

Lucia Tria

La fame non basta per trovare aiuto?¹

SOMMARIO: 1.- Lo Stato di diritto: pilastro del sistema di protezione e accoglienza dei migranti, per la UE e per l'Italia. 1.1.- Lo Stato di diritto nell'Unione europea. 1.2.- Lo Stato costituzionale di diritto dei nostri Padri Costituenti. 2.- Il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni 3.- La fase dell'arrivo nel territorio nazionale. 4.- In particolare: le violazioni del diritto ad un "ricorso effettivo". 5.- Altre questioni critiche. 6.- Migranti "forzati" e migranti "economici". 7.- Migranti e "golden migrants". 8.- La persistente molteplicità di giurisdizioni nella tutela degli stranieri extracomunitari. 9.- La protezione dei migranti "forzati" in Italia. 10.- I permessi per motivi umanitari. 11.- Presupposti sostanziali per il riconoscimento della protezione umanitaria e conseguente soluzione delle relative questioni di giurisdizione. 12.- Giurisprudenza di merito recente. 13.- Conclusioni.

1.- Lo Stato di diritto: pilastro del sistema di protezione e accoglienza dei migranti, per la UE e per l'Italia.

Le difficoltà che si riscontrano in tema della **tutela del diritto della privacy** dei migranti – tra esigenze di identificazione e protezione dei dati sensibili – sono lo **specchio delle criticità** che, in linea generale, ci troviamo ad affrontare con riguardo alla situazione dei migranti extra-UE in Italia e in Europa.

Quella dei migranti, infatti, è una situazione che, di per sé, implica il **bilanciamento** tra le ragioni controllo delle frontiere nonché di tutela della sicurezza, della sanità pubblica e dell'ordine pubblico – alle quali si collegano le esigenze di identificazione, che peraltro corrispondono anche ad altri peculiari interessi delle persone – e ragioni di tutela dei diritti fondamentali delle persone, cui è correlata la protezione dei dati sensibili.

Questo vale per i singoli Stati UE e per l'Unione nel suo complesso.

Così, nel **nostro ordinamento**, come da tempo ci insegna la Corte costituzionale, se, per quanto concerne l'ingresso e la circolazione nel territorio nazionale (art. 16 Cost.), la situazione dei suddetti migranti non è uguale a quella dei cittadini italiani – e finora anche europei – tuttavia i migranti sono riconosciuti titolari di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona (si vedano, per tutte, le sentenze n. 203 del 1997, n. 252 del 2001, n. 432 del 2005, n. 324 del 2006, n. 148 del 2008).

Allo stesso modo **in ambito UE** quando, nel trattato di Lisbona e nel coevo Programma di Stoccolma, si è stabilito di rendere comunitarie le politiche in materia migratoria lo si è fatto nell'idea che esse dovessero riguardare entrambi i due suddetti aspetti, in modo bilanciato.

Del resto, nel **TFUE** è stata prevista una responsabilità diretta della UE in materia di gestione integrata delle frontiere (art. 77), di gestione di tutte le fasi del processo migratorio (art. 79), di accoglienza delle persone (art. 78) e si è stabilito che le politiche della UE in questa materia e la loro attuazione siano "governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità" tra tutti gli Stati membri, non solo sul piano finanziario (art. 80).

¹ Questo scritto è tratto dalla relazione – dal titolo "Immigrazione e disagio sociale: due realtà da trattare insieme" – tenuta, presso la Sala "Europa" - Corte d'Appello di Roma, il 31 maggio 2016 nel VII Seminario – "Identificazione dei migranti e dati sensibili per assistenza protezione internazionale e pubblica sicurezza" – del Corso: "Diritto della privacy: riservatezza, identità personale e tutela dei dati", organizzato da Ufficio della formazione decentrata dei magistrati, Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, Fondazione Scuola Forense "Vittorio Emanuele Orlando", Centro Studi in materia di Diritti Umani e Fondamentali, con il patrocinio dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali.

Va anche detto che se, con il proliferare delle fonti diverse di produzione di norme e con la globalizzazione, è ormai acclarata l'adozione, da parte della **scienza giuridica**, di approcci e modelli caratteristici delle **scienze sociali**² – le quali, nell'ambito della categoria delle c.d. "scienze umane", sono caratterizzate dal fatto di studiare comportamenti collettivi – questa caratteristica **si manifesta** in modo particolarmente evidente nel diritto dell'immigrazione.

Ciò accade, in primo luogo, nello **svolgimento dell'attività giurisdizionale**, che, in linea generale, viene considerato il momento in cui il diritto riceve la sua manifestazione maggiormente significativa, soprattutto se si tratta di risolvere controversie in materia di diritti fondamentali, come, normalmente, sono quelle in materia di immigrazione.

Ma per le questioni attinenti l'immigrazione – e questo ne rappresenta un'altra peculiarità – hanno grande influenza sia le **prassi** amministrative dei vari Paesi sia i **comportamenti** dei cittadini europei e, in particolare, quelli dello Stato di possibile accoglienza, visto che prassi e comportamenti sbagliati possono addirittura determinare lesioni di diritti fondamentali senza la possibilità per la vittima di ricorrere ad un giudice.

È del tutto evidente che oggi nel nostro continente tali situazioni, purtroppo, sono piuttosto frequenti.

Allora forse è bene ricordare ciò che fino a qualche anno fa si dava quasi per scontato e cioè che il pilastro del sistema di protezione e accoglienza dei migranti è lo **Stato di diritto** sia per la UE sia per l'Italia, essendo questo il principio fondante di entrambi i suddetti ordinamenti, benché sia declinato in modo rispettivamente differente in ognuno di loro, data la loro intrinseca diversità.

1.1.- Lo Stato di diritto nell'Unione europea.

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

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

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

² L'appartenenza della scienza giuridica alle scienze sociali ha dato luogo a vivaci dibattiti. Peraltro, nel corso del tempo l'impostazione formalistica di origine kantiana – ripresa da Kelsen – secondo cui la scienza giuridica, studiando il "dover essere e non l'essere" non sarebbe una scienza sociale, ha conosciuto un graduale declino; e ad esso ha fatto riscontro la ripresa della tradizione della giurisprudenza sociologica, inaugurata all'inizio del XX secolo da Hermann Kantorowicz e da Eugen Ehrlich. Questo fenomeno viene collegato a due motivi fondamentali che trascendono l'ambito disciplinare del diritto: da un lato il mutamento sociale e il proliferare della produzione di norme, che ha reso sempre più difficile concepire l'ordinamento giuridico come un sistema coerente; dall'altro il processo di globalizzazione, che ha sempre più imposto il confronto tra norme appartenenti a ordinamenti diversi favorendo altresì l'affermarsi di 'fonti' normative sovranazionali. Ciò ha condotto a considerare sempre più il diritto non tanto come un sistema normativo quanto come un fenomeno sociale, spostando al tempo stesso l'accento dal 'sistema' giuridico alla cultura giuridica: in questa maniera la scienza giuridica si è venuta accostando alle scienze sociali, e ha adottato approcci e modelli caratteristici di quest'ultime (vedi: P. Rossi, voce "Scienze sociali" in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1997, www.treccani.it

Tali strumenti finora non sono stati mai adoperati, ma va ricordato che a giugno 2015 la Commissione ha minacciato di utilizzarli nei confronti dell'Ungheria, quando il primo ministro **Viktor Orbàn** ha sfidato la UE annunciando che avrebbe sospeso e a tempo indeterminato l'applicazione dell'accordo "Dublino 3" che regola l'accoglienza dei rifugiati nei Paesi dell'Unione. Ma poi le minacce non hanno avuto seguito perché, il giorno dopo le suddette dichiarazioni del primo ministro, Peter Szijjarto, ministro degli Esteri ungherese si è affrettato a smentirle precisando che l'Ungheria non aveva mai avuto intenzione di sospendere il suddetto accordo.

Comunque, pochi mesi dopo, a dicembre 2015, la Commissione UE ha aperto una **procedura di infrazione** – che è l'ordinario strumento di controllo del rispetto del diritto UE – contro le modifiche alla legislazione nazionale introdotte dal governo ungherese di Viktor Orbàn per facilitare e velocizzare le espulsioni, rilevando che in diversi punti le nuove regole non rispettano i diritti dei migranti.

E tale procedura è pendente.

1.2.- Lo Stato costituzionale di diritto dei nostri Padri Costituenti.

D'altra parte, per quanto riguarda l'Italia, i nostri Padri costituenti hanno stabilito, al primo comma dell'art. 1 della Carta **che «l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro»**, creando così un profondo collegamento tra democrazia e lavoro, nel senso di configurare la questione democratica come questione del lavoro³ e, nello stesso tempo, di intendere il lavoro dei singoli consociati non solo come il mezzo con cui mettere a frutto i propri talenti e procurarsi un reddito, ma soprattutto come lo strumento principale per dare «un contenuto concreto» alla partecipazione del singolo alla comunità e per tutelarne la **dignità**, la cui inviolabilità non è proclamata espressamente da nessun articolo della Costituzione (diversamente da quel che accade in altre Carte) nell'idea che circoscrivere in una disposizione tale concetto avrebbe potuto equivalere a sminuirne la portata, mentre esso rappresenta il **"valore fondante"** di tutta la Carta.

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

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

Questo modello di Stato volto a favorire il benessere dei consociati è il nostro **Stato costituzionale di diritto**, così chiamato perché in esso la legge fondamentale è la Costituzione, che deve essere rispettata non solo dall'amministrazione e dalla giurisprudenza, ma anche dal legislatore ordinario, sotto il controllo della Corte costituzionale.

Questo Stato è stato concepito come **rivolto non soltanto ai cittadini** ma anche ai non cittadini.

³ G. ZAGREBELSKY, *"Fondata sul lavoro". La solitudine dell'articolo 1*, Einaudi, 2013

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

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

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

Ma è altrettanto chiaro che anche la UE nel suo complesso e gli Stati che ne sono membri devono affrontare la questione migratoria nel pieno rispetto dei trattati, perché questo è per loro un **impegno vincolante** e, come si è detto, tale impegno comporta di prendere in considerazione sia l'aspetto securitario sia quello umanitario del fenomeno.

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

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

In particolare, senza porre la dovuta attenzione alle analisi fatte dalle **Organizzazioni del settore**, a partire dall'UNHCR – nelle quali veniva sottolineato che il vertiginoso aumento dei migranti forzati cui stiamo assistendo è, in buona misura, pure un "effetto perverso" della impostazione prevalentemente poliziesca data finora alla politica e alla prassi migratoria UE – si è rafforzata sempre di più la impostazione securitaria, che ha le sue origini nel 1999, quando l'acquis di Schengen è stato integrato nel quadro istituzionale e giuridico dell'Unione europea in virtù di un Protocollo allegato al trattato di Amsterdam e ciò ha comportato l'allargamento dello spazio Schengen, per il quale gli Stati UE hanno avvertito con sempre maggiore intensità la necessità di rafforzare i controlli alle frontiere.

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

Tale impostazione, però, ha anche ostacolato iniziative della UE, nel suo complesso, volte a creare un dialogo costruttivo con i **Paesi di origine e di transito** dei migranti, specialmente in Africa.

In particolare, per molti anni, non si è posto alcun collegamento tra la **politica estera dell’UE** e dei singoli Stati – in Africa, in Iraq, in Iran, in Siria etc. – rispetto alla creazione di situazioni di instabilità socio-politica che spesso sono la causa dell’aumento dei flussi migratori.

E tutto questo oltre a produrre la situazione che stiamo vivendo in questi ultimi mesi ha alimentato **sentimenti xenofobi, razzisti e antieuropeisti**, sulla scia della logica della “paura dell’altro”. E da questi sentimenti sono nati partiti politici che li veicolano, la cui presenza imponente rischia di far crollare tutto il “progetto” europeo, così faticosamente creato.

E già se ne vedono alcune conseguenze nella spaccatura che spesso si verifica al livello decisionale – sui più vari argomenti – tra **Stati del Nord Europa e Stati del Sud** Europa, spaccatura che fino a pochi anni fa era molto meno marcata.

Inoltre, questo atteggiamento alimentato da **sentimenti solo negativi** nei confronti dei migranti ha reso i Governi incapaci non solo di fare scelte coraggiose – magari poco gradite ai loro elettori – ma anche di tenere conto delle previsioni fatte dalla stessa **Commissione UE**, che in un report diffuso nell’autunno 2015, aveva previsto che, nel corso del 2016, sarebbe potuto arrivare in Europa un numero di migranti di molto superiore rispetto a quello delle persone giunte nel 2015, evidenziando le difficoltà, politiche ed economiche, che si sarebbero potute presentare per la relativa accoglienza, ma soggiungendo che, malgrado tali problemi nel breve periodo, comunque la presenza dei migranti in Europa è da considerare come un elemento idoneo a influire in maniera positiva sulla situazione finanziaria dei Paesi ospitanti, specialmente nel medio-lungo periodo.

Insomma, si è prodotta una situazione che – oltre a potersi tradurre, nei fatti, in un **isolamento del nostro Paese**, in patente contrasto con la solidarietà reciproca che gli Stati UE si sono impegnati a darsi – dimostra che il nostro continente, da sempre considerato un “faro di civiltà giuridica”, si sta imbarbando e non riesce a riflettere sulla necessità di fare tesoro delle **esperienze del passato** onde evitare di perseverare su strade sbagliate, né riesce a fare scelte politiche di ampio respiro, nel campo dell’immigrazione, così come per il lavoro e per il disagio sociale in genere, come ha denunciato anche la Commissione UE nel fare un bilancio di medio termine della riuscita della **Strategia Europa 2020**, varata dalla Commissione UE nel marzo del 2010 “come strategia integrata a lungo termine dell’UE per rilanciare la crescita e l’occupazione e aiutare l’Europa ad uscire dalla crisi”.

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

Ebbene, in sede di **bilancio intermedio**, la Commissione UE ha evidenziato che i progressi verso la realizzazione degli obiettivi di Europa 2020 sono stati frenati dalle **disparità sempre più forti tra gli Stati membri**, e spesso al loro interno. In particolare, benché

l'obiettivo fosse quello della convergenza delle economie della UE, invece la crisi ha accentuato il divario tra gli Stati membri più efficienti e quelli meno efficienti e sono anche aumentate le differenze tra le regioni di uno stesso Stato membro e dei vari Stati membri.

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

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

E questo, ovviamente, vale anche per **l'immigrazione che, insieme con l'inclusione sociale, è il vero "banco di prova"** della UE perché si tratta di tematiche che – trasversalmente – vengono a toccare le fondamenta stesse dell'Unione e, quindi, ne condizionano lo sviluppo economico e culturale.

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

2.- Il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni.

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

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

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

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

Purtroppo, tale cambiamento culturale non si è verificato – nel nostro Paese, ma soprattutto negli altri Paesi UE – e così spesso accade che i migranti – i quali, come tutti i soggetti deboli, dovrebbero essere quelli nei cui confronti i suddetti principi dovrebbero trovare più scrupolosa applicazione – fin dal loro **primo arrivo** nel territorio nazionale, possano subire violazioni dei propri diritti fondamentali, a partire dal **diritto di difesa**, inteso in senso ampio, cioè non legato alla realtà processuale.

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

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

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

Comunque l'anzidetto ruolo prioritario del diritto di difesa è del tutto comprensibile anche ove si consideri che i migranti – che, come si è detto, sono per definizione soggetti deboli, anche quando non appartengono a specifiche categorie protette (es. minori, invalidi etc.) – fin dalla fase di arrivo nel nostro territorio si trovano ad essere destinatari di **una serie di norme di segno diverso** dettate, rispettivamente, a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica (e contenute principalmente nel TU sull'immigrazione) e dei diritti fondamentali dell'immigrato (contenute principalmente nella nostra Costituzione, nella normativa UE, nella Carta dei diritti fondamentali UE, nella CEDU, oltre che nelle convenzioni ONU ratificate dall'Italia), il cui coordinamento – che è tutt'altro che agevole anche per gli “addetti ai lavori” – risulta spesso incomprensibile (anche per ragioni linguistiche) agli interessati e contribuisce ad indebolirne la già precaria condizione.

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

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

internazionale e apprezzarne le **criticità persistenti**, pur dopo le modifiche di tipo processuale introdotte dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69) e la interpretazione evolutiva della Corte di cassazione in materia di riparto di giurisdizione sulle controversie riguardanti i provvedimenti di trattenimento illegittimi (a partire dalle ordinanze delle Sezioni unite 13 giugno 2012, n. 9596 e 12 dicembre 2012, n. 22788) e sui respingimenti (Cass. SU 17 giugno 2013, n. 15115 e Cass. SU 10 giugno 2013, n. 14502, citate).

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

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

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

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

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

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

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

Nella conferenza di presentazione del **rapporto sull'Italia** il direttore del CIR dell'epoca, Christopher Hein, ha sottolineato che dai dati raccolti era emerso con chiarezza come coloro che cercano di arrivare in Italia e che muoiono nel mare Mediterraneo per la maggior parte sono persone che necessitano di protezione internazionale. Pertanto, ha rilevato, che è indispensabile prevedere modalità di **ingresso protetto**, come la possibilità di richiedere asilo presso le ambasciate e i consolati, il rilascio di visti umanitari temporanei e il reinsediamento per rifugiati, in quanto è indispensabile cercare vie alternative di ingresso per permettere ai migranti di arrivare in maniera sicura in un posto sicuro.

4.- In particolare: le violazioni del diritto ad un "ricorso effettivo".

Le **prassi più arbitrarie** riscontrabili nella fase di arrivo sono quelle che comportano l'allontanamento del migrante senza un **provvedimento** da cui risulti tale respingimento e che sia, quindi, impugnabile.

Questo si traduce, infatti, una patente violazione del fondamentale **diritto ad un "ricorso effettivo"**, consacrato dal diritto internazionale ed europeo (vedi: art. 13 CEDU e art. 47 della Carta UE) e riconosciuto dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo.

Ciò ha caratterizzato, ad esempio, le – oggi condannate dalla Corte di Strasburgo – riammissioni dell'Italia, in particolare verso la Grecia, che consistono nei fatti in **"respingimenti immediati informali"** e che il Governo italiano non ha mai voluto considerare "respingimenti" – esplicitamente vietati dal Codice Frontiere Schengen alle frontiere interne degli Stati membri – configurandoli come atti di semplice riaffidamento ai comandanti dei traghetti senza alcuna formalità.

E questo caratterizza anche i respingimenti collettivi, per i quali l'Italia è stata più volte condannata dalla Corte di Strasburgo, da ultimo con la sentenza 1 settembre 2015, **Khlaifia e altri c. Italia**, riguardante un caso di respingimento collettivo verso la Tunisia di alcuni cittadini tunisini, avvenuto a ridosso delle c.d. primavere arabe.

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

Sappiamo che il suddetto diritto fondamentale è configurato dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo come garanzia volta ad evitare che le persone che necessitano di protezione internazionale e/o umanitaria siano ingiustamente rimandate nei Paesi dove la loro vita e la loro libertà sarebbero a rischio.

Ostacolarne o impedirne l'esercizio non è quindi solo un grave vulnus all'intero sistema di garanzie che abbiamo creato in Europa, ma è anche un modo **per calpestare la dignità dei più deboli** e questo è, non solo giuridicamente, ma proprio umanamente inaccettabile.

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

- a) in alcuni Paesi lo strumento adoperato è quello della previsione di **tempi molto brevi** per presentare ricorso, come accade, ad esempio, di regola in Ungheria, Regno Unito e Paesi Bassi, ma anche in Francia e in Germania per le procedure di ammissibilità alla frontiera;

- b) in altri Paesi si raggiunge il medesimo risultato per effetto dell'**assenza di un regime di sospensione automatica dell'ordine di espulsione** conseguente alla proposizione del ricorso da parte del migrante, come accade, per esempio, in Italia, Paesi Bassi e Austria, ove è prevista la necessaria presentazione di una separata richiesta per la sospensione del provvedimento espulsivo.

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

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

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

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

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

Eppure è notorio – e lo ha autorevolmente ribadito anche l'organizzazione dei gesuiti JRS Europa ⁴, proprio a commento delle anzidette modifiche del CEAS – che "l'unico modo in cui il sistema di asilo dell'UE può funzionare umanamente" è quello di dare la possibilità agli interessati di "influenzare personalmente **la scelta del Paese** di destinazione".

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

5.- Altre questioni critiche.

⁴ JRS è il Servizio dei Gesuiti per i Rifugiati, che come risulta da www.theeuropeexperience.eu è un'organizzazione cattolica mondiale che opera in oltre 50 paesi, la cui missione è quella di accompagnare, servire e difendere i rifugiati. In Europa, il JRS è presente in 12 paesi dell'UE nonché in Macedonia, Kosovo e Ucraina. www.jrseurope.org

Va comunque considerato che il fondamentale diritto di difesa del migrante può subire, fin dalla fase dell'arrivo, anche altre violazioni – dalle quali può dipendere il destino della persona – e che possono essere rappresentate, fra l'altro, dall'inadeguatezza dei **servizi di informazione, di interpretariato e di orientamento legale alle frontiere e delle prassi seguite al controllo delle frontiere** stesse, spesso senza una aggiornata informazione delle situazioni dei Paesi di origine dei migranti (COI) e senza garantire all'UNHCR e alle ONG il libero e pieno avvicinamento ai potenziali richiedenti protezione internazionale.

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

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

6.- Migranti "forzati" e migranti "economici".

Ma quel che più conta è che non solo, negli ultimi anni, non si è verificato il **"cambiamento culturale"** auspicato dal CIR ma si sono sempre più diffusi comportamenti di tipo discriminatorio, a volte addirittura inconsapevoli, che stanno mettendo in pericolo le democrazie europee.

La loro principale causa viene individuata nella **crisi della politica** e nella sua incapacità di dare risposte convincenti rispetto ai mali della "globalizzazione" e il mezzo con il quale maggiormente si diffonde è quello di trattare la questione dell'immigrazione – che ormai tutti individuano come quella che maggiormente divide gli Stati UE – in modo che vada a collidere con quella del **disagio sociale**, aumentato per effetto della crisi iniziata nel 2008, anziché esserne considerata parte integrante, come accade in sede ONU.

Nella stessa ottica, si tende ad usare il termine generico **migranti** spesso senza percepire che esso **accumuna realtà molto diverse** (per Paesi di provenienza e situazioni soggettive) che ovviamente richiedono discipline tra loro **differenti** – pur dovendo tutte rispondere al canone fondamentale del **rispetto della dignità umana** – ma anche, in assoluto specifiche.

Così, per esempio, siamo i primi a distinguere tra un francese e un danese e un italiano etc. o, addirittura, tra un napoletano, un palermitano, un romano, un milanese, ma poi i nostri mass-media parlano in modo indistinto di "migranti" oppure di **migranti africani** o anche di migranti indiani o bangladesi, quando, per quel che riguarda l'Africa, nella sola Nigeria – che è il Paese africano con il maggior numero di abitanti nel 2012 ne aveva 170.123.740 (e si prevede che nel 2050 ne possa avere 264.262.405) – vi sono più di 250 gruppi etnici differenti e, quanto all'Asia, è noto che Cina e India insieme hanno più di 2 miliardi e mezzo di abitanti, ovviamente appartenenti a molti gruppi etnici diversi.

D'altra parte, per avere idea di come la situazione di vulnerabilità dei migranti si possa tradurre anche nella necessità di adattare alle loro specifiche esigenze alcuni istituti giuridici di applicazione generale basta pensare che anche il **diritto della privacy** viene in

considerazione, nei confronti dei migranti, in modo diverso rispetto a come di solito rileva per i cittadini europei e occidentali, in genere.

Infatti, mentre **noi cittadini occidentali** siamo specialmente preoccupati di difendere la nostra privacy e se siamo sottoposti a controlli di polizia o medici diamo per scontato che la nostra dignità sia rispettata e se questo non accade abbiamo i mezzi, materiali e culturali, per reagire; viceversa i **migranti al loro arrivo** – se sono nelle condizioni di chiedere la protezione internazionale o umanitaria – hanno come maggiore preoccupazione quella di manifestare la propria identità e laddove subiscano controlli di polizia o medici che non rispettano la loro dignità difficilmente riescono a far valere le proprie ragioni.

Detto questo, va anche sottolineato come pure la “riesumata” distinzione tra **migranti “forzati”**, detti anche “profughi a lungo termine” e **migranti “economici”**, se applicata in modo superficiale, può rivelarsi il frutto di una distorsione dei principi fondanti della UE e del nostro ordinamento.

Questa distinzione – che può essere determinante per il **destino del migrante** – spesso viene effettuata nella fase di arrivo, ma non sempre con le dovute garanzie.

Va detto che essa presuppone l’individuazione della **provenienza** e delle **motivazioni** dell’arrivo, che non sempre è agevole, sia per difficoltà di tipo linguistico sia per problemi riguardanti la conoscenza della reale situazione del Paese o meglio della zona del Paese da cui il migrante proviene.

Dal punto di **vista teorico** la suddetta distinzione può sembrare chiara.

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

A questa ampia categoria di migranti viene contrapposta⁵ quella dei “**migranti economici**”, composta da soggetti che non sono “costretti” ad espatriare per ragioni politiche o per disastri naturali, ma che lo fanno volontariamente alla ricerca di migliori condizioni di vita.

Benché da più parti sia considerato improprio adottare una **netta distinzione** tra le suddette categorie di migranti e le Organizzazioni umanitarie — a partire dall’ UNHCR — da tempo facciamo presente che i flussi migratori spesso sono “misti”, essa continua a rappresentare un caposaldo del Sistema europeo della immigrazione che, anche per tale

⁵ La distinzione tra rifugiati e migranti economici è stata introdotta da E.F. KUNZ (1973), *The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement*, in “International Migration Review”, il quale aveva elaborato la cosiddetta push/pull theory, intendendo differenziare chi parte per necessità (i pushed, destinati a diventare rifugiati) da chi lo fa per scelta (i pulled, attratti da migliori prospettive economiche). Vedi, al riguardo: F. COLOMBO, *Rifugiati e migranti economici: facciamo chiarezza*, in www.lenius.it, 26 giugno 2015.

impostazione, mostra di essere maggiormente finalizzato al controllo dell'immigrazione irregolare piuttosto che alla tutela del diritto di asilo.

Da tale dicotomia discende, infatti, che:

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

2) **gli altri migranti** invece devono rispettare il regime "ordinario" in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato⁶. E sappiamo che questo sistema "ordinario", in Italia, si basa sul c.d. decreto flussi annuale, che però, dal 2010 non prevede più grandi numeri di ingresso per lavoro subordinato non stagionale, con quote destinate anche ai Paesi con cui l'Italia ha accordi bilaterali in materia di immigrazione. Da quell'anno in poi – anche a causa della crisi economica – si è proceduto a mini decreti, come è anche quello del 2016, che prevedono soprattutto quote per i lavori stagionali. Tali decreti, di fatto, rimangono inutilizzati e, mentre restano quote residue in abbondanza, nel frattempo aumenta il lavoro in nero degli immigrati governato dai caporali.

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

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

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

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

⁶ Per eventuali ulteriori approfondimenti mi permetto di rinviare a L. TRIA, *Stranieri extracomunitari e apolidi: la tutela dei diritti civili e politici*, Milano 2013.

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

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

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

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

È indispensabile, infatti, consolidare i **canali di collegamento fra i vari Stati UE** perché nella strategia di contrasto alla c.d. “guerra ibrida” dell’ISIS, un elemento da molti considerato fondamentale – anche per prevenire ulteriori affiliazioni da parte di europei autoctoni o meno – è rappresentato dalla fiducia che le Istituzioni UE e statali ispirano nei cittadini e negli immigrati.

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

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

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

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

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

7.- Migranti e “golden migrants”.

Basta pensare che, da tempo alcuni Stati membri UE (in particolare: **Malta, Portogallo, Spagna, Cipro, Bulgaria**), seguendo l’esempio del **Regno Unito** – che per primo ha adottato misure di facilitazione per naturalizzare stranieri facoltosi – offrono un trattamento preferenziale a cittadini extracomunitari benestanti, onde indurli a parcheggiare nel proprio territorio le loro ricchezze, creando così un sistema di inclusione “golden visa”, la cui

espansione sta procedendo speditamente. Sicché mentre i normali "migranti", se considerati "economici", vengono respinti, per i "golden migrants" si costruiscono "ponti d'oro", pur essendo la loro immigrazione evidentemente di tipo economico.

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

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

Così si sta rischiando di distruggere l'ordinamento molto evoluto – creato in Europa non senza difficoltà – basato sul riconoscimento del diritto di tutti gli individui alla pari dignità, nell'idea che a tutti debba essere garantita la «possibilità di godere di quelle semplici gioie e di quelle speranze che fanno sì che la vita valga la pena di essere vissuta», secondo le parole pronunciate da Winston Churchill nel famoso **"Discorso alla gioventù accademica"**, tenuto all'Università di Zurigo il 19 settembre 1946, che ha dato l'avvio al processo con il quale si è giunti all'attuale UE.

Infatti, per effetto di questo discorso, fondato sull'idea di **pace e unità all'interno dell'Europa**, si infittirono i negoziati tra gli Stati europei e così il Ministro degli Esteri francese Robert Schuman, in collaborazione con Jean Monnet, redasse il famoso "piano Schuman", che espose in pubblico il 9 maggio 1950 – giorno che oggi è considerato la data di nascita dell'Unione europea – sostenendo che fosse necessaria una nuova forma di cooperazione politica per l'Europa, che avrebbe reso impensabile una guerra tra le gli Stati europei.

Questo **messaggio oggi è ancora valido**, come è stato anche ricordato il 9 maggio scorso dalla Presidente della Camera Laura Boldrini e dagli altri esponenti delle Istituzioni nazionali ed europee che sono intervenuti nelle celebrazioni del 66° anniversario della UE tenutesi a Montecitorio alla presenza di 800 studenti.

E ancora valida è anche la necessità di tutelare il diritto di tutte le persone alla **pari dignità**.

Del resto, tale diritto, oltre ad essere considerato il principio fondante della Costituzione italiana, riceve analogo **riconoscimento nella maggior parte delle Costituzioni** europee ed è solennemente contemplato dalla CEDU, dal Trattato di Lisbona e dalla Carta dei diritti fondamentali UE (per restare in ambito europeo).

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

Né va omissis di sottolineare che l'effettività della tutela dei diritti fondamentali, da sempre, è considerata il **presupposto della legittimità democratica** del «progetto europeo» e il suo tratto caratteristico in ogni settore.

E sappiamo che **l'essenza della democrazia** è rappresentata dal fatto che il benessere di ciascuno è la misura del benessere dell'intero corpo sociale di appartenenza.

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

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

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

Essa, infatti, è in patente contraddizione con il diritto di ciascuno alla **pari dignità** e con il principio – che, come si è detto, nella Costituzione italiana è consacrato nel primo comma dell'art. 1 – secondo cui il lavoro equamente retribuito – e non una qualunque occupazione precaria e sottopagata – è lo strumento principale per vedere riconosciuta la propria dignità, non solo perché con il lavoro si mettono a frutto i propri talenti e si ottiene un reddito, ma anche perché è attraverso il lavoro che si può dare contenuto concreto alla propria partecipazione alla comunità dove si vive e quindi assumere una identità sociale.

Ma **nessuno si è preoccupato** del suddetto fenomeno o se ne preoccupa neppure ora che il tema dell'immigrazione è divenuto emergente.

Forse perché comunque i **"golden visa"** portano capitali che aumentano il PIL senza che interessi la loro provenienza.

Del resto si sa che, **da settembre 2014, la UE** – e quindi l'Italia – hanno scelto di includere nel calcolo del PIL anche i ricavi di prostituzione, vendita di droghe illegali, contrabbando, e tutte le altre operazioni finanziarie illecite.

Inoltre oggi l'Europa conta per meno del 10 per cento della produzione globale rispetto al 30 per cento nel 1950. E quindi i capitali servono!

Ma conta anche **solo per il 7 per cento della popolazione mondiale**, rispetto a oltre il 20 per cento nel 1950. E demograficamente continua a non svilupparsi. Quindi servono anche le persone fertili, come in genere sono gli immigrati extra-UE che arrivano nel nostro continente!

E questo è chiaro ai politici più avveduti.

Basta pensare che poco tempo fa il Viceministro dell'Interno, **Filippo Bubbico**, nel chiarire il contenuto del Migration Compact, che il nostro Governo ha sottoposto all'attenzione degli Stati UE, ha affermato che si tratta di un importante segnale di cambiamento perché offre una visione complessiva, un ripensamento profondo delle politiche migratorie europee, proponendo l'integrazione con la politica estera in termini di cooperazione allo sviluppo, di relazioni economiche, sociali, istituzionali.

Ed ha sottolineato vi è la necessità di riaprire anche un **canale lecito di immigrazione economica**, di cui l'Europa ha bisogno nonostante la crisi.

Si tratta di una posizione autorevole anche se al momento non così apertamente condivisa.

Ma quel che è certo è che, per tutte le indicate ragioni, appare difficile **dividere con l'accetta** i gruppi di migranti, quando agli Stati UE potrebbe convenire fare scelte coraggiose e creare occasioni di crescita per cercare di offrire dei rimedi efficaci, sia per l'emigrazione dei giovani europei – che è una piaga per il nostro Paese – sia per l'immigrazione, visto che si tratta di fenomeni che sono entrambi il portato di una stessa causa: il vertiginoso aumento delle diseguaglianze che si registra da tempo, viene evidenziato da molti osservatori – anche in ambito ONU – ma non viene in alcun modo efficace preso in considerazione.

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

E tali erano i migranti di molti dei Paesi europei che si sono avuti nel corso della storia.

Il nostro continente è sempre stato terra di migrazioni, come dimostra emblematicamente la **battaglia di Adrianopoli**⁷ del 9 agosto 378, che, essendosi conclusa con l'annientamento dell'esercito romano ad opera dei Visigoti, obbligò i Romani ad arruolare per il nuovo esercito i barbari, molti dei quali precedentemente istruiti all'uso delle armi dai Romani stessi, in un momento in cui mai si sarebbe immaginato che potessero diventare nemici.

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

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

Se è arrivato il **"il momento della sincerità, non di vuoti discorsi"**, come ha affermato il Presidente della Commissione UE Presidente Jean-Claude Juncker anche su questo sarebbe bene riflettere,.

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

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

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

⁷ Città situata nella provincia romana di Tracia, provincia oggi corrispondente all'estremità sudorientale della penisola balcanica, comprendente il nordest della Grecia, il sud della Bulgaria e la Turchia europea.

Eppure, nonostante l'attribuzione — realizzatasi nel tempo in termini sempre più ampi specialmente dopo l'introduzione del nuovo sistema di protezione internazionale di derivazione UE — delle controversie in materia di protezione internazionale o umanitaria alla giurisdizione del **giudice ordinario**, dovuta alle progressive modifiche del quadro normativo (interno, comunitario, internazionale) di riferimento, agli interventi della Corte costituzionale e delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo e — in modo significativo — alla sensibilità dimostrata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, tuttavia la situazione è rimasta molto complessa.

In particolare, i migranti devono mettere in bilancio di doversi rivolgere sia al giudice amministrativo — per l'impugnativa dei **provvedimenti discrezionali amministrativi** (molto incisivi sulla situazione del destinatario, come, ad esempio, il respingimento immediato), che sono emessi a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza — sia al **giudice di pace** — per impugnare un eventuale provvedimento di respingimento differito (Cass. SU 17 maggio 2013, n. 15115) ovvero il decreto prefettizio di espulsione, ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 150 del 2011, salvo che sia pendente un giudizio inerente il diritto all'unità familiare o di autorizzazione all'ingresso e/o al soggiorno del familiare di minore straniero (art. 31, comma 3, TU immigrazione perché tali tipi di giudizi sono riservati alla competenza del **tribunale ordinario in composizione monocratica**, al pari di ogni procedimento ogni procedimento di impugnazione dei provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare e/o di tutela dei diritti fondamentali in genere.

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

Ne consegue che quelli che sono i due aspetti **fisiologicamente coesistenti** nella situazione dei migranti — che la Corte costituzionale ha sempre invitato a trattare in modo unitario — risultano invece separati e neanche in modo chiaro e immediatamente intellegibile, visto che spesso i diversi giudizi che si sovrappongono e si intrecciano.

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

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

Ne deriva che non sembra più eludibile una **riforma legislativa** delle giurisdizioni e dei giudici competenti in materia di ingresso, soggiorno, trattenimento, accompagnamento e allontanamento degli stranieri e in materia di diritto di asilo e anche di cittadinanza e apolidia, preferibilmente attraverso l'istituzione di **sezioni specializzate dei tribunali ordinari**, essendo, all'evidenza, prevalente l'incidenza di diritti fondamentali degli interessati, rispetto ad eventuali atti di carattere discrezionale della P.A.

La delibera del CSM dell'11 maggio 2016 di **applicazioni straordinarie** extradistrettuali di magistrati per i procedimenti in materia di immigrazione ha avuto una indubbia utilità – tanto che è stata di recente rinnovata – ma è stata dettata dalla necessità di fronteggiare l'incremento eccezionale di procedimenti riscontratosi in alcuni uffici a causa dell'aumento dei flussi migratori, con un taglio quindi emergenziale e non strutturale come quello che sarebbe necessario per porre rimedio all'**estrema disorganicità** dell'assetto normativo in questa materia, che oltretutto riguarda persone semplici e non italiane.

Allo stato quel che è certo è che da tale situazione deriva la necessità per l'interessato di munirsi di una **adeguata difesa tecnica**, il che, il più delle volte, avviene con il **patrocinio a spese dello Stato**.

Ma anche questo istituto andrebbe **ridisegnato dalle fondamenta**.

Infatti, se a volte non consente di garantire al migrante un accesso al giudice reale e commisurato ai relativi costi per il bilancio statale, in linea generale prevede per gli avvocati che si impegnano, dei **compensi irrisori** rispetto all'attività svolta, attività che per i ricorsi in materia di immigrazione richiede molta dedizione, che, oltretutto, spesso vengono corrisposti con grande ritardo, senza dire che l'art. 83, comma 3-bis, del d.P.R. n. 115 del 2002 (introdotto dalla legge di stabilità per il 2016) – secondo cui il decreto di pagamento delle competenze del difensore in caso di patrocinio a spese dello Stato "è emesso dal giudice contestualmente alla pronuncia del provvedimento che chiude la fase cui si riferisce la relativa richiesta" – sta creando molte incertezze interpretative con riguardo alle conseguenze e ai rimedi utilizzabili in caso di mancata presentazione della richiesta entro l'ultima udienza da parte dell'avvocato o della mancata emissione contestuale da parte del giudice del suddetto decreto.

Sicché, almeno al momento, non può certo dirsi che tale ultimo intervento legislativo abbia reso la situazione più semplice.

9.- La protezione dei migranti "forzati" in Italia.

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

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

Per il relativo riconoscimento è prevista una **procedura bifasica**: con una **prima fase amministrativa** e una **seconda giurisdizionale**, solo eventuale, nel senso che ad essa si accede solo nell'ipotesi in cui la fase amministrativa si sia conclusa con una decisione negativa.

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

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

Nella fase amministrativa, tra l'altro, **la Questura (Unità Dublino)** avvia la procedura per la **determinazione dello Stato competente**, secondo il regolamento UE n. 604/2013 (c.d. regolamento Dublino III) e decide sulle misure di accoglienza o trattenimento, rilasciando un attestato nominativo che certifica la qualità di richiedente o, a seconda dei casi, un **permesso di soggiorno valido per tre mesi, rinnovabile**.

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

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

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

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

sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo una cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di siffatti avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra”.

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

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

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

10.- I permessi per motivi umanitari.

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

Detto questo, mi sembra interessante, in questa sede, limitarmi ad illustrare quella che è la forma di protezione caratteristica del nostro sistema, cioè la “**protezione umanitaria**”, che costituisce una delle soluzioni più frequenti adottate dalle Commissioni territoriali competenti a decidere sulle istanze di protezione internazionale, ancorché sia indubitabile che la normativa UE, da sempre, si rivolge solo ai richiedenti protezione internazionale (asilo, rifugio o protezione sussidiaria) e che, pertanto, essa non contempli tra i destinatari coloro che in Italia chiedono od ottengono il riconoscimento dello status di protezione umanitaria ai sensi dell’art. 5, comma 6, del t.u. n. 286 del 1998 in materia di immigrazione.

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

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

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

un diritto d'asilo in forza del loro diritto nazionale ad una persona esclusa dallo status di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2 (commissione di un reato grave di diritto comune o atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite) di tale direttiva, purché quest'altro tipo di protezione non comporti un rischio di confusione con lo *status* di rifugiato ai sensi di quest'ultima.

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

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

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

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

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

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

Inoltre, **l'art. 36, comma 4, della direttiva 2005/85/CE** (non annullato dall'unica della sentenza Corte di giustizia UE che, finora, si è pronunciata sulla direttiva, cioè la nota **sentenza 6 maggio 2008 della Grande Sezione nella causa C-133/06, Parlamento**

europeo c/ Consiglio dell'Unione europea) espressamente afferma che gli Stati membri interessati stabiliscono nel diritto interno le modalità di applicazione delle disposizioni dettate dalla direttiva stessa in materia di esame delle domande di asilo « e le conseguenze di decisioni adottate a norma delle disposizioni stesse, in conformità del principio di *non refoulement* a norma della convenzione di Ginevra, prevedendo altresì le eccezioni all'applicazione del presente articolo per motivi umanitari o politici o di diritto internazionale ».

Conseguentemente, **l'art. 32, comma 3, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25** (Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato), come modificato da ultimo dal d.l. 22 agosto 2014, n. 119 (decreto procedure) ha stabilito che le neo-istituite Commissioni territoriali se, pur non accogliendo la domanda di protezione internazionale, ritengano tuttavia che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, trasmettono « gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 ».

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

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

I problemi di tipo giudiziario si sono tradotti sia in **conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo**, sia in **contrastanti interpretativi**, sia in **importanti sentenze delle Corti supreme europee (UE e CEDU)**, culminate nella **nota sentenza della Corte di Strasburgo del 23 febbraio 2012, nel caso Hirsi e altri**, di condanna dell'Italia per i respingimenti in massa verso la Libia (vedi retro paragrafo 4 del capitolo primo).

I suddetti problemi "interni" di tipo processuale — la maggior parte dei quali può considerarsi attualmente risolta — sono stati principalmente originati dal **succedersi di diverse modifiche legislative**, con risvolti anche sulla qualificazione della situazione soggettiva (interesse legittimo o diritto soggettivo) da riconoscere all'interessato.

Non sono invece ancora completamente risolti i problemi interpretativi di tipo sostanziale e ciò dipende principalmente dal fatto che l'individuazione delle fattispecie meritevoli di protezione umanitaria, che è regolata dalla disciplina nazionale, come si è detto ha notevoli interferenze con la normativa sulle espulsioni e quindi anche con le disposizioni internazionali e sovranazionali che si collegano al **principio fondamentale di non refoulement** enunciato dall'art. 33 della Convenzione dell'Aja del 1951 (vedi, anche paragrafo 1.1. del capitolo primo nonché paragrafo 8 e ss. della prima sezione del precedente capitolo secondo).

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

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

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

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

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

1) **identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo status di rifugiato e del diritto costituzionale di asilo**, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali, collegata all'espressa disciplina contenuta nell'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, il quale individua la situazione che impone il divieto di espulsione e respingimento (e che pertanto legittima il diritto al soggiorno per un motivo che non può non definirsi di natura umanitaria) con riferimento alla possibilità che lo straniero subisca persecuzioni per le ragioni dalla norma indicate, con formulazione solo marginalmente diversa da quella utilizzata dalla Convenzione di Ginevra per descrivere i presupposti per la concessione dello *status* di rifugiato;

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

3) **superamento del precedente indirizzo secondo cui si riteneva che l'art. 19 TU dovesse essere letto in connessione con il successivo art. 20**, il quale prevede, come limite all'apprezzamento del giudice l'avvenuta adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con tutti i Ministri interessati, di misure temporanee da adottare, anche in deroga della disciplina generale dell'immigrazione, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità, con valorizzazione del diverso indirizzo (seguito da **Cass., 25 luglio 2007, n. 16417** e da **Cass. 20 settembre 2012, n. 15981** cit., relative ad ipotesi in cui in Senegal, Paese di provenienza, l'omosessualità era prevista come reato) in base al quale l'accertamento del giudice in ordine alla sussistenza del fatto persecutorio deve essere del tutto autonomo;

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

5) configurazione dell'istituto del **divieto di espulsione o di respingimento previsto dall'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 come misura di protezione umanitaria a carattere negativo**, che non conferisce, di per sé, al beneficiario alcun titolo di soggiorno in Italia, ma solo il diritto di non vedersi nuovamente immesso in un contesto di elevato rischio personale, spettando al giudice di valutare in concreto la sussistenza delle allegatte condizioni ostative all'espulsione o al respingimento, sicché ove l'interessato abbia inoltrato istanza di riconoscimento dello *status* rifugiato, ottenendo permesso di soggiorno per richiesto asilo politico, e tuttavia il **provvedimento della Commissione centrale per il riconoscimento di tale status sia stato negativo**, il giudice non può da tale situazione trarre la conseguenza della regolare emissione nei confronti del ricorrente del decreto di espulsione sul rilievo che lo straniero non sia risultato essere in possesso di alcun permesso di soggiorno senza pronunciarsi sul concreto pericolo, prospettato dall'opponente, di essere sottoposto a persecuzione o a trattamenti inumani e/o degradanti in caso di espulsione nel Paese di origine, pericolo concreto che, se accertato, comporta una situazione ostativa all'espulsione dello straniero stesso, in base al citato art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 e ai principi di diritto in precedenza enunciati;

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

Va anche aggiunto che la suddetta giurisprudenza si è formata sull'esplicito presupposto secondo cui la disciplina di cui agli artt. 5, comma 6, e 19 del d.lgs. n. 286 del 1998 e all'art. 28, lettera d), del relativo regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 394 del 1999 era destinata ad avere ancora **breve applicazione**, in quanto l'art. 34, comma 3, della legge 30 luglio 2002, n. 189, nel dettare la disciplina transitoria, ha stabilito che la nuova disciplina del diritto d'asilo — e in particolare l'art. 32 che ha attribuito alle nuove Commissioni territoriali il potere, anche officioso, di effettuare la valutazione (di natura tecnica, data la composizione delle Commissioni stesse) dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 5,

comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 — trovi applicazione dalla data di entrata in vigore (20 aprile 2005) del regolamento approvato con d.P.R. n. 303 del 2004, il quale, a sua volta, all'art. 21 espressamente prevede che le richieste di riconoscimento dello status di rifugiato, proposte anteriormente al 20 aprile 2005 sono decise in applicazione della disciplina precedente.

Di conseguenza, in varie circostanze la giurisprudenza di legittimità:

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

b) ha precisato che nel nuovo regime al Questore non è più attribuita **alcuna discrezionalità valutativa** in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari (vedi **Cass., SU 19 maggio 2009, n. 11535**);

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

Dal punto di vista sostanziale, sulla base dei suddetti principi è stato anche precisato che, come si è detto, la tutela di tipo umanitario, avente carattere residuale (**Cass., 19 aprile 2012, n. 6197; Cass., 6 marzo 2012, n. 3492; Cass., 18 febbraio 2011, n. 4139; Cass., 18 febbraio 2011, n. 4130**), non casualmente correlata ad un predeterminato arco di tempo, spetta quando le gravi ragioni di protezione accertate — aventi gravità e precisione pari a quelle sottese a forme di tutela maggiore — siano sol **temporalmente limitate** (ad esempio per la speranza di una rapida evoluzione del Paese di rimpatrio o per la stessa posizione personale del richiedente, suscettibile di un mutamento che faccia venir meno l'esigenza di protezione).

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

12.- Giurisprudenza di merito recente.

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

Pertanto, di anno in anno, si registra un aumento delle persone che si trovano in situazione di irregolarità nel territorio nazionale, mentre il **caporalato** — cioè l'intermediazione

illecita del lavoro – continua tuttavia ad essere molto diffuso non solo nei settori “tradizionali” dell’agricoltura e dell’edilizia, ma anche in altri settori come il commercio ed i servizi alla persona

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

Pertanto, anche in questo campo, le norme non bastano e di questo si è dimostrato consapevole il nostro Governo. Infatti, pochi giorni fa, è stato firmato dai Ministri dell’Interno, del Lavoro e delle Politiche Sociali e delle Politiche Agricole un **patto contro il caporalato** in cui si è siglato insieme con le associazioni di categoria – come Coldiretti, Confagricoltura e Cia – gli enti di volontariato – come la Croce Rossa e Libera – e i sindacati. L’impegno **ad agire in modo efficace** contro il fenomeno, a partire dal lavoro agricolo, onde contrastare non solo il lavoro in nero ma anche il grave sfruttamento dei lavoratori stagionali, che può arrivare a determinare addirittura il decesso dei braccianti per la fatica, come è accaduto l’estate scorsa.

Comunque, resta il fatto che, a parte i lavoratori stagionali, per gli altri – come è provato indirettamente da un numero di domande presentate annualmente per lavoro subordinato a tempo indeterminato, che è di circa sei volte maggiore rispetto alle quote previste nei decreti flussi – il **mercato illegale dei permessi** di soggiorno continua ad ingrassare mentre la regolare procedura dell’incontro tra domanda ed offerta di lavoro sembra essere diventata obsoleta.

Contemporaneamente – e di conseguenza – senza controlli efficaci, il mercato del lavoro **sommerso** continua a crescere, non solo a causa dell’**arrivo di migranti irregolari** (al ritmo di centinaia di migliaia l’anno), ma anche a causa delle conseguenze della **crisi economica** che ha visto nell’anno 2015 non rinnovati 150 mila permessi di soggiorno a causa della mancanza di lavoro.

Pertanto, tra la gestione superficiale e/o perennemente emergenziale dell’arrivo di richiedenti protezione (circa 10 mila minori scomparsi l’anno scorso, di cui metà in Italia; strutture di accoglienza che non coprono nemmeno il 50% del fabbisogno, migliaia di rifugiati lasciati per strada) e la chiusura solo formale degli ingressi di migranti economici, nel mercato del lavoro si manifestano forti fenomeni di **dumping lavorativo e sociale** nonché gravi casi di sfruttamento e caporalato, italiani e stranieri.

Senza contare i molti casi di **uso fraudolento dei c.d. voucher**, cui si fa ricorso per nascondere il lavoro in nero e coprire gli infortuni, tanto che sembra ormai prossima una modifica normativa in materia, proprio per limitare gli abusi.

Del resto non va dimenticato che – secondo un recente **rapporto dell’INAIL** di aprile 2016 – è proprio nel lavoro in nero, a volte “mascherato” con il voucher pagato nello stesso giorno della sciagura, che si verificano la maggior parte degli infortuni mortali sul lavoro, di cui quest’anno si è avuto un aumento per la prima volta dopo anni di diminuzione.

E ciò che più allarma è che sicuramente, i dati reali relativi alle c.d. “morti bianche” sono ancor più negativi, ove si consideri che il suddetto rapporto non tiene conto, ad esempio, dei lavoratori assicurati con altri Istituti, delle partite IVA individuali e, ovviamente, proprio dell’economia sommersa che tale resta, la quale, soprattutto nell’**edilizia e in agricoltura** rappresenta un fenomeno tutt’altro che marginale, nelle cui pieghe si nascondono molti incidenti mortali sul lavoro, visto che, tradizionalmente, è proprio il settore delle costruzioni

quello in cui da sempre si registra il numero più alto di vittime (e questo è stato confermato dal suddetto rapporto INAIL), cui, negli ultimi anni, viene affiancato il settore agricolo a causa del menzionato sfruttamento dei lavoratori – specialmente immigrati – che può arrivare a determinarne la morte.

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

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

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

Questo, ad esempio, si verifica per:

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

b) per il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica, cui si voglia consentire di sottrarsi alla violenza stessa (art. 18-bis TU);

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

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

Ma, come si sa, il **nostro sistema è sotto pressione**, anche se va riconosciuto il grande impegno di tutti gli operatori.

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

Così – con riguardo alla **storia personale** – si possono valorizzare le ragioni per le quali l'interessato ha lasciato il Paese di provenienza, le quali, anche se non pertinenti per la protezione internazionale, possono essere motivo di considerazioni umanitarie. E, ad esempio,

si può dare rilievo alla giovane età, alle condizioni sociali del Paese stesso e, in particolare, all'assenza di welfare che non consente di avere risorse contro l'emarginazione o la vulnerabilità e anche alle condizioni di povertà in cui si trova il richiedente, e così via.

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

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

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

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

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

Ora, anche se tali prassi giudiziarie possono essere considerate il frutto di una **interpretazione eccessivamente estensiva** del dato normativo, tuttavia – proprio in considerazione dell'aumento delle situazioni di disagio sociale che si è riscontrato negli ultimi anni, per stranieri ed italiani – possono essere ammissibili, ma soltanto a condizione che siano supportate da **valide motivazioni**, basate su congrue valutazioni del caso esaminato.

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

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

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

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

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

Ed è anche indubitabile che tale indirizzo ha trovato espressa **conferma nelle norme interne di attuazione delle direttive** 2004/83/CE e 2005/85/CE, di cui, rispettivamente, al d.lgs. n. 251 del 2007 e d.lgs. n. 25 del 2008 (parzialmente modificato con il d.lgs. n. 159 del 2008), in quanto, in particolare, l'art. 32 del primo dei suddetti testi normativi ha attribuito le valutazioni relative ai presupposti per la concessione dei permessi di soggiorno umanitari alle stesse **Commissioni territoriali** competenti per l'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato e la concessione della “protezione sussidiaria” di cui all'art. 2, lettera e), del d.lgs. n. 25 del 2008, mentre il successivo art. 34, ha stabilito l'equivalenza degli effetti delle dette misure di protezione sussidiaria e dei permessi di soggiorno per ragioni umanitarie.

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

Certo l'ampia e indeterminata definizione normativa dei motivi umanitari, rende molto difficile il compito del giudice – e anche quello dell'avvocato – perché si tratta di operare, caso per caso, un **equo bilanciamento** tra principi o diritti fondamentali.

Ma, al riguardo, può essere utile ricordare l'insegnamento che il grande **Luigi Mengoni** – sul finire del suo mandato di Giudice costituzionale⁸ – ci ha lasciato, secondo cui per giungere al suddetto risultato si deve avere «l'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato e in pari tempo di ridurlo là dove occorre dare spazio a nuovi punti di vista», nell'idea «non c'è nessun diritto – nemmeno i *preferred rights* o “valori supremi” – che, a partire da un determinato contesto, non possa essere limitato sulla base di un *test* comparativo con altri diritti o principi divergenti».

⁸ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi* in *Ars interpretandi* 1996, 95 e ss.

13.- Conclusioni.

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

E questo vale non soltanto per l'**aggiornamento** di tipo legislativo e giurisprudenziale, ma anche perché le questioni che esso pone sono particolarmente influenzate dalle **vicende politiche nazionali ed europee**.

Ne consegue che nel parlare oggi di immigrazione in Italia non si può non tenere conto dello scenario che si sta delineando in Europa da quando l'Ungheria ha eretto il **primo muro** costruito ex novo nella UE anti-migranti nel settembre 2015 e anziché essere sanzionata dalle Istituzioni UE ha "fatto scuola" tanto che sono stati costruiti all'interno del nostro Continente altri muri dello stesso genere ed ora si parla di una barriera austriaca al Brennero e di un muro in Slovenia.

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

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

Né va omesso di considerare che per effetto del discussissimo accordo tra **Unione europea e Turchia** siglato nel marzo scorso, è unanime la denuncia di deportazioni di migranti e rifugiati al confine turco, effettuate senza aver prima vagliato le loro richieste di asilo e così calpestando il diritto internazionale.

Ed anche questa situazione così grave potrebbe comportare un **maggiore impegno del nostro Paese**.

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

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

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

Oggi il contesto è molto cambiato e, d'altra parte, se viene finalmente varato il **sistema delle quote**, proposto dalla Commissione UE, si può anche pensare ad una abolizione della suddetta norma, che crea tanti problemi anche nei rapporti tra gli Stati membri.

Del resto, la stessa Commissione UE fin dal 2008 ha proposto di modificare il Sistema sul punto e, di recente, il **Presidente Jean-Claude Juncker** ha ribadito tale proposta.

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

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

Certo perché questo accada è anche necessario che nella scarsa linearità e chiarezza del quadro normativo di riferimento nazionale, cui si collegano complesse interrelazioni con discipline internazionali e sovranazionali, gli operatori del settore, a partire da giudici e avvocati, riescano a trovare in questa **realtà prismatica** il lato – cioè la norma – che maggiormente corrisponde alla soluzione delle diverse situazioni di violazione dei diritti che possono verificarsi, inforcando "occhiali speciali".

Ma è anche chiaro che la vera "svolta" è rappresentata dalla riduzione delle violazioni e del relativo contenzioso, puntando su **comportamenti fisiologicamente** corretti delle Autorità amministrative e quindi dei comuni cittadini.

E per raggiungere questo obiettivo è, in primo luogo, necessaria l'adozione di **prassi delle PA** uguali in tutto il territorio nazionale che siano anche più in linea con i principi di pubblicità, trasparenza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (che sono principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione).

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

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

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

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

Infatti la strada per uscire dalla crisi che non ci abbandona dal 2008 – e che, prima che economica, è morale – non può certamente essere quella di calpestare i diritti fondamentali dei più deboli, creando così eserciti di **“fantasmi sociali”**.

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

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

E per non perdere la bussola in questo difficile cammino si devono sempre ricordare le parole di **Elie Wiesel** secondo cui nessuno di noi deve «permettere che nessuna vittima del destino o prigioniero della società – mai dobbiamo consentirlo – si senta solo, respinto, abbandonato, rifiutato»⁹.

Del resto, in base al **secondo comma dell’art. 4 Cost.** “ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”.

Quindi, per noi italiani, è sufficiente cercare di rispettare tale disposizione per contribuire al benessere nostro e di tutti i consociati e, al contempo, per costruire un **futuro migliore** per le nuove generazioni.

E avere così degli obiettivi da raggiungere, avere dei **sogni**, perché, come diceva Eleanor Roosevelt, paladina dei diritti umani: “il futuro appartiene a coloro che credono nella bellezza dei propri sogni”.

⁹ Dal discorso pronunciato dal Premio Nobel per la pace il 27 gennaio 2010 alla Camera dei deputati, in occasione della ricorrenza del decimo anniversario della istituzione in Italia della Giornata della memoria.