppo sociale colpito da un disastro ambientale, o nel caso di attivisti e giornalisti attaccati per il loro impegno a difesa dell'ambiente. Inoltre, la crisi climatica può intrecciarsi con dinamiche di conflitto e violenza, aggravandone le conseguenze.

Accanto alla Convenzione di Ginevra, l'UNHCR valorizza la Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA) che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa dedicando un intero studio[17] alla sua applicabilità nel contesto delle migrazioni climatiche. All'articolo 1(2) della Convenzione viene definito come rifugiato anche chi a causa di «eventi che disturbano gravemente l'ordine pubblico in una parte o nell'intero paese di origine o di nazionalità, è costretto a lasciare il proprio luogo di residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo al di fuori del proprio paese di origine o di nazionalità». L'UNHCR sostiene l'applicazione di tale strumento giuridico nel caso di migrazioni forzate collegate al cambiamento climatico e ai disastri naturali, i casi in cui la disposizione è stata applicata sono limitati. In particolare,

[15] UNHCR, Forced Displacement in the Context of Climate Change: Challenges for States Under International Law, 20 Maggio 2009, pp. 9-10, https://www.refworld.org/reference/confdoc/unhcr/2009/en/67904.

[16] Il quale è stato applicato in: Comitato diritti umani delle Nazioni Unite, Ioane Teitiota v. New Zealand, Comunicazione No. 2728/2016, 7 gennaio 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016.

[17] C. HNSEN-LOHREY, *Assessing Serious Disturbances to Public Order under the 1969 OAU Convention, Including in the Context of Disasters, Environmental Degradation and the Adverse Effects of Climate Change*, UNHCR, Division of International Protection, Ginevra, 2023 https://www.refworld.org/reference/lpprs/unhcr/2023/en/124351.

viene fatto riferimento all'accoglienza di rifugiati somali in Etiopia e in Kenya nel 2011 e 2012, a seguito di forte siccità e carestie.[18]

Pur riconoscendo l'importanza della Convenzione OUA già nella precedente risoluzione del 2021,[19] nella risoluzione di marzo 2025 la Commissione africana afferma, anche alla luce delle indicazioni pratiche consigliate dall'UNHCR, che il vuoto giuridico di protezione nel contesto africano debba essere colmato attraverso l'adozione di uno status ancora più specifico relativamente alla crisi climatica.

Tale vuoto giuridico non è stato percepito solo dalla Commissione africana, e nel corso degli anni ci sono state diverse proposte per colmarlo.

Ad esempio, Cooper[20] ha proposto di modificare l'articolo 1A della Convenzione di Ginevra del 1951, includendo come causa di riconoscimento dello status di rifugiato le condizioni ambientali degradate che mettono in pericolo la vita, la salute, i mezzi di sussistenza e l'uso delle risorse. A tal proposito però, sempre l'UNHCR, si è dimostrata sfavorevole a modifiche della Convenzione, sostenendo che ciò consisterebbe in una rinegoziazione dello status di rifugiato, con il rischio di indebolire il sistema di riconoscimento attualmente in vigore.[21]

Frank Biermann e Ingrid Boas[22] hanno invece ipotizzato come strada per l'ampliamento della possibilità di protezione un Protocollo relativo all'UNFCCC, e di un fondo dedicato, dato l'ampio supporto che la Convenzione ha ottenuto. La discussione però si muove anche al di fuori dell'ambito accademico, nel tentativo di proporre sia avanzamenti di policy o giuridici, sia promuovendo buone pratiche nella ricerca di soluzioni durature per chi è colpito dal cambiamento climatico.

Le proposte appena elencate propongono l'ampliamento della protezione

[18] S. WEERASINGHE, *In Harm's Way: International Protection in the Context of Nexus Dynamics Between Conflict or Violence and Disaster or Climate Change*, UNHCR, Division of International Protection, Ginevra, 2018, https://www.unhcr.org/in/sites/en-in/files/legacy-pdf/5c1ba88d4.pdf.

[19] AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS (ACHPR), *Resolution on Climate Change and Forced Displacement in Africa,* ACHPR/Res. 491 (LXIX) 2021, 5 Dicembre 2021.

[20] J. B. COOPER. *Environmental refugees: meeting the requirements of the refugee definition*, New York University Environmental Law Journal, Vol. 6, 1997.

[21] UNHCR, *Forced Displacement in the Context of Climate Change*, p. 10.

[22] F.BIERMANN, I. BOAS, *Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees*, in *Global Environmental Politics* 2010; 10 (1): 60–88. doi: https://doi.org/10.1162/glep.2010.10.1.60

attraverso prospettive diverse, distinte principalmente dalla diversa rigidità dello strumento promosso. L'adozione di un emendamento, modificando direttamente la Convenzione, riduce la frammentazione normativa promuovendo un documento unitario ed aggiornato. Un protocollo, invece, sia nel caso dell'UNFCCC che nel caso della Convenzione di Ginevra, è uno strumento più flessibile che non modifica direttamente il testo della Convenzione e permette un'adesione e progressione più graduale. In entrambi i casi, però, sono necessarie negoziazioni precedenti all'adozione, non solo in merito al testo capace di definire l'ampliamento dello status di rifugiato, ma anche rispetto al numero di adesioni necessarie perché le modifiche vengano adottate, e in entrambi i casi sono necessari processi di trasposizione delle nuove disposizioni nelle normative nazionali.

4.2. *Limiti e difficoltà*

Proporre modifiche allo status di rifugiato definito dalla Convenzione di Ginevra, o creare un nuovo status con negoziazioni che coinvolgano tutta la comunità internazionale, appare un obiettivo lontano da raggiungere, per diversi motivi. Come evidenziato da Mayer, nonostante il proliferare di studi sull'incidenza del cambiamento climatico sui movimenti migratori, un senso di grande difficoltà nel creare soluzioni giuridiche deriva dal fatto che nel fenomeno osservato sono molte le caratteristiche che lo allontanano dall'attuale definizione di rifugiato, con la quale viene spesso effettuato un confronto. La complessità del cambiamento climatico, unita alle differenze tra fenomeni a breve e lungo termine e alla difficile distinzione tra migrazione forzata e volontaria, rende complicato individuare in alcuni casi la responsabilità diretta o l'elemento di persecuzione ascritto nella Convenzione di Ginevra.[23] Le difficoltà nella promozione di un ampliamento dello status di rifugiato non sono relative solo ad aspetti giuridici. Migrazioni e cambiamento climatico sono indubbiamente tra gli argomenti politicamente più polarizzanti e strumentalizzati, rendendo difficile qualsiasi tipo di negoziazione. Posizioni contrarie all'ampliamento dello status di rifugiato riflettono istanze precise rispetto alla protezione dei confini nazionali, propensione alla securitizzazione delle migrazioni, e le difficili negoziazioni istituzionali internazionali riflettono imparità nella distribuzione di potere e diseguaglianze a livello globale. Non solo il

[23] B. MAYER, *Critical perspective on the identification of 'environmental refugees' as a category of human rights concern*, in MANOU, D., BALDWIN, A., CUBIE, D., MIHR, A., & THORP, T. (a cura di) *Climate Change, Migration and Human Rights*. Routledge, 2017. 28-41.

cambiamento climatico aumenta le diseguaglianze all'interno dei singoli paesi, ma aumenta anche il divario tra paesi del Nord e del Sud globale:[24] mentre i primi sono i maggiori inquinatori, i secondi subiscono maggiormente le conseguenze del cambiamento climatico e, inoltre, spesso si trovano in situazioni di forte dipendenza da schemi di collaborazione internazionale, finanziamenti e condizionalità relative. La letteratura recente, come evidenziato nel libro di Nowrin Tabassum,[25] mostra come la cornice securitaria adottata da molti attori abbia influenzato la narrazione delle migrazioni climatiche per i paesi che hanno avanzato richieste di maggiore protezione. Ingrid Boas[26] ha analizzato dinamiche simili nei rapporti tra India e Regno Unito, evidenziando come la securitizzazione del discorso sul clima plasmi politiche e relazioni internazionali. È innegabile che tendenze securitarie siano diffuse anche all'interno del continente africano, ma data l'iniziativa della Commissione africana di uno studio e una negoziazione continentale e non internazionale, è possibile che alcune delle difficoltà siano ridotte.

5. *Conclusioni*

Sebbene la decisione della Commissione africana sia circoscritta all'ambito dell'UA e dei suoi Stati membri, e sia ancora un'iniziativa in fase preliminare di realizzazione, la pronuncia offre numerosi spunti di riflessione. L'obiettivo espresso riguarda l'elaborazione di uno status specifico per gli sfollati africani, e non su scala globale, ed è significativo che, ancora una volta, il continente si muova in anticipo rispetto alla comunità internazionale su questioni di portata globale. Già con la Convenzione OAU del 1969 sui rifugiati in Africa era stata denunciata l'inadeguatezza della Convenzione di Ginevra del 1951. Con la risoluzione del marzo 2025, la Commissione africana sembra dunque ripercorrere la strada di una ricerca autonoma di soluzioni, come avvenuto con la Convenzione di Kampala che, pur ispirandosi ai Principi guida delle Nazioni Unite sugli sfollati interni, rappresenta il primo trattato internazionale giuridicamente vincolante in materia di protezione e assistenza degli sfollati interni.

[24] L. CHANCEL, P. BOTHE, VOITURIEZ, T. *Climate Inequality Report 2023,* World Inequality Lab Study, 2023/1.

[25] N. TABASSUM, *The politics of climate change knowledge: Labelling climate change-induced uprooted people*. Taylor & Francis, 2022.

[26] I. BOAS, *Climate migration and security: Securitisation as a strategy in climate change politics*. Routledge, 2015.

Alla luce delle differenti prospettive riportate nei paragrafi precedenti, e che potrebbero essere anche ulteriormente approfondite, risulta complesso individuare una visione univoca per affrontare il nesso tra cambiamento climatico e migrazioni. La forte eterogeneità, a livello globale, dei *pattern* migratori, delle risorse per l'adattamento e delle esigenze sia degli Stati sia delle persone migranti evidenzia la necessità di tutele diversificate. I due ambiti – migrazioni volontarie e migrazioni forzate –, pur restando distinti sotto il profilo della tutela giuridica, rappresentano però due facce, necessarie, della stessa medaglia. Le possibilità di adattamento non sono accessibili per tutti, ma possono essere promosse parallelamente al riconoscimento di nuove forme di protezione. L'iniziativa della Commissione africana non è universalmente risolutiva, ma si inserisce come complementare, in un orizzonte così variegato di necessità, anche solo all'interno del Continente africano. Permangono tuttavia criticità: da un lato, i dubbi sull'effettiva applicazione delle norme in contesti dove la migrazione informale, anche oltre i confini internazionali, è molto diffusa; dall'altro, il rischio di frammentazione giuridica, l'accessibilità alle informazioni relative alle procedure di riconoscimento dello status, così come la capacità materiale di accoglienza di nuovi rifugiati da parte degli Stati africani.

Sarà fondamentale seguire le prossime evoluzioni per comprendere in quale parte del dibattito si inserirà la proposta della Commissione africana, quanto la nuova proposta si discosterà dallo status attuale di rifugiato della Convenzione di Ginevra e quali soluzioni giuridiche autonome verranno elaborate.

On Collectiveness, Arbitrariness and Judicial Comity: The Hungarian Embassy Procedure before the ECtHR

Kamilla Galicz*

Summary: 1. Introduction. – 2. The parties' arguments. – 3. The Court's assessment. – 3.1. The "collective" nature of expulsion. – 3.2. Procedural obligations and the principle of *non-refoulement*. – 3.3. Effective remedy against collective expulsion. – 4. Judicial comity, deference and the Convention as a living instrument(?)

1. *Introduction*

In the ruling of 24 June 2025 delivered in *H.Q. and Others v. Hungary*,[1] the European Court of Human Rights affirmed the violation of the European Convention on Human Rights by Hungary for the collective expulsion of three applicants in breach of Article 4 of Protocol 4, the failure to comply with the procedural obligations arising from Article 3 ECHR, and the failure to ensure effective remedies under Article 13 ECHR, read in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4. The case concerned the joined applications of two Afghan nationals and a Syrian national against their removal to Serbia and the lack of effective access to the asylum procedure in the COVID-19 pandemic context. This comment aims to assess the Court's main findings in light of current trends of migration governance in Europe.

To start with, a summary of the domestic context is in order. Between 2015 and 2020, Hungary set up a complex system of migration control, whereby everyone irregularly entering or staying in the country was automatically removed to Serbia under the repeatedly-amended State Border Act, while asylum applications could be submitted only in the two transit zones placed near the borders and active until May 2020. This system was condemned by the EU Court of Justice in two rulings delivered in 2020.[2] After the closure of the

* Postdoctoral Researcher in Constitutional and Public Law, Sant'Anna School of Advanced Studies, kamillazsuzsanna.galicz@santannapisa.it.

[1] ECtHR (Second Section), judgment of 24 June 2025, *H.Q. and Others v. Hungary*, nos. 46084/21, 40185/22 and 53952/22.

[2] Cf. CJEU (Grand Chamber), judgment of 14 May 2020, *FMS and Others v Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság and Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, Joined Cases C-924/19 PPU and C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367;

transit zones in May 2020, Hungary established a preliminary phase of the ordinary asylum procedure by requiring the submission of a declaration of intent at the embassies located in neighbouring third countries.[3] This was justified on two grounds: to prevent the spread of COVID-19 and to tackle irregular migration. The embassy forwarded the declarations to the immigration and asylum authority, the National Directorate-General for Aliens Policing (NDGAP), which had 60 days to decide whether to authorise the entry of would-be applicants to formally start the asylum procedure. In practice, declarations were not thoroughly assessed, no access to courts was available, would-be applicants' reception in Serbia remained an unresolved issue and only a few people were granted authorisation of entry (19 between 2020-2024).[4] In short, the embassy procedure made it impossible to get access to asylum and was repeatedly found to be contrary to EU law.[5]

Against this background, the complaints may be summarised as follows. The first applicant had arrived in Hungary in 2018 for study purposes. After the expiry of his residence permit, he applied for asylum based on an alleged fear of persecution from the Taliban regime. The NDGAP rejected his claim within three days and ordered his removal, observing that he had to go to the Hungarian embassy in Belgrade to lodge a declaration of intent to seek asylum there, and only then could he (re-)enter the country with a single-entry permit. On the same day, he was arrested and taken to the Tompa transit zone. He was ordered to leave Hungary towards Serbia, from where he went to Austria to apply for asylum.[6] He sought to challenge his removal with a police complaint (dismissed) and an action before an administrative court. The Budapest High Court quashed the removal order issued by the NDGAP and ordered the applicant's return. Upon review, the Supreme Court set aside the High Court decision and remitted the case for re-examination, establishing that the removal order had fallen within the police's discretion. The High Court quashed again the removal order establishing that it had been indeed issued

judgment of 17 December 2020, *European Commission v. Hungary*, Case C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029.

[3] After the outbreak of the war in Ukraine, only Belgrade.

[4] The calculation based on the statistics released by the annual Asylum Information Database (AIDA) reports of the European Council on Refugees and Exiles.

[5] See CJEU, judgment of 22 June 2023, Case C-823/21, *European Commission v. Hungary*, ECLI:EU:C:2023:504; judgment of 13 June 2024, Case C-123/22, *European Commission v. Hungary*, ECLI:EU:C:2024:493.

[6] ECtHR, *H.Q. and Others v. Hungary*, §§ 5-8.

by the NDGAP, which was upheld by the Supreme Court.[7] Also, the applicant launched court proceedings against the rejection of his asylum claim. The High Court set aside the rejection decision and remitted the case for re-examination. The NDGAP terminated the asylum procedure under the Dublin III Regulation, concluding that he had already applied for asylum in Austria.[8]

The second and third applicants arrived in Hungary from Serbia in 2022, i.e., after the introduction of the embassy procedure. Both were involved in traffic accidents in a smuggler's van, and taken to a hospital, where they expressed their wish to apply for asylum. Yet, they were taken by the police, driven to the Serbian-Hungarian border and ordered to leave the country. The police merely registered their personal data but did not formalize their wish to apply for asylum.[9] The second applicant submitted the declaration of intent at the Belgrade embassy. After two months, the NDGAP informed the embassy of the rejection of his declaration without issuing a reasoned decision. The Budapest High Court quashed the rejection and ordered the NDGAP to take a formal decision. Accordingly, the NDGAP issued a formal rejection, arguing that Serbia was a safe third country. Again, the Budapest High Court quashed the decision, stressing that the safe third country concept as applied by Hungary and the embassy procedure were found to be contrary to EU law.[10] The third applicant unsuccessfully challenged his removal both via police complaint and administrative appeal.[11]

2. *The parties' arguments*

Before the ECtHR, the applicants claimed that their removal amounted to collective expulsion in breach of Article 4 of Protocol 4, against which they did not have access to effective remedies within the meaning of Article 13 ECHR. Regarding the effectiveness of the embassy procedure, they stressed that it violated EU law. Furthermore, the first applicant argued that he did not come within the personal scope of this procedure, for he had arrived in Hungary in 2018 and hence was entitled to stay there pending his claim, while the second applicant stressed that this procedure lacked any procedural

[7] §§ 9-16.
[8] §§ 17-21.
[9] §§ 22-26, 31-36.
[10] §§ 27-30.
[11] §§ 37-39.

safeguards.[12] The first and third applicants argued that domestic authorities exposed them to a risk of chain *refoulement* from Serbia in breach of Article 3 ECHR.[13]

The government objected that the removal was not collective and stressed that the embassy procedure provided the only legal pathway for asylum-seekers.[14] As for the first applicant's complaint under Article 3 ECHR, Hungary opined that he acted in bad faith, for his claim was instrumental to regularise his stay, while in the third applicant's case Serbia could be considered a safe third country.[15] The government observed that Article 13 ECHR did not provide a right to challenge the automatic removal under the State Border Act before a national authority on the grounds that this law was contrary to the ECHR, and the complaint did not essentially differ from that under Article 4 of Protocol 4.[16] Also, the government emphasised that domestic courts' practice indeed provided an effective remedy even in the absence of a clear national legal basis.[17]

3. *The Court's assessment*

The ECtHR held Hungary accountable for violating Article 4 of Protocol 4, Article 3 ECHR, as well as Article 13 ECHR taken in conjunction with Article 4 of Protocol 4. The ruling reaffirms the Court's stance *vis-à-vis* collective expulsions from Hungary as established in *Shahzad* (no. 12625/17), *S.S. and Others* (nos. 56417/19 and 44245/20) and *M.D. and Others* (no. 60778/19), and the risk of *refoulement* as laid down in *S.S. and Others* and numerous transit zone judgments grounded on *Ilias and Ahmed* (no. 47287/15) and *R.R. and Others* (no. 36037/17). This comment focuses on three core issues: the collectiveness of expulsion, states' procedural duties stemming from the principle of *non-refoulement*, and the effectiveness of remedies.

3.1. *The "collective" nature of expulsion*

[12] §§ 97-100.
[13] §§ 128-129.
[14] §§ 101-103.
[15] §§ 130-131.
[16] § 144.
[17] § 152.

To assess whether the applicants' removals amounted to collective expulsion, the Court reiterated the principles laid down in *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (no. 27765/09), *Khlaifia and Others v. Italy* (no. 16483/12) and *N.D. and N.T. v. Spain* (nos. 8675/15 and 8697/15). It recalled that the decisive criterion is the absence of «a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group».[18] Exceptions are permissible insofar as they are attributable to the applicant's conduct.[19] In such cases, state responsibility depends on a two-fold scrutiny: first, whether the state provided «genuine and effective access to means of legal entry»; second, whether the applicants had cogent reasons not to avail themselves of these means, which must be grounded on objective facts attributable to the state.[20] Against these principles, the Court underscored that routine expulsions to Serbia and the practice of transit zones have been found to breach EU law.[21]

Then the ECtHR examined the three complaints separately. As for the first applicant (removed individually), the Court reaffirmed that the collectiveness of expulsion «does not need to be determined by membership of a particular group or one defined by specific characteristics such as origin, nationality, beliefs or any other factor».[22] The crucial factor to determine collectiveness is «the nature of the measure, rather than the manner of its execution» i.e., the simultaneous physical removal of a group.[23] The Court observed that the embassy procedure could not offer him a genuine and effective means of legal entry, as he had stayed in Hungary legally for years. Stressing that the prohibition under Article 4 of Protocol 4 «enshrines a fundamental right that must be safeguarded independently of any considerations of social utility», the Court found that his removal was indeed collective in breach of this provision.[24]

Concerning the second and third applicants, the ECtHR pointed out that they were removed without any individual decision or an assessment of the health risks arising from the removal. Referring to the CJEU's 2023 judgment, the ECtHR stressed that this procedure failed to attain the goal of preventing

[18] § 105.
[19] § 106.
[20] *Ibid.*
[21] §§ 107-109.
[22] § 112.
[23] § 113.
[24] §§ 115-116.

the spread of SARS-CoV-2.[25] As for the aim related to immigration control, the Court recognised that while tackling the abuse of asylum systems and migrant smuggling are legitimate objectives, «the problems which States may encounter in managing migratory flows or in the reception of asylum-seekers cannot justify recourse to practices which are not compatible with the Convention or the Protocols thereto».[26] To assess whether the embassy procedure would ensure genuine and effective access to the status determination procedure, the ECtHR relied on the CJEU's rulings delivered in the infringement procedures, UNHCR and AIDA reports to stress the «uncertainty, a lack of transparency and, most importantly, the risk of arbitrary application» arising from the lack of adequate safeguards[27]. On this basis, the Court found the breach of Article 4 of Protocol 4 in relation to the second and third applicants as well.[28]

3.2. *Procedural obligations and the principle of* non-refoulement

As for the first and third applicants' claim under Article 3 ECHR, the Court recalled that the principle of *non-refoulement* embodied in this provision requires domestic authorities to assess whether by removing foreigners they would expose them to the risk of torture or other forms of ill-treatment. In case of asylum-seekers, the state shall first assess whether access to an adequate asylum procedure is ensured in the third country.[29] In case of automatic removals, it shall thoroughly examine whether there is a real risk of being denied access to the asylum procedure, and neither the fact that the third country is a party to the ECHR and the Geneva Refugee Convention – like Serbia – nor existing guarantees (i.e., it is included in the national list of safe third countries within the meaning of EU law) exempt the removing state from this duty.[30]

Reaffirming its case law on transit zones, the Court concluded that Hungary failed to assess whether the applicants could have effective access to the embassy procedure or an adequate asylum procedure in Serbia.[31] Instead, they «were induced to enter and stay in Serbia illegally, and faced the predicament

[25] §§117-119.
[26] § 120.
[27] §§ 121-122.
[28] §§ 123-125.
[29] §§ 132-134.
[30] §§ 135-136.
[31] §§ 137-139.

associated with such a stay».[32] The Court held that «from the perspective of Article 3, a Contracting State cannot deny an asylum-seeker access to its territory or remove him or her, even on the assumption that that person might be able to return through some other means of entry, without a proper evaluation of the risks that such a denial or removal might have for his or her rights protected under that provision»,[33] finding the breach of Article 3 ECHR.[34]

3.3. *Effective remedy against collective expulsion*

To examine whether the applicants had access to an effective remedy against their removal, the Court reiterated the three-pronged test laid down in *Khlaifia and Others v. Italy*: (1) effectiveness must be secured by the law and demonstrated in practice; (2) it requires a sufficiently thorough examination of the applicant's complaints against collective expulsion; (3) such examination must be conducted by an independent and impartial domestic forum.[35] In light of these standards, the Court observed that the domestic legislation did not provide any remedy to challenge the removal and even if such a remedy existed, it could not prevent the expulsion carried out immediately in a systematic manner. Similarly, the police complaints were not successful either.[36]

The Court underscored that domestic courts' practice to challenge removals in administrative proceedings implied only *ex-post* review. On the contrary, national authorities should have granted all three applicants a remedy with suspensive effect.[37] The Court added that the Budapest High Court reached the same conclusion in the appeal proceedings concerning the rejection of the first applicant's claim, but this didn't change his situation at all.[38] Last, relying once again on the CJEU's judgments, the ECtHR rejected the argument that the removal would be a permissible derogation under the Return Directive. In light of the foregoing, the Court found the violation of Article 13 ECHR read in conjunction with Article 4 of Protocol 4.[39]

[32] § 140.
[33] *Ibid.*
[34] §§ 141-142.
[35] § 154.
[36] §§ 155-157.
[37] *Ibid.*
[38] § 158.
[39] §§ 159-160.

4. *Judicial comity, deference and the Convention as a living instrument(?)*

Apparently, the ECtHR's judgment does not come as a surprise: it reaffirms established principles and condemns again a recalcitrant state that openly defies the rule of law, democracy and human rights. So, nothing new under the sun? If one reads between the lines, the judgment in *H.Q. and Others* contains some important remarks. First, the ECtHR sets aside its traditional attitude as Europe's senior human rights court that does not refer to other judicial decisions. Instead, it repeatedly appreciates both the rulings and practice of national courts and the CJEU's judgments. The ECtHR could find the breaches of the ECHR by merely reiterating its previous case law; yet, in this ruling it does so with a gesture of judicial comity. Indeed, the Court is neither compelled to nor is it usually keen on entering into a 'dialogue' with other judges. In the long run, will this open appreciation of converging protection standards lead to a "common judicial enterprise"[40] in the migration and asylum field?

Against high hopes, the picture is more nuanced. The judgment reiterates that migration management cannot justify practices contrary to the ECHR and stresses that Article 3 ECHR precludes the denial of asylum-seekers' access to the territory or their removal without a proper examination of the risk of *refoulement*. Overall, the Court reaffirms the Convention's interpretation as a living instrument to address newly arising protection needs.[41] In the broader context, this ruling was delivered shortly after the controversial inadmissibility decision in *S.S. and Others v. Italy*[42] concerning *refoulement* by proxy, in which the Court showed deference to Italy regardless of the compelling circumstances of collective pushbacks at sea. Both judgments converge on the argument that immigration control cannot legitimise practices that are in breach of the Convention; yet, the outcomes of the cases cannot be more different. The two rulings confirm once again that the Court is utterly perceptive of the surrounding socio-political context, especially when it comes to sensitive topics like migration and asylum, whereby it struggles to find a balance between a protective attitude and a deferential one.[43] To conclude, the question arises

[40] A-M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, no. 1/1995, pp. 99-137, quote at 122.

[41] G. LETSAS, *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer*, in *The European Journal of International Law*, no. 3/2010, pp. 509–541.

[42] ECtHR, decision on inadmissibility of 20 May 2025, *S.S. and Others v. Italy*, no. 21660/18.

[43] M. BÄUMGARTEL, *Demanding Rights: Europe's Supranational Courts and the Dilemma of Migrant Vulnerability*. Cambridge, 2019, especially, Chapter 5.

whether by setting the Convention's protection floor at a minimum level the ECtHR is taking its subsidiary role too seriously. Or is the Court just waiting for a better moment to address other well-documented human rights abuses of European externalisation policies?

Finito di stampare nel mese di settembre 2026
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli