

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**INGRESSO, ACCOGLIENZA E
ALLONTANAMENTO DELLO STRANIERO**

a cura di P. Passaglia

con contributi di

C. Guerrero Picó

S. Pasetto

M. T. Rörig

C. Torrisi

maggio 2019

Avvertenza

La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.

La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).

Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi, scrivendo al seguente indirizzo email: servstudi@cortecostituzionale.it.

**INGRESSO, ACCOGLIENZA E
ALLONTANAMENTO DELLO STRANIERO**

INDICE

FRANCIA

1. Premessa	9
2. L'ingresso degli stranieri	10
2.1. <i>I titoli che legittimano l'ingresso degli stranieri</i>	11
2.1.1. Il visto	11
2.1.1.1. <i>Il visto di breve periodo</i>	11
2.1.1.2. <i>Il visto di lungo periodo</i>	12
2.1.1.3. <i>Il rifiuto del visto</i>	12
2.1.1.4. <i>Il caso specifico del coniuge di un cittadino francese</i>	12
2.1.2. Il certificato di ospitalità	13
2.1.3. I documenti richiesti in funzione del tipo di soggiorno	14
2.2. <i>L'ingresso degli stranieri in situazione di vulnerabilità</i>	14
2.2.1. Il quadro normativo	14
2.2.2. La procedura per richiedere l'asilo	16
2.2.2.1. <i>La domanda di asilo</i>	16
2.2.2.2. <i>L'esame della richiesta: il suo accoglimento</i>	16
2.2.2.3. <i>Segue: il suo rigetto</i>	18
2.2.2.4. <i>La revoca della protezione speciale</i>	18
3. Il controllo della regolarità dell'ingresso degli stranieri nel territorio francese	19
3.1. <i>Il controllo di identità</i>	19
3.2. <i>La c.d. retenue pour vérification du droit de circulation ou de séjour d'un étranger</i>	20
3.3. <i>Il trattenimento in zona di attesa</i>	20
4. L'ingresso irregolare	21
4.1. <i>Le conseguenze sul piano penale</i>	22
4.1.1. Il reato di ingresso irregolare	22
4.1.2. Il reato di ingresso di aiuto al soggiorno o alla circolazione irregolare di uno straniero	22

4.2. <i>Le conseguenze sul piano amministrativo</i>	23
4.2.1. <i>Le misure di allontanamento dal territorio</i>	24
4.2.1.1. <i>La c.d. obligation de quitter le territoire français</i>	24
4.2.1.2. <i>Il divieto di reingresso nel territorio francese</i>	26
4.2.1.3. <i>L'espulsione</i>	26
4.2.2. <i>Le misure di sorveglianza dello straniero in attesa dell'allontanamento</i>	28
4.2.2.1. <i>La detenzione amministrativa</i>	28
4.2.2.2. <i>L'obbligo di soggiorno</i>	29
5. Il soggiorno degli stranieri	30
5.1. <i>Il soggiorno degli stranieri in situazione regolare</i>	30
5.1.1. <i>Il ricongiungimento familiare</i>	30
5.1.2. <i>La protezione sanitaria</i>	31
5.1.3. <i>Il revenu de solidarité active</i>	32
5.2. <i>Il soggiorno degli stranieri in situazione di vulnerabilità</i>	32
5.2.1. <i>Il soggiorno dei richiedenti asilo</i>	32
5.2.1.1. <i>L'accoglienza presso centri</i>	32
5.2.1.2. <i>I sussidi</i>	32
5.2.1.3. <i>L'inserimento sociale</i>	33
5.2.2. <i>Il caso dei minori non accompagnati</i>	34
5.3. <i>L'accoglienza degli stranieri in situazione irregolare</i>	35
5.3.1. <i>L'aide médicale d'État</i>	35
5.3.2. <i>L'aide sociale à l'enfance</i>	36
5.3.3. <i>Il soggiorno per motivi umanitari o eccezionali</i>	36

GERMANIA

1. L'ingresso degli stranieri	39
1.1. <i>Cenni sulla disciplina generale</i>	39
1.2. <i>I titoli che legittimano l'ingresso degli stranieri</i>	41
1.3. <i>L'ingresso irregolare</i>	44
1.3.1. <i>Il respingimento coattivo (Zurückweisung) durante l'ingresso irregolare</i>	45
1.3.2. <i>Le misure di allontanamento dopo l'avvenuto ingresso irregolare</i>	48
1.4. <i>Gli stranieri in situazione di debolezza</i>	52
1.4.1. <i>Il quadro normativo</i>	52
1.4.2. <i>Cenni ad aspetti procedurali</i>	54
1.4.3. <i>Le tipologie di protezione</i>	57
1.4.3.1. <i>L'asilo ed i rifugiati (Convenzione di Ginevra)</i>	57
1.4.3.2. <i>La protezione sussidiaria</i>	60

1.4.3.3. <i>L'asilo familiare</i>	61
1.4.3.4. <i>Il divieto di espulsione ed il relativo permesso di soggiorno</i> .	62
1.4.3.5. <i>Altri permessi di soggiorno a tempo determinato per motivi umanitari, di diritto internazionali o politici</i>	64
1.4.3.6. <i>La sospensione dell'esecuzione dell'espulsione ("stato di tollerato")</i>	68
2. L'accoglienza degli stranieri	70
2.1. <i>La protezione offerta dall'ordinamento agli stranieri</i>	70
2.2. <i>Gli stranieri di diritto comune</i>	71
2.2.1. <i>Gli stranieri regolari</i>	71
2.2.2. <i>Gli stranieri irregolari</i>	73
2.3. <i>Gli stranieri in situazione di debolezza</i>	73
3. L'allontanamento dal territorio	76
3.1. <i>L'espulsione</i>	76
3.2. <i>Le conseguenze dell'espulsione</i>	78

REGNO UNITO

1. Introduzione	81
2. L'ingresso regolare	83
3. L'ingresso irregolare	86
3.1. <i>Le compressioni dei diritti degli immigrati irregolari</i>	87
4. I soggetti vulnerabili	89
4.1. <i>L'asilo</i>	89
4.2. <i>I rifugiati</i>	92
4.2.1. <i>Concessione dello status di rifugiato</i>	93
4.2.2. <i>La ricollocazione interna</i>	96
4.2.3. <i>L'esclusione dell'asilo</i>	97
4.3. <i>La protezione umanitaria: i human rights claims</i>	98
5. Immigrati: detenzione e allontanamento	100
5.1. <i>Il sistema di immigration bail</i>	100
5.2. <i>La detenzione</i>	101
5.2.1. <i>Le condizioni giuridiche per la detenzione</i>	103
5.2.2. <i>Le basi giuridiche per contestare la detenzione</i>	105

5.3. <i>L'espulsione</i>	105
5.4. <i>Il respingimento (removal)</i>	109

SPAGNA

1. L'ingresso degli stranieri	111
1.1. <i>Cenni sulla disciplina generale</i>	111
1.1.1. I titoli che legittimano l'ingresso degli stranieri	112
1.1.2. L'ingresso irregolare	114
1.1.2.1. <i>La devolución</i>	114
1.1.2.2. <i>Le cc.dd. devoluciones en caliente (respingimenti immediati alla frontiera)</i>	115
1.2. <i>Gli stranieri in situazione di debolezza</i>	117
1.2.1. Il riconoscimento costituzionale del diritto di asilo e le caratteristiche principali della protezione internazionale	117
1.2.2. L'asilo	121
1.2.3. La protezione sussidiaria	122
1.2.4. I permessi eccezionali	123
1.2.4.1. <i>Le tipologie di permessi</i>	123
1.2.4.2. <i>In particolare: l'autorizzazione di soggiorno temporaneo per radicamento e per ragioni umanitarie</i>	123
2. L'accoglienza degli stranieri	126
2.1. <i>I diritti riconosciuti dall'ordinamento agli stranieri</i>	126
2.2. <i>La protezione offerta dall'ordinamento agli stranieri in situazione di debolezza</i>	128
3. L'allontanamento dal territorio e la cessazione e revoca della protezione speciale	130
3.1. <i>L'espulsione</i>	130
3.1.1. L'espulsione amministrativa	130
3.1.2. L'espulsione nel Codice penale	135
3.2. <i>La cessazione e la revoca della protezione internazionale</i>	137

FRANCIA

di Céline Torrisi

1. Premessa

L'art. 1 dell'*ordonnance* n. 45-2658 del 2 novembre 1945¹ sulle condizioni di ingresso e di soggiorno degli stranieri in Francia definisce lo straniero come colui che non ha la cittadinanza francese, che sia cittadino di un altro paese o che non abbia una cittadinanza. Al di là della sua apparente omogeneità, la nozione giuridica di “straniero” rimanda a varie tipologie di stranieri, per le quali si applicano specifiche discipline. Esse sono contenute nel *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (d'ora in avanti CESEDA), codificazione di tutte le norme adottate² dall'entrata in vigore dell'*ordonnance* del 2 novembre 1945 fino all'ultima riforma in materia, adottata il 10 settembre 2018 con la legge n. 2018-778 per una immigrazione controllata, un diritto di asilo effettivo e una integrazione riuscita³.

Concentrandosi sugli stranieri che non siano cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea⁴, la definizione dello straniero è da ricercare nell'*arrêté* del 10 maggio 2010 sui documenti e sui visti richiesti per l'ingresso degli stranieri sul territorio europeo della Francia⁵, in virtù del quale lo straniero è colui che richiede il visto, ovvero chiunque non sia un cittadino dell'Unione europea ai sensi dell'art. 17, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, o di uno Stato terzo con il quale l'Unione europea abbia concluso un accordo che conferisca un diritto alla circolazione equivalente.

¹ Codificato all'art. L. 111-1 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto di asilo.

² La cronologia delle riforme adottate dal 1945 ad oggi è reperibile *on line* alla pagina <https://www.gisti.org/spip.php?article19>.

³ La legge è stata deferita all'esame del *Conseil constitutionnel*, il quale si è pronunciato sulla costituzionalità delle disposizioni contestate nell'ambito di un controllo preventivo con la decisione n. 2018-770 DC del 6 settembre 2018, *Legge per una immigrazione controllata, un diritto di asilo effettivo ed una integrazione riuscita*. La segnalazione della decisione è reperibile *on line* nel *Bollettino dell'attualità giurisprudenziale straniera* del mese di settembre 2018.

⁴ Essi sono disciplinati dal Libro I, Titolo II, artt. L. 121-1 a L. 122-3 del CESEDA.

⁵ Il testo dell'*arrêté* è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;?cidTexte=LEGITEXT000022236824>.

2. L'ingresso degli stranieri

La disciplina generale dell'ingresso degli stranieri è contenuta nell'art. L. 211-1 del CESEDA, il quale stabilisce che, per entrare in Francia, uno straniero deve essere in possesso:

- dei documenti e dei visti stabiliti dalle convenzioni internazionali e dai regolamenti in vigore;
- qualora sia richiesto, di un giustificativo di ospitalità;
- degli altri documenti stabiliti mediante un decreto adottato previo parere del *Conseil d'État*, concernenti l'oggetto e le condizioni del soggiorno e, qualora sia necessario, i mezzi di sussistenza, la presa in carico, da parte di un operatore autorizzato, delle spese mediche e ospedaliere, anche di sussidio sociale, risultanti da cure che potrebbe ricevere in Francia, nonché le garanzie del suo eventuale rimpatrio⁶;
- dei documenti necessari all'esercizio di una attività professionale, qualora intenda esercitarne una.

Nel 1985, il *Conseil d'État* ha stabilito, peraltro, che la produzione di tale documentazione non può essere imposta ai richiedenti asilo per entrare in Francia ai fini di presentare la loro domanda⁷.

L'art. L. 213-1 del CESEDA stabilisce, inoltre, che l'accesso al territorio francese può essere rifiutato a qualunque straniero la cui presenza costituisca una minaccia per l'ordine pubblico o qualora sia stato sottoposto a una pena di divieto di accesso al territorio francese, qualora sia stato destinatario di un'ordinanza di espulsione, di un divieto di rientro o di circolazione sul territorio francese o, infine, di un divieto amministrativo di accesso al territorio francese.

Una fattispecie particolare di impedimento all'ingresso deriva dal divieto amministrativo di fare ingresso nel territorio francese instaurato dall'art. 2 della legge del 13 novembre 2014, con l'obiettivo di impedire l'ingresso nel territorio da parte di individui per i quali si abbiano informazioni credibili idonee a fondare il sospetto ragionevole che essi cerchino di partecipare ad atti di terrorismo.

⁶ Per quanto riguarda il rimpatrio, i documenti relativi a tali garanzie devono consentire allo straniero che fa ingresso in Francia di sostenere le spese legate al suo rientro nel paese di residenza abituale (art. R. 211-30 CESEDA).

⁷ *Conseil d'État*, dec. nn. 44484 e 44485 del 27 settembre 1985, *France Terre d'asile*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007702197>.

2.1. I titoli che legittimano l'ingresso degli stranieri

2.1.1. Il visto

In linea di principio, gli stranieri che intendono entrare sul territorio francese sono sottoposti all'obbligo del visto (art. L. 211-1, 1° comma, del CESEDA). L'art. R. 211-1 del CESEDA stabilisce, inoltre, che l'ammissione nel territorio francese di uno straniero provvisto di un visto può essere subordinata all'esame delle impronte digitali, per paragonarle, al momento della presentazione del visto, con i dati registrati nel trattamento automatizzato definito all'art. L. 611-6 del CESEDA.

Esistono due grandi categorie di visto, il visto di breve periodo, per i periodi inferiori a tre mesi, e il visto di lungo periodo, disciplinato dall'*arrêté* del 10 maggio 2010, come modificato con l'*arrêté* del 28 ottobre 2016, sui documenti e visti richiesti per l'ingresso degli stranieri nel territorio europeo della Francia. Esistono alcune eccezioni sia per i soggiorni inferiori che per quelli superiori a tre mesi. Nel primo caso, esenzioni sono previste per i cittadini dei paesi che abbiano concluso con la Francia un accordo di circolazione che riguardi la soppressione di tale formalità nonché per le persone che transitano semplicemente sul territorio francese (per via marittima o negli scali aeroportuali). Nel secondo caso, il decreto del 2010 elenca i soggetti esenti da tale obbligo. Inoltre, la legge n. 98-349 dell'11 maggio 1998 sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri e sul diritto di asilo ha stabilito che gli stranieri detentori di un titolo di soggiorno in corso di validità possono entrare in Francia senza dover sollecitare un visto di ingresso.

2.1.1.1. Il visto di breve periodo

Il c.d. *visa de court séjour*, valido per un massimo di tre mesi, riveste la forma del visto uniforme disciplinato dalle disposizioni del Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un codice comunitario dei visti, come modificato dal Regolamento (UE) n. 610/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013⁸.

Esistono inoltre alcuni visti di breve durata che permettono di soggiornare in Francia e che rimangono disciplinati da norme nazionali. Ad esempio, il c.d. visto "*étudiant-concours*" consente a uno straniero di entrare sul territorio francese al fine di poter partecipare ad un concorso con l'obiettivo di iscriversi in un istituto

⁸ I cc.dd. visti uniformi rappresentano più del 90 % dei visti rilasciati dalla Francia.

di studi superiori. In caso di successo, l'interessato può beneficiare di un titolo di soggiorno con la menzione "studente".

2.1.1.2. Il visto di lungo periodo

L'art. L. 211-2-1 stabilisce che lo straniero che desidera entrare in Francia per soggiornarvi per un periodo superiore a tre mesi debba richiedere presso le autorità diplomatiche e consolari francesi un visto di lungo periodo, c.d. *visa d'établissement*, la cui validità non può oltrepassare un anno. Disciplinato a livello nazionale, tale visto consente il soggiorno solo sul territorio nazionale e costituisce, in linea di principio, una condizione necessaria all'ottenimento di un titolo di soggiorno (artt. L. 311-1 ss. del CESEDA), la cui richiesta deve essere fatta in prefettura entro due mesi dall'arrivo in Francia, salvo eccezioni.

2.1.1.3. Il rifiuto del visto

La legge n. 2016-274 del 7 marzo 2016 sul diritto degli stranieri in Francia ha introdotto l'obbligo di motivazione del rifiuto del visto. In concreto, i rifiuti sono fondati su cinque cause principali:

- l'esistenza di una minaccia all'ordine pubblico;
- la constatazione dell'esistenza di manovre fraudolente che svelino un progetto di stabilimento durevole in Francia;
- l'insufficienza dei mezzi di sussistenza;
- il difetto di serietà del progetto di studio;
- l'insufficienza e l'incoerenza della richiesta presentata o l'assenza di giustificazione reale della volontà di venire in Francia.

2.1.1.4. Il caso specifico del coniuge di un cittadino francese

Con la legge del 7 marzo 2016, è stato inserito il quarto comma dell'art. L. 211-2-1 del CESEDA, in virtù del quale il visto di lungo periodo viene rilasciato di diritto al coniuge di un cittadino francese che risponda alle condizioni definite all'art. L. 211-2-1 del medesimo codice. In altri termini, tale visto può essere rifiutato al coniuge di un cittadino francese solo in caso di frode, di annullamento del matrimonio o di minaccia per l'ordine pubblico.

2.1.2. Il certificato di ospitalità

Il certificato di ospitalità, disciplinato dagli artt. da L. 211-4 a L. 211-10 del CESEDA, è rivolto agli stranieri che intendano recarsi in Francia per una visita privata o familiare e che saranno accolti e ospitati sul territorio nazionale da un cittadino francese o da uno straniero in situazione regolare⁹. Tale documento si presenta come un attestato di accoglienza. Ha come obiettivo, per un verso, di avere assicurazioni circa il consenso e l'impegno della persona che ospita nonché di garantire che il firmatario del certificato sia effettivamente la persona che dichiara di accogliere una o più persone e, infine, di verificare che dispone della capacità di ospitare i visitatori in normali condizioni; per altro verso, il certificato di ospitalità permette al visitatore di giustificare i motivi del suo soggiorno e di vedersi conferire un trattamento più favorevole rispetto alle risorse e alle garanzie finanziarie da presentare.

Sono esenti dal certificato di ospitalità i cittadini europei e assimilati, gli stranieri in possesso di un titolo di soggiorno o del documento di circolazione rilasciato ai minori in applicazione dell'art. L. 321-4 del CESEDA, gli stranieri titolari di un visto con la menzione "carta di soggiorno da richiedere all'arrivo in Francia", le persone che, in base al parere di una commissione, possono rendere, grazie alle loro capacità o ai loro talenti, importanti favori alla Francia o che si propongano di esercitarvi attività a favore di terzi, gli stranieri che si rechino in Francia per un soggiorno di natura umanitaria o di scambio culturale e, infine, coloro che richiedono di far ingresso in Francia per una causa medica urgente o in ragione di una malattia grave o dei funerali di un familiare.

L'attestato di accoglienza, firmato dalla persona che ospita e accompagnato dai giustificativi, è presentato, perché lo convalidi, al sindaco del comune dove alloggia lo straniero. Il sindaco può rifiutare di convalidare l'attestazione di accoglienza qualora l'ospitante non possa presentare i documenti richiesti, qualora risulti che lo straniero non possa essere accolto nelle normali condizioni di alloggio, qualora le menzioni riportate sull'attestazione siano inesatte, qualora gli attestati firmati anteriormente dall'ospitante abbiano fatto emergere sviamenti di procedura.

⁹ In caso di missione umanitaria, l'organismo umanitario è tenuto a comunicare le coordinate della persona fisica o morale che garantisce l'alloggio allo straniero, qualora non lo garantisca l'organismo stesso.

2.1.3. I documenti richiesti in funzione del tipo di soggiorno

Altri documenti sono richiesti per giustificare lo scopo e le condizioni del soggiorno e cambiano a seconda del tipo di soggiorno. Per un soggiorno turistico, l'interessato deve produrre i documenti volti a stabilire l'oggetto e le condizioni del soggiorno e, soprattutto, la durata (prenotazione di albergo, circuito turistico); per un soggiorno professionale, può essere trasmesso all'amministrazione qualunque documento relativo alla professione o alla qualità del viaggiatore e agli stabilimenti o organismi presso i quali è atteso; per i soggiorni dedicati a lavori di ricerca, ai sensi del secondo comma dell'art. L. 313-8 del CESEDA, il richiedente deve produrre il titolo di soggiorno rilasciato da uno Stato membro dell'Unione europea, da uno Stato parte dello Spazio economico europeo o dalla Confederazione svizzera, la convenzione di accoglienza firmata nel medesimo Stato e uno dei giustificativi dei mezzi di sussistenza; in caso di visita privata, lo straniero deve fornire il certificato di ospitalità.

2.2. L'ingresso degli stranieri in situazione di vulnerabilità

2.2.1. Il quadro normativo

A livello costituzionale, il comma 4 del Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946 stabilisce che qualsiasi persona perseguitata a causa della sua azione a favore della libertà ha diritto d'asilo sui territori della Repubblica. Nella decisione n. 93-325 DC del 13 agosto 1993, il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che il diritto di asilo è un principio di valore costituzionale in base al quale lo straniero che lo rivendica è autorizzato a soggiornare sul territorio fino a quando non ottenga una risposta alla sua richiesta. Successivamente, la legge n. 98-349 dell'11 maggio 1998 ha consentito di accordare l'asilo su due fondamenti distinti dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati: l'asilo costituzionale e l'asilo territoriale. Il primo è accordato dall'Ufficio francese di protezione dei rifugiati e degli apolidi (*Office français de protection des réfugiés et apatrides*, d'ora in avanti OFPRA)¹⁰, sulla base del comma 4 del Preambolo della Costituzione del

¹⁰ Si tratta di un ente pubblico, incardinato presso il Ministero dell'interno, ma dotato di autonomia finanziaria e amministrativa. L'OFPRA, organizzato al suo interno in divisioni competenti per aree geografiche, esamina le domande di asilo (anche di quelle presentate prima dell'ingresso sul territorio francese) e può convocare la persona interessata per un'audizione. Per maggiori informazioni, v. <https://www.ofpra.gouv.fr/l-ofpra/presentation-generale>.

1946. L'asilo territoriale, invece, è stato sostituito nel 2003¹¹ con la c.d. protezione sussidiaria (art. L. 712-1 CESEDA) che viene riconosciuta, sempre dall'OFPRA, a qualunque persona che non soddisfi le condizioni per ottenere lo statuto di rifugiato, ma per la quale si dimostri che sarebbe esposta, nel suo paese, al rischio di persecuzione, a tortura o a pene gravi o trattamenti disumani o degradanti o a una minaccia grave e individuale contro la propria vita o la propria persona in ragione di violenze che risultino da situazioni di conflitto armato interno o internazionale. Viceversa, la protezione sussidiaria non può essere riconosciuta allo straniero se esiste motivo di credere che egli abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, o un grave reato di diritto comune, ovvero azioni contrarie agli scopi e ai principi della Nazioni Unite, o infine se la sua attività in Francia costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato (art. L.712-2 CESEDA).

L'ordinamento francese tende, quindi, ad assimilare il soggetto beneficiario dell'asilo e la qualità di rifugiato, assimilazione realizzata anche dalla Convenzione di Dublino sulla determinazione dello Stato responsabile dell'esame della richiesta di asilo. L'art. L. 711-1 del CESEDA, primo articolo della disciplina sull'asilo contenuta nel Libro VII del CESEDA, stabilisce, in effetti, che la qualità di rifugiato possa essere riconosciuta a chiunque sia perseguito in ragione della sua azione in favore della libertà (c.d. asilo costituzionale) nonché ad ogni persona su cui l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati eserciti un mandato di protezione, ai sensi degli articoli 6 e 7 del suo Statuto, o che risponda ai criteri stabiliti dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati. Come definiti dalla convenzione di Ginevra, i rifugiati costituiscono, quindi, solo una parte della categoria dei richiedenti asilo: le norme nazionali hanno ampliato tale categoria.

La disciplina dell'asilo è, ovviamente, molto condizionata dalle norme europee. Con l'adozione della legge n. 2015-925 del 29 luglio 2015 sulla riforma del diritto di asilo, il legislatore francese ha accolto nell'ordinamento interno le direttive relative al c.d. Sistema europeo comune di asilo, ovvero le direttive n. 2013/32/UE e n. 2013/33/UE, approvate entrambe dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 26 giugno 2013. Con tale riforma, si intendeva raggiungere, in particolare, due obiettivi: migliorare le garanzie per gli stranieri richiedenti asilo e velocizzare le procedure per l'esame delle domande di asilo.

¹¹ Con la legge n. 2003-1176 del 10 dicembre 2003 di modifica della legge n. 52-893 del 25 luglio 1952 sul diritto di asilo.

Tali obiettivi sono stati riaffermati con la legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018, legge per una immigrazione controllata, un diritto di asilo effettivo e una integrazione riuscita¹².

2.2.2. La procedura per richiedere l'asilo

2.2.2.1. La domanda di asilo

La domanda di asilo può essere presentata alla frontiera oppure – ed è il caso più frequente – una volta entrati nel territorio francese. Deve essere preceduta da una domanda di ammissione al soggiorno a titolo di asilo al prefetto del dipartimento competente. Nel caso in cui lo straniero si trovi in un *centre de rétention administrative*, la domanda di autorizzazione è indirizzata al prefetto che ne ha ordinato il collocamento presso tale centro¹³.

2.2.2.2. L'esame della richiesta: il suo accoglimento

L'OFPPRA esamina le richieste di asilo secondo una procedura ordinaria o una procedura accelerata.

In base alla procedura ordinaria, qualora, dopo la prima fase istruttoria, il prefetto accolga la richiesta di autorizzazione a titolo di asilo, lo straniero riceve un documento provvisorio di soggiorno della validità di un mese, durante il quale egli può presentare la domanda di asilo all'OFPPRA entro 21 giorni (art. R. 723-1 CESEDA). Una volta accettata la domanda, lo straniero ritira una ricevuta di deposito di una domanda di asilo che gli permette di soggiornare in Francia. La ricevuta può avere una validità da un minimo di tre a un massimo di sei mesi ed è stabilita con decreto del Ministero dell'Interno. La ricevuta è rinnovabile per periodi di tre mesi, fino alla notifica della decisione dell'OFPPRA, che deve avvenire nei sei mesi, riguardo alla concessione o meno dell'asilo, ovvero della qualità di rifugiato o della protezione sussidiaria.

¹² V. GISTI, *Droit des étrangers en France : ce que change la loi du 10 septembre 2018*, in *Cahiers juridiques*, dicembre 2018, 152.

¹³ V. anche CAMERA DEI DEPUTATI, XVII legislatura, Legislazione straniera, Materiali di legislazione comparata, *Immigrazione irregolare e procedure di asilo in Francia, Germania, Regno Unito, Svezia e Turchia*. La relazione è reperibile *on line* alla pagina http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/MLC17013.htm#_Toc433288169.

La procedura accelerata prevede un esame delle richieste entro quindici giorni dal loro deposito (art. L. 723-2 CESEDA) e si applica qualora lo straniero:

- provenga da un paese di origine sicura;
- richieda il riesame di una prima domanda di asilo;
- rifiuti di sottoporsi alla registrazione delle sue impronte digitali;
- presenti documenti falsi;
- rappresenti una minaccia grave all'ordine pubblico;
- non abbia presentato la richiesta di asilo entro 90 giorni dalla data del suo ingresso;
- abbia depositato più richieste con identità diverse;
- abbia depositato la sua richiesta oltre 120 giorni dalla data del suo ingresso sul territorio francese;
- richieda l'asilo al solo intento di far venire meno una misura di allontanamento.

Se la domanda è presentata da un richiedente asilo collocato in un *centre de rétention administrative*, l'OFPRA è tenuto a deliberare entro 96 ore (art. R. 723-4 CESEDA)¹⁴.

In caso di giudizio favorevole dell'OFPRA, il richiedente asilo che ottiene il riconoscimento della qualità di rifugiato ha diritto al rilascio, da parte dell'autorità amministrativa competente, di una carta di residente che ha una validità di 10 anni e che può essere rinnovata. Nel caso di giudizio positivo dell'OFPRA nei confronti di un richiedente asilo che ottiene la protezione sussidiaria, questi ha diritto al rilascio di una carta di soggiorno temporaneo recante l'indicazione “vita privata e familiare”, che ha validità di un anno e che può essere rinnovata. Sia la carta di residente che la carta di soggiorno temporaneo danno diritto al coniuge e ai figli del richiedente di ottenere un tale titolo di soggiorno. Entrambi i titoli conferiscono al richiedente il diritto ad esercitare un'attività lavorativa (art. L. 313-10 e art. L. 313-13 CESEDA).

Inoltre, lo straniero che ottiene il titolo di rifugiato è tenuto a firmare il c.d. contratto di accoglienza ed integrazione con lo Stato. Lo straniero che ha firmato

¹⁴ Per maggiori informazioni, v. M. DELGADO, S. LIANG, P. RABOURDIN, *Le droit d'asile en rétention. L'analyse d'une chimère*, La Cimade – Sciences Po École de droit, giugno 2018, 46. La relazione è reperibile *on line* alla pagina https://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2018/06/SciencesPo_Cimade_Asile_Retention_2018.pdf.

un tale contratto beneficia anche di un servizio di assistenza personalizzato per la ricerca di un lavoro e di un alloggio. Al fine di garantire questo servizio lo Stato conclude con gli enti territoriali e altri soggetti interessati una convenzione (art. L. 311-9 CESEDA).

2.2.2.3. Segue: il suo rigetto

In caso di rigetto di una domanda di asilo, il richiedente ha la possibilità di presentare, entro un mese, un ricorso presso la Corte nazionale del diritto di asilo (d'ora in avanti, CNDA)¹⁵. In tal caso, lo straniero ha diritto ad un consulente legale e ad un interprete e può beneficiare del gratuito patrocinio (c.d. *aide juridictionnelle*). La CNDA è una giurisdizione amministrativa specializzata ed è presieduta da un consigliere di Stato, nominato dal vicepresidente del Consiglio di Stato¹⁶. In caso di esame di una richiesta mediante procedura accelerata, la CNDA deve decidere entro un termine di cinque settimane, in composizione monocratica (art. L. 731-2 CESEDA). Qualora una domanda di asilo sia definitivamente respinta dall'OFPRA e – se adita – dalla CNDA, l'interessato, a meno che non ottenga altro titolo per soggiornare in Francia, può impugnare la decisione entro due mesi di fronte al *Conseil d'Etat*. Tale ricorso non ha effetti sospensivi, quindi, lo straniero deve in ogni caso lasciare il paese, altrimenti sarà destinatario di una misura di allontanamento e soggetto alle pene previste per il reato di ingresso irregolare nel territorio. Dopo che una domanda di asilo è stata definitivamente rifiutata, lo straniero può richiedere un permesso di soggiorno se ha i requisiti necessari (art. L. 311-6 CESEDA).

2.2.2.4. La revoca della protezione speciale

La revoca dello statuto di rifugiato è prevista qualora si verifichi una delle cause di cessazione previste alla sezione C dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, o qualora il rifugiato avrebbe dovuto essere escluso da tale statuto in applicazione delle sezioni D, E o F dell'art. 1 della medesima

¹⁵ La disciplina dei ricorsi innanzi la CNDA è contenuta negli artt. L.731-1 ss. del CESEDA.

¹⁶ La Corte è organizzata in sezioni, ognuna delle quali deve essere presieduta o da un consigliere di Stato, o da un magistrato della Corte dei conti, o da un magistrato ordinario in servizio o a riposo. Ogni sezione è inoltre composta da: una personalità qualificata di cittadinanza francese nominata dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati; ed una personalità qualificata nominata dal Vicepresidente del Consiglio di Stato, su proposta di uno dei ministri rappresentati nel Consiglio di amministrazione dell'OFPRA.

Convenzione oppure qualora la decisione di attribuzione di tale statuto sia stata frutto di frode (art. L. 711-4 CESEDA). Può essere posto fine a tale statuto anche in caso di condanna per terrorismo o a una pena di dieci anni da parte delle autorità giudiziarie francesi, di uno Stato membro dell'Unione europea o di uno Stato terzo inserito in un apposito elenco; o qualora la sua presenza costituisca una grave minaccia per la società e/o per la sicurezza dello Stato (art. L. 711-6 CESEDA). La CNDA ha però precisato che, a differenza di quanto stabilito all'art. L. 411-4, le disposizioni dell'art. 411-6 hanno come unico effetto la revoca della protezione giuridica o amministrativa, ma non la qualità di rifugiato. Per far cessare quest'ultima, è necessario verificare se lo straniero risponda ancora o non risponda più alle condizioni di accesso all'asilo¹⁷.

3. Il controllo della regolarità dell'ingresso degli stranieri nel territorio francese

3.1. Il controllo di identità

I documenti di uno straniero presente nel territorio francese possono essere verificati dalle forze dell'ordine nel corso di un controllo di identità (art. 78-1 del Codice di procedura penale) o di un titolo di soggiorno. L'art. L. 611-1 stabilisce, in effetti, che, fuori dai casi di controllo dell'identità, le forze dell'ordine possono invitare uno straniero maggiorenne a presentare i suoi documenti, poiché deve sempre avere con sé il proprio passaporto con un visto valido per un soggiorno di massimo 90 giorni o una carta di soggiorno (o anche la ricevuta) o un visto di lungo periodo o una autorizzazione provvisoria di soggiorno per i soggiorni di più di 3 mesi.

Il controllo può svolgersi solo sulla via pubblica, nei luoghi pubblici o aperti al pubblico. Tali controlli sono limitati nel tempo e nello spazio. Non possono essere svolti dopo 6 ore consecutive in uno stesso luogo e dare luogo alla richiesta sistematica delle persone presenti o circolanti in un determinato luogo¹⁸.

¹⁷ CNDA, decisione del 26 settembre 2017, n. 16029802.

¹⁸ COUR DE CASSATION, *Le traitement de l'étranger en situation irrégulière*, reperibile, in *Rapport annuel*, 2008, reperibile *on line* alla pagina https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/etude_di_scriminations_2910/distinctions_justifiees_2918/contr_variable_distinctions_justifiees_2921/traitement_etranger_situation_irreguliere_12145.html.

3.2. La c.d. *retenue pour vérification du droit de circulation ou de séjour d'un étranger*

Qualora lo straniero non possa presentare il suo documento di soggiorno può essere portato in un locale di polizia o di gendarmeria per esservi trattenuto al fine di verificare il suo diritto di soggiornare sul territorio francese¹⁹. La c.d. *retenue pour vérification du droit au séjour d'un étranger* è una misura amministrativa che consente alla polizia di verificare se lo straniero ha il diritto di soggiornare in Francia²⁰. Tale misura non è applicabile nei confronti di un minore.

Solo un ufficiale di polizia giudiziaria può decidere di trattenere una persona e il procuratore della Repubblica è informato sin dall'inizio della procedura. Lo straniero viene informato dei motivi del trattenimento, della sua durata massima e dei suoi diritti (essere assistito da un interprete e da un avvocato, essere esaminato da un medico, avvisare in qualunque momento i suoi familiari e, qualora sia responsabile di minori, disporre del contatto per la loro presa in carica, avvisare le autorità consolari del suo paese), in una lingua a lui comprensibile. Può chiedere che il suo avvocato assista alle sue audizioni; in tal caso, la prima di esse non può iniziare senza il legale.

Il trattenimento può concludersi con la liberazione dello straniero, la detenzione amministrativa, il soggiorno obbligato o una *garde à vue*.

3.3. Il trattenimento in zona di attesa

Con l'intento di garantire l'efficacia delle decisioni di diniego di ingresso sul territorio francese, la legge n. 92-625 del 6 luglio 1992 sulle zone di attesa dei porti e degli aeroporti ha introdotto la possibilità di trattenere uno straniero nelle cc.dd. zone di attesa o aree di transito per il tempo necessario alla sua partenza. Tale misura può essere applicata solo nei confronti di uno straniero che non sia ancora formalmente entrato sul territorio. Spetta alla polizia di frontiera stabilire che il soggetto possa essere trattenuto.

Tale istituto riguarda, in effetti, tre categorie di stranieri: quelli sottoposti a una decisione di diniego di ingresso nel territorio e a cui tale decisione sia stata notificata, i richiedenti asilo e le persone che transitano in una stazione, in un

¹⁹ V. art. L. 111-7 e L. 611-1 del CESEDA.

²⁰ V. circolare del 18 gennaio 2013 sul trattenimento per la verifica del diritto al soggiorno degli stranieri, http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2013/01/cir_36394.pdf.

porto o in un aeroporto qualora l'impresa di trasporto che doveva portarle nel paese di destinazione ulteriore rifiuti di imbarcarle o qualora le autorità del paese di destinazione abbiano rifiutato l'ingresso e le abbiano rimandate in Francia.

Il trattenimento in zona di attesa non è considerato come una misura privativa della libertà, giacché lo straniero ha la possibilità di mettere fine al trattenimento lasciando, semplicemente, il territorio nazionale. Durante il trattenimento, lo straniero ha diritto a un interprete, a un medico e a un avvocato. Il trattenimento è inserito su un registro e controllato da parte dell'autorità giudiziaria. Il procuratore della Repubblica è subito informato e, dopo quattro giorni, viene avvisato il giudice delle libertà e della detenzione. Entrambi possono recarsi sul posto per verificare le condizioni del trattenimento.

Tale istituto è stato ritenuto legittimo dalle giurisdizioni nazionali e internazionali, malgrado la posizione contraria dell'Alto commissariato per i rifugiati delle Nazioni unite. Nel 2011, il legislatore ha sancito la possibilità di creare zone di attesa temporanee e mobili, che possono essere situate ovunque sul territorio francese, per una durata massima di ventisei giorni, con l'unica condizione che un gruppo di almeno dieci stranieri siano arrivati in uno stesso luogo o su vari luoghi tra loro distanti al massimo 10 chilometri²¹.

4. L'ingresso irregolare

Nel caso in cui le autorità di polizia constatino che lo straniero è in situazione irregolare, due soluzioni sono ipotizzabili: tradurlo davanti al tribunale correzionale perché siano irrogate sanzioni penali, oppure condurlo dinanzi al prefetto, il quale potrà adottare una misura di allontanamento dal territorio.

²¹ V. legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011 sull'immigrazione, sull'integrazione e sulla cittadinanza. La direttiva c.d. "retour", ovvero la direttiva n. 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, limita tale ipotesi a situazioni di urgenza e di natura eccezionale. Il legislatore non ha integrato tali elementi nella disciplina, ma la circolare del 17 giugno 2011 indica che tale strumento debba essere utilizzato solo in maniera eccezionale per casi di ingresso sul territorio francese manifestamente irregolari.

4.1. Le conseguenze sul piano penale

4.1.1. Il reato di ingresso irregolare

Ai sensi dell'art. L. 621-2 del Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, lo straniero che è entrato in Francia senza essere in possesso dei documenti richiesti per legge, incorre nella pena della detenzione per un anno e nell'ammenda di 3.750 euro. Le stesse sanzioni sono applicabili allo straniero che non abbia rispettato le norme della Convenzione di Schengen del 19 giugno 1990. È il caso dello straniero che non è in possesso di documenti di viaggio, di visto o di risorse economiche sufficienti al suo sostentamento. È anche il caso dello straniero che entra sul territorio nazionale essendo stato segnalato ai fini della non ammissione in applicazione di una decisione esecutiva assunta da un altro Stato firmatario del Trattato.

Il giudice penale può pronunciare contro lo straniero condannato per immigrazione irregolare una sanzione all'interdizione dal territorio francese per un periodo di tempo non superiore a tre anni. L'interdizione dal territorio francese provoca l'accompagnamento del condannato alla frontiera, se del caso al termine dell'esecuzione della pena detentiva.

4.1.2. Il reato di ingresso di aiuto al soggiorno o alla circolazione irregolare di uno straniero

In applicazione del primo comma dell'art. L. 622-1 del CESEDA, il fatto di favorire, direttamente o indirettamente, l'ingresso, la circolazione o il soggiorno irregolari di uno straniero costituisce un delitto punito con 5 anni di reclusione e 30.000 euro di multa. La disciplina del reato di aiuto al soggiorno o alla circolazione irregolare e, nello specifico, l'art. L. 622-4, che prevedeva vari casi di esenzione, è stata impugnata nell'ambito di una QPC. Nel decidere la questione, con la decisione n. 2018 717/718 QPC del 6 luglio 2018²², il *Conseil* ha affermato, per la prima volta, che la *fraternité* è un principio di rango costituzionale, all'uopo rifacendosi al motto della Repubblica ("*Liberté, Égalité, Fraternité*"), enunciato anche all'art. 2 della Costituzione, nonché ai riferimenti

²² *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2018 717/718 QPC del 6 luglio 2018, *M. Cédric H. et autres*, sul delitto di aiuto all'ingresso, alla circolazione o al soggiorno irregolari di uno straniero. La segnalazione relativa alla decisione è reperibile *on line* alla pagina https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_201807.pdf.

contenuti nel Preambolo della Costituzione ed all'art. 72-3 della stessa. Dal principio così enunciato, si è dedotta la sussistenza della libertà di aiutare gli altri, con uno scopo umanitario, a prescindere dalla condizione di regolarità del soggiorno sul territorio nazionale del destinatario dell'aiuto. Il *Conseil* ha avuto cura di rilevare, tuttavia, che nessuna regola di rango costituzionale garantisce agli stranieri un diritto generale ed assoluto di ingresso e soggiorno sul territorio francese. L'obiettivo della lotta contro l'immigrazione irregolare è una componente della protezione dell'ordine pubblico, che rappresenta un obiettivo di valore costituzionale, di talché si impone un bilanciamento tra il principio di solidarietà e la protezione dell'ordine pubblico, bilanciamento i cui termini concreti debbono essere definiti dal legislatore.

In conseguenza di tale decisione, il legislatore ha modificato il quadro normativo, nell'esercizio del suo potere discrezionale, con l'art. 38 della legge del 10 settembre 2018, le cui disposizioni estendono le esenzioni penali per i soggetti perseguiti per il reato di aiuto al soggiorno irregolare di uno straniero alle persone perseguite per il reato di aiuto alla circolazione irregolare di uno straniero. Nella decisione n. 2018-770 DC del 6 settembre 2018, il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato tali disposizioni conformi alla Costituzione²³.

4.2. Le conseguenze sul piano amministrativo

A livello amministrativo, sono applicabili diverse soluzioni nei confronti dello straniero in situazione irregolare: l'allontanamento dal territorio, mediante l'*obligation de quitter la France* (c.d. OQTF), l'espulsione, l'accompagnamento verso un altro paese europeo o le sanzioni consistenti nel divieto di accesso al territorio francese, con l'*interdiction administrative de retour en France* e l'*interdiction judiciaire du territoire français*.

²³ *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2018-770 DC del 6 settembre 2018, *Legge per una immigrazione controllata, un diritto di asilo effettivo ed una integrazione riuscita*. La segnalazione relativa alla decisione è reperibile *on line* alla pagina https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_201809.pdf.

4.2.1. Le misure di allontanamento dal territorio

4.2.1.1. La c.d. *obligation de quitter le territoire français*

– La distinzione tra OQTF e APRF

Create con la legge n. 2006-911 del 24 luglio 2006 sull'immigrazione e l'integrazione, le OQTF si applicavano inizialmente quando veniva rifiutato il rilascio o il rinnovo del titolo di soggiorno o quando veniva revocato. L'*arrêté préfectoral de reconduite à la frontière* (c.d. APRF) era invece la principale misura di polizia amministrativa²⁴ volta ad allontanare uno straniero dal territorio francese nelle situazioni di violazione della legge (ingresso irregolare, permanenza nel territorio senza titolo di soggiorno). Tuttavia, il campo di applicazione dell'APRF è stato progressivamente ristretto, fino a essere incorporato nel perimetro dell'OQTF con la legge n. 2016-274 del 7 marzo 2016. Tali misure riguardano, ormai, tutte le situazioni previste dal CESEDA che implicano l'allontanamento dello straniero per irregolarità del soggiorno.

Se la riforma del 2016 ha fatto dell'OQTF la misura comune di allontanamento, sussistono comunque due casi di *arrêté* di accompagnamento alla frontiera definiti nell'art. L. 533-1 del CESEDA: i respingimenti motivati da condotte che costituiscano una minaccia all'ordine pubblico oppure quelli derivanti dall'esercizio di una attività professionale senza autorizzazione.

Inoltre, l'art. L. 531-3 del CESEDA prevede l'accompagnamento alla frontiera nei casi in cui uno straniero sia stato oggetto di una segnalazione finalizzata alla non ammissione in virtù di una decisione esecutiva adottata da uno degli Stati parte alla convenzione Schengen del 19 giugno 1990 e che soggiorni sul territorio metropolitano in maniera irregolare. Tale misura si applica anche agli stranieri sottoposti a una misura di allontanamento adottata da uno Stato membro dell'Unione europea.

– La disciplina delle OQTF

Lo straniero proveniente da un paese diverso dagli Stati membri dell'Unione europea, o dai paesi firmatari dell'accordo sullo Spazio economico europeo, o dalla Confederazione svizzera, o che non sia un familiare di un cittadino

²⁴ Creata con la legge n. 86-1025 del 9 settembre 1986 sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri.

appartenente ai paesi sopra menzionati, e che soggiorni in Francia in maniera irregolare, può essere oggetto di una decisione di OQTF.

La decisione è assunta dal prefetto del dipartimento competente, qualora ricorrano determinate condizioni:

– se lo straniero non dimostra di essere entrato regolarmente in Francia o nello spazio Schengen o di essere in possesso di un titolo di soggiorno in corso di validità;

– se il suo visto di soggiorno è scaduto o, qualora non sia tenuto a possedere un visto, se allo scadere di un periodo di 3 mesi dal suo ingresso in Francia non possieda un primo titolo di soggiorno regolarmente rilasciato;

– se allo straniero è stato rifiutato il rilascio o il rinnovo di un titolo di soggiorno o se questo gli è stato ritirato;

– se lo straniero non ha richiesto il rinnovo del suo titolo di soggiorno temporaneo e questo sia scaduto;

– se allo straniero sono state ritirate la ricevuta della domanda della carta di soggiorno o l'autorizzazione provvisoria al soggiorno o se il rinnovo di tali documenti gli è stato rifiutato.

La decisione prefettizia, che deve essere motivata, dispone che lo straniero debba lasciare volontariamente il territorio francese entro 30 giorni. Nella decisione è indicato il paese verso il quale il cittadino straniero è inviato in caso di esecuzione d'ufficio della misura.

La partenza deve invece avvenire immediatamente in caso di rifiuto di soggiorno o di rigetto della richiesta di asilo, o in caso di perdita del diritto a soggiornare nel territorio.

Il cittadino obbligato a lasciare il territorio francese può richiedere all'autorità amministrativa di beneficiare di un dispositivo di aiuto al ritorno nel paese d'origine. Il *dispositif d'aide au retour* (art. L. 331-1 CESEDA) consiste in un sussidio finanziario erogato allo straniero e, se del caso, al suo coniuge e ai suoi figli, per le spese di viaggio ai fini del ritorno nel proprio paese, nonché nell'assistenza per organizzare tale viaggio²⁵.

²⁵ Un *arrêté* del 21 febbraio 2019 ha stabilito che tale aiuto possa essere versato allo straniero anche qualora sia nel suo paese: cfr. <https://www.centre-inffo.fr/site-droit-formation/actualites-droit/aide-au-retour-des-etrangers-en-situation-irreguliere>.

Il CESEDA dispone, peraltro, che l'obbligo di abbandono del territorio non possa essere stabilito nei confronti di alcune categorie, tra le quali: i minori stranieri; gli stranieri che dimostrano di risiedere abitualmente in Francia dall'età di 13 anni; coloro che risiedono regolarmente in Francia da più di 20 anni; coloro che, non vivendo in stato di poligamia, dimostrano di essere genitori di un bambino francese minore residente in Francia e che contribuiscono di fatto alla sua educazione; gli stranieri coniugati con cittadini francesi da almeno 3 anni; coloro che risiedono abitualmente in Francia e che necessitano di particolari cure mediche che non potrebbero ricevere in altro paese (art. L. 511-4 CESEDA).

4.2.1.2. Il divieto di reingresso nel territorio francese

L'autorità amministrativa può disporre anche un divieto di reingresso nel territorio francese. Tale divieto e la sua durata sono decisi dall'autorità amministrativa tenendo conto degli anni della presenza del cittadino straniero in Francia, della natura dei suoi legami con il paese, del suo essere stato già destinatario di una misura di allontanamento e del fatto che la sua presenza possa costituire una minaccia per l'ordine pubblico. L'autorità amministrativa può inoltre revocare in ogni momento tale divieto e lo stesso straniero può presentare domanda di revoca (art. L. 511-1 CESEDA).

4.2.1.3. L'espulsione

Nei confronti di un cittadino straniero, la cui presenza in Francia costituisca una minaccia grave per l'ordine pubblico, può essere emanato un decreto di espulsione, provvedimento di polizia amministrativa adottato, di norma, dal prefetto (art. L. 521-1 CESEDA). Tuttavia, se ricorrono circostanze eccezionali, in cui la misura dell'espulsione è considerata un'esigenza immediata per la sicurezza dello Stato o per la protezione di alcuni suoi interessi fondamentali, o se si tratta di una "urgenza assoluta", il decreto è emanato dal Ministro dell'Interno (art. R. 522-2 CESEDA). Alcune categorie protette di stranieri possono essere oggetto di misure di espulsione solo in casi straordinari. In particolare, solo qualora una simile misura sia riconosciuta come una necessità immediata per la sicurezza dello Stato o la sicurezza pubblica, possono essere espulsi gli stranieri che si trovano in una delle seguenti condizioni (art. L. 521-2 CESEDA):

– lo straniero che, non essendo poligamo, ha un figlio minore di cittadinanza francese e residente in Francia, a condizione che egli contribuisca in modo

sostanziale al suo sostentamento e alla sua educazione e che non sia oggetto di una sentenza definitiva di condanna ad almeno 5 anni di reclusione;

– lo straniero sposato da almeno 3 anni con una persona di cittadinanza francese;

– lo straniero che risiede abitualmente in Francia da almeno 10 anni;

– lo straniero titolare di una rendita dovuta ad un incidente sul lavoro o ad una malattia professionale che lo ponga in uno stato di invalidità pari almeno al 20%, tranne che non sia oggetto di una sentenza definitiva di condanna ad almeno 5 anni di reclusione;

– lo straniero cittadino di un paese membro dell'UE o dello Spazio economico europeo, o della Confederazione svizzera.

Inoltre, il codice stabilisce che determinate categorie di stranieri possono essere espulse solo nel caso in cui sia dimostrato che svolgano attività terroristica o compiano atti di incitamento all'odio, alla discriminazione, alla violenza verso una persona o un gruppo di persone (art. L. 521-3 CESEDA). Tali categorie "protette" sono:

– lo straniero che dimostri di risiedere abitualmente in Francia dall'età di 13 anni;

– lo straniero che risiede regolarmente in Francia da più di 20 anni;

– lo straniero che risiede regolarmente in Francia da più di 10 anni e che, non essendo poligamo, è coniugato da almeno 4 anni con un cittadino francese o con uno straniero che è genitore del proprio figlio, a condizione che contribuisca al suo sostentamento;

– lo straniero che risiede abitualmente in Francia e che necessita di particolari cure mediche che non potrebbe ricevere nel paese d'origine.

Salvo che in caso di urgenza assoluta, il procedimento amministrativo ordinario in materia prevede che allo straniero sia notificato il fatto che è stata aperta nei suoi confronti una procedura di espulsione e per quali motivi. Lo straniero, nel bollettino di notifica, riceve inoltre la convocazione presso una apposita commissione. Viene informato che può presentarsi presso la commissione insieme con un proprio consulente legale e richiedere un interprete. Egli può anche richiedere un sussidio economico per far fronte alle spese legali per la sua difesa (la c.d. *aide juridictionnelle*) e può presentare ricorso contro un eventuale decreto di espulsione. La commissione, dopo aver ascoltato lo straniero, invia all'autorità amministrativa competente il suo parere entro un mese.

I minori stranieri non possono in alcun caso essere espulsi (art. L. 521-4 CESEDA).

4.2.2. Le misure di sorveglianza dello straniero in attesa dell'allontanamento

4.2.2.1. La detenzione amministrativa

La detenzione amministrativa consente di trattenere in un luogo chiuso (in un centro di detenzione amministrativa o, prima di esservi trasferito, per un massimo di 48 ore, in un commissariato) lo straniero sottoposto ad una misura di allontanamento nell'attesa del suo rimpatrio. Possono essere sottoposti alla detenzione gli stranieri soggetti ad una OQTF, a un divieto amministrativo di ritorno sul territorio francese, a una sanzione di interdizione dal territorio francese, ad una misura di espulsione o ad una misura di allontanamento nell'ambito dell'Unione europea.

Tale misura è decisa dal prefetto, per una durata di 48 ore, ed eventualmente prolungata dal giudice delle libertà e della detenzione qualora la partenza immediata non sia possibile. Non può oltrepassare i 90 giorni (tranne che in caso di allontanamento per attività terroristiche). Allo straniero viene riconosciuto il diritto ad essere assistito da un avvocato, a vedere un medico, a comunicare con l'esterno e a ricevere il sostegno da associazioni.

La riforma del 2018 ha modificato le condizioni di prolungamento di una misura di detenzione amministrativa adottata contro uno straniero sottoposto ad una misura di allontanamento dal territorio. Nella decisione n. 2018-770 DC del 6 settembre 2018²⁶, il *Conseil constitutionnel* ha considerato che la violazione della libertà individuale risultante dall'allungamento del termine massimo della detenzione amministrativa a 90 giorni fosse adatta, necessaria e proporzionata all'obiettivo di prevenzione delle violazioni dell'ordine pubblico perseguito dal legislatore. La costituzionalità delle disposizioni contestate è stata, però, condizionata ad una riserva di interpretazione secondo cui l'autorità giudiziaria può interrompere, in ogni momento, il prolungamento della detenzione, di propria

²⁶ V. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2018-770 DC del 6 settembre 2018, *Legge per una immigrazione controllata, un diritto di asilo effettivo ed una integrazione riuscita*. La relativa segnalazione è reperibile *on line* nel *Bollettino dell'attualità giurisprudenziale straniera* del mese di settembre 2018.

iniziativa o su richiesta dello straniero, qualora le circostanze di diritto o di fatto lo giustifichino.

La riforma del 2018 ha peraltro modificato l'art. L. 551-1 del CESEDA, limitando, con tre eccezioni, il divieto di sottoporre un minore al regime di detenzione amministrativa. Tali disposizioni stabiliscono che un minore può essere sottoposto a tale regime:

– qualora accompagni uno straniero che sia stato sottoposto a detenzione amministrativa e che non abbia rispettato le condizioni di una precedente misura di soggiorno obbligato;

– qualora lo straniero che accompagna il minore sia in stato di fuga o abbia rifiutato di essere sottoposto ad una misura di allontanamento dal territorio;

– qualora, in considerazione dell'interesse del minore, il regime di detenzione amministrativa dello straniero che accompagna il minore sia limitato alle 48 ore precedenti la partenza programmata e preservi l'interessato ed il minore dai vincoli legati alle necessità del rimpatrio.

Il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che, in queste tre ipotesi, oltre alle motivazioni date dal legislatore, il regime di detenzione del minore è giustificato dall'opportunità di non separarlo dallo straniero maggiorenne che lo accompagna. Ha quindi affermato che la conciliazione operata dal legislatore tra l'interesse, per il minore, di non essere messo in detenzione amministrativa e l'inconveniente di essere separato da colui che lo accompagna e, infine, le esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico, non è contraria alla Costituzione²⁷.

4.2.2.2. L'obbligo di soggiorno

L'obbligo di soggiorno (o la c.d. *la rétention hors les murs*) può essere irrogato nei confronti di uno straniero in aggiunta alla misura di allontanamento per un massimo di 45 giorni, rinnovabile una volta (per tre volte in applicazione della procedura Dublino). Tale misura è impugnabile entro 48 ore nell'ambito di un *référé-liberté*.

²⁷ La CEDU è stata adita nell'ambito di una questione pregiudiziale, sollevata in data 6 dicembre 2018, al fine di determinare se la detenzione amministrativa per una madre e sua figlia minore potesse essere considerato con un trattamento disumano e degradante. Per maggiori informazioni v. <https://www.gisti.org/spip.php?article6139>. V. anche C. POULY, *La rétention des étrangers est-elle conforme aux exigences de la Convention européenne ?*, in *Dalloz actualité*, 29 giugno 2018, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/retention-des-etrangers-est-elle-conforme-aux-exigences-de-convention-europee#.XNdBaGVA9Lw>

5. Il soggiorno degli stranieri

Se gli stranieri non possono godere dei diritti di cittadinanza, essi godono, però, di alcuni diritti civili come, ad esempio, l'accesso alla giustizia, che si concretizza nella possibilità, per lo straniero regolare o irregolare, di impugnare le misure adottate nei suoi confronti, nonché di diritti sociali e economici che variano a seconda della regolarità o meno del soggiorno. Tali diritti sono stabiliti dal legislatore e, a seconda dei casi, confermati o ampliati dalla giurisprudenza²⁸.

5.1. Il soggiorno degli stranieri in situazione regolare

Gli stranieri in situazione regolare godono degli stessi diritti socio-economici dei cittadini francesi e godono di diritti specifici, come il ricongiungimento familiare.

5.1.1. Il ricongiungimento familiare

L'art. L. 411-1 del CESEDA stabilisce che lo straniero che soggiorna regolarmente in Francia da almeno 18 mesi, in possesso un titolo di soggiorno di una durata di validità di almeno un anno, può chiedere di beneficiare del diritto a essere raggiunto, in applicazione del ricongiungimento familiare, dal coniuge, qualora questi abbia almeno 18 anni, e dai figli della coppia che siano minorenni.

L'art. L. 411-2 del medesimo codice stabilisce che il ricongiungimento può essere richiesto per i figli minorenni del richiedente e quelli del suo coniuge per i quali, al giorno della richiesta, la filiazione sia stabilita solo con il richiedente o il coniuge o il cui altro genitore sia deceduto o abbia perso i diritti parentali.

Può anche essere richiesto per i figli del richiedente o/e del suo coniuge minorenni che siano affidati all'uno o all'altro, in virtù di una decisione di una giurisdizione straniera. Copia di tale decisione dovrà essere prodotta, insieme con l'autorizzazione dell'altro genitore a far partire il minore verso la Francia (art. 411-3).

Il ricongiungimento familiare può essere rifiutato solo nei seguenti casi (art. L. 411-5):

– il richiedente non giustifica di avere risorse stabili e sufficienti per sostenere i bisogni della sua famiglia;

²⁸ Per una visione d'insieme dei diritti sociali riconosciuti agli stranieri e della giurisprudenza associata v. <https://www.gisti.org/spip.php?rubrique111>.

– non dispone o non disporrà, al momento dell'arrivo in Francia della sua famiglia, di un alloggio considerato normale per una famiglia equivalente che viva nella stessa regione geografica;

– il richiedente non si conformi ai principi essenziali che, conformemente alle leggi della Repubblica, disciplinano la vita familiare in Francia.

Può essere escluso dal ricongiungimento familiare (art. L. 411-6 CESEDA) il membro della famiglia la cui presenza in Francia costituisca una minaccia all'ordine pubblico, quello affetto da una malattia menzionata nel regolamento sanitario internazionale e quello che risieda già in Francia.

Qualora il richiedente sia poligamo e risieda in Francia con un primo coniuge, il ricongiungimento familiare non può essere concesso a un altro coniuge (art. L. 411-7 CESEDA).

5.1.2. La protezione sanitaria

Gli stranieri che abbiano un titolo di soggiorno²⁹ regolare beneficiano dello stesso sistema di protezione sanitario dei cittadini francesi, ovvero della Protezione universale malattia, c.d. PUMA. Per poter beneficiare della PUMA, l'interessato deve lavorare o risiedere in Francia in maniera stabile e regolare³⁰ e, successivamente, essere immatricolato e affiliato alla *Sécurité sociale*. Inoltre, deve giustificare la regolarità del suo soggiorno presentando uno dei documenti elencati nell'*arrêté* del 10 maggio 2017. La copertura sanitaria è accordata per un anno ed è rinnovabile. Gli stranieri che esercitino in Francia una attività lavorativa e che abbiano l'autorizzazione di lavorare sono obbligatoriamente assicurati al regime della *sécurité sociale* alle stesse condizioni dei cittadini.

Gli stranieri possono anche beneficiare della protezione complementare malattia, c.d. *CMU complémentaire*, ai sensi dell'art. L. 861-1 ss. del Codice della sicurezza sociale.

²⁹ L'elenco dei titoli di soggiorno che consentono l'ammissione alla Puma è contenuto nell'*arrêté* del 10 maggio 2017 sulla lista dei titoli di soggiorno previsti al I dell'art. R. 111-3 del Codice della sicurezza sociale, reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034677457>.

³⁰ Una persona è considerata residente in Francia qualora il suo luogo di residenza principale sia in Francia. La stabilità del soggiorno è riconosciuta qualora i soggetti abbiano risieduto sul territorio per almeno 3 mesi al momento di chiedere la Puma e, successivamente, almeno 6 mesi l'anno. Per ulteriori informazioni, v. <https://www.previsissima.fr/dossier/la-protection-universelle-maladie-puma-lassurance-maladie-pour-tous.html>.

5.1.3. Il *revenu de solidarité active*

Lo straniero che soggiorni regolarmente in Francia può chiedere il *revenu de solidarité active* (c.d. RSA) qualora abbia almeno 25 anni e risieda in Francia in maniera stabile ed effettiva (condizioni che valgono anche per i francesi). Soprattutto, lo straniero deve essere titolare di un titolo di soggiorno che consenta di lavorare da almeno 5 anni.

5.2. Il soggiorno degli stranieri in situazione di vulnerabilità

5.2.1. Il soggiorno dei richiedenti asilo

5.2.1.1. L'accoglienza presso centri

Introdotta con la legge del 10 settembre 2018, il *schéma national d'accueil* è un piano che ha come obiettivo quello di migliorare le condizioni di accoglienza e di alloggio dei richiedenti asilo (art. L. 744-2 CESEDA), insistendo sull'obbligo generale di cooperare imposto ai richiedenti (art. L. 723-4).

Quando lo straniero presenta la sua richiesta di asilo in prefettura, l'*Office Français de l'Immigration et de l'Intégration* (d'ora in avanti, OFII) propone al richiedente asilo condizioni materiali di accoglienza, in applicazione della direttiva n. 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sulle norme per l'accoglienza delle persone che richiedono la protezione internazionale.

Tali condizioni comprendono un posto in un centro di accoglienza per richiedenti asilo (cc.dd. *Centre d'accueil pour les demandeurs d'asile e Hébergement d'urgence pour les demandeurs d'asile*)³¹, dove il richiedente riceve un'assistenza sociale e amministrativa. La legge sull'asilo e immigrazione del 10 settembre 2018 ha aggiunto anche un'assistenza giuridica.

5.2.1.2. I sussidi

Creata dalla legge n. 2015-925 del 29 luglio 2015 sulla riforma del diritto di asilo, l'*allocation pour demandeur d'asile* (c.d. ADA) è gestita dall'OFII. Tale

³¹ Per un quadro di sintesi relativo ai centri presenti sul territorio francese v. <https://www.lacimade.org/schemas-regionaux-daccueil-des-demandeurs-dasile-quel-etat-des-lieux/>.

sussidio³² deve consentire ai richiedenti di rispondere ai loro bisogni in materia di abbigliamento, di vitto e di alloggio (artt. D. 744-7 ss. CESEDA). Viene erogato a tutti i richiedenti asilo in pendenza della decisione sulla loro richiesta e finché siano autorizzati a soggiornare in Francia alla condizione di possedere il certificato di richiesta di asilo. È un sussidio mensile, di un importo giornaliero di 6,80 euro per un richiedente asilo, maggiorato di 7,40 euro nel caso in cui il richiedente non abbia avuto assegnato un alloggio. Tale sussidio viene versato a condizione che le risorse del richiedente asilo non oltrepassino l'importo del *Revenu de solidarité active* (cui non hanno diritto i richiedenti asilo). Le risorse prese in considerazione comprendono le risorse del richiedente, ma anche quelle del coniuge. Una volta entrato nel centro di accoglienza, il richiedente asilo percepisce il sussidio per richiedenti asilo non maggiorata e versata dall'OFII; l'importo varia a seconda della composizione della famiglia del richiedente. Il sussidio cessa al termine del mese che segue quello della notifica della decisione definitiva sulla richiesta di asilo o a partire dalla data del trasferimento effettivo del richiedente asilo secondo quanto prevede la c.d. "procedura Dublino".

Il beneficio economico è subordinato all'accettazione della proposta di alloggio o della regione di orientamento e al rispetto delle esigenze poste dalle autorità competenti, consistenti nel recarsi ai colloqui, presentarsi alle autorità e fornire informazioni utili al fine di facilitare l'istruzione delle domande. Il mancato adempimento a tali obblighi comporta il ritiro immediato delle condizioni materiali di accoglienza³³.

La legge del 2015 prevede anche la possibilità per il richiedente asilo di intentare un'azione per ottenere il pagamento del sussidio, in caso di mancato versamento entro i 2 anni dal momento in cui egli ne avesse avuto titolo. Esiste anche la possibilità per l'OFII di attivare una procedura di riscossione delle prestazioni indebitamente percepite entro i 2 anni a partire dal pagamento delle prestazioni.

5.2.1.3. L'inserimento sociale

Dal 1991, non viene più riconosciuto ai richiedenti asilo il diritto automatico di lavorare. Tuttavia, possono disporre di una richiesta di autorizzazione al lavoro se

³² Per maggiori informazioni, v. http://asile-en-france.com/index.php?option=com_content&view=article&id=18:allocation-des-demandeurs-d-asile&catid=8&showall=1&Itemid=117.

³³ Fino alla riforma del 2018 i testi prevedevano la loro sospensione.

l'OFPPRA tarda a istruire la richiesta di protezione. La richiesta di autorizzazione a lavorare è istruita secondo le regole del diritto comune applicabili ai lavoratori stranieri e in funzione della situazione del mercato del lavoro.

L'accesso al mercato del lavoro può essere autorizzato al richiedente asilo quando l'OFPPRA non ha reso una decisione sulla richiesta di asilo entro un termine di 9 mesi dalla registrazione della richiesta di asilo per le richieste depositate prima del 1° marzo 2019, e di 6 mesi per quelle depositate dopo tale data.

I richiedenti asilo possono anche seguire un percorso di studio o di formazione professionale.

5.2.2. Il caso dei minori non accompagnati

L'articolo L 311-1 del CESEDA pone l'obbligo per gli stranieri di età superiore ai 18 anni di dotarsi di una carta di soggiorno. I minori non sono sottoposti a questo obbligo, e possono quindi rimanere nel territorio senza effettuare formalità amministrative.

Il CESEDA disciplina inoltre l'ingresso dei minori privi di rappresentante legale che si presentano alle frontiere, prevedendo la nomina di un tutore *ad hoc* quando sono in zona di attesa nonché quando debbano accedere allo statuto di apolide, di rifugiato o alla protezione sussidiaria. I minori non accompagnati presenti sul territorio, entrati regolarmente o meno, sono invece sottoposti alla disciplina del Codice civile e del Codice dell'azione sociale e delle famiglie.

Qualora non siano accompagnati, i minori richiedenti asilo devono essere presi in carico sulla base dell'aiuto sociale all'infanzia. Il giudice tutelare affida la tutela del minore all'*Aide Sociale à l'Enfance* (d'ora innanzi, ASE). Tale giudice può essere adito dal minore stesso, da un terzo, dal pubblico ministero o da parenti. I minori di età compresa tra 6 e 16 anni devono essere scolarizzati.

A partire dal settembre 2018, una autorizzazione di lavoro è accordata ai minori non accompagnati presi in carico dall'ASE su presentazione di un contratto di apprendimento o di un contratto di professionalizzazione (art. L. 5221-5 del Codice del lavoro).

5.3. L'accoglienza degli stranieri in situazione irregolare

Contrariamente agli stranieri regolari, le persone in situazione irregolare non possono beneficiare di sussidi né tantomeno possono godere degli aiuti materiali³⁴ previsti dallo *schéma national d'accueil*. In materia di alloggio, possono godere del beneficio dell'alloggio di urgenza solo in circostanze eccezionali. In tale ipotesi, solo l'ente statale può essere incaricato della loro presa in carico. Possono invece beneficiare di diritti socio-sanitari elementari, quali l'*aide médicale d'État* (d'ora in avanti AME) e l'*aide sociale à l'enfance* (d'ora in avanti ASE).

5.3.1. L'aide médicale d'État

L'AME (artt. L. 251-1 a L. 253-4 del Codice dell'azione sociale e delle famiglie) copre principalmente le spese sanitarie degli stranieri in situazione irregolare. Dall'adozione del decreto del 28 luglio 2005 sull'AME³⁵ e della circolare del 27 settembre³⁶ dello stesso anno, le condizioni di erogazione dell'AME si sono ristrette. L'AME è rivolta agli stranieri che risiedano in Francia da almeno 3 mesi ed è calcolata in base alle risorse del richiedente³⁷. Le persone a carico dello straniero e che con lui risiedano in Francia possono beneficiarne (coniuge, *partner* PACS, convivente, figlio o altre persone a carico). L'AME è conferita per un periodo di un anno rinnovabile alla condizione che la richiesta di rinnovo sia stata depositata entro 2 mesi dalla data di scadenza.

³⁴ In una sentenza del 25 gennaio 2018, il tribunale amministrativo di Parigi ha annullato la delibera della società di trasporti dell'Ile-de-France che escludeva dal beneficio delle riduzioni sulle tariffe dei titoli di trasporto gli stranieri che potessero giustificare di percepire l'AME. V. <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/les-etrangers-en-situation-irreguliere-peuvent-beneficier-des-reductions-dans-les-transports-francil>.

³⁵ Il testo del decreto è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2005/7/28/SOCA0422023D/jo/texte>.

³⁶ Circolare DGAS/DSS/DHOS n. 2005-407 del 27 settembre 2005 sull'*aide médicale de l'État*. Il testo della circolare è reperibile *on line* alla pagina https://www.cmu.fr/fichier-utilisateur/fichiers/CIRCULAIRE_DGAS_DSS_DHOS_%202005-407%20du%2027%20septembre%202005%20relative_AME.pdf

³⁷ Per l'ammissione all'AME vengono prese in considerazione le risorse percepite dal richiedente nei 12 mesi precedenti la richiesta: v. <https://www.ameli.fr/assure/droits-demarches/situations-particulieres/situation-irreguliere-ame>.

5.3.2. L'aide sociale à l'enfance

L'ASE, il cui importo varia da 150 a 450 euro mensili, è rivolta ai minori e può essere attribuita anche agli stranieri in situazione irregolare. Per poterne usufruire, non vi sono né condizioni di regolarità né di durata minima del soggiorno in Francia (art. L. 111-2 del Codice dell'azione sociale e delle famiglie, CASF). Comprende sussidi finanziari per sostenere le persone che abbiano a carico un minore al fine di garantire il suo mantenimento, la sua sicurezza e la sua condotta (art. L 221-1 del CASF).

Si può beneficiare di un sussidio educativo in ambiente aperto, ovvero di un intervento a domicilio di un educatore sulla base di un contratto di un anno concluso tra l'amministrazione ed i genitori. Prevede anche l'alloggio nei cc.dd. *centres maternels* per accogliere le madri isolate con un minore di età inferiore a 3 anni in vista del loro reinserimento socio-professionale o per l'accoglienza provvisoria dei minori (i genitori concludono un contratto di un anno rinnovabile, rimangono titolari della potestà genitoriale e possono porvi fine in qualunque momento). Infine, qualora un minore sia stato affidato ai servizi dell'ASE per un periodo di almeno 3 anni può, prima dei suoi 18 anni, chiedere la cittadinanza francese (art. 21-12 del Codice civile).

5.3.3. Il soggiorno per motivi umanitari o eccezionali

Gli stranieri in situazione irregolare possono chiedere di essere ammessi nel territorio nazionale per motivi umanitari o eccezionali, richiedendo un titolo di soggiorno temporaneo con la menzione "vita privata e familiare" o "lavoratore temporaneo/impiegato". Il titolo di soggiorno legato alla vita privata o familiare può essere rilasciato in ragione dell'anzianità del soggiorno in Francia, dei legami privati e familiari, di minori scolarizzati in Francia, o per le vittime di violenza.

In quest'ultimo caso, la legge n. 2010-769 del 9 luglio 2010 sulle violenze contro le donne, sulle violenze di coppia e sulle loro ripercussioni sui bambini ha rafforzato la protezione delle donne che subiscano violenze domestiche nonché delle donne minacciate di matrimonio forzato con la creazione di un apposito strumento, l'*ordonnance de protection*³⁸. Essa conferisce alle persone straniere vittime di tali violenze il diritto a un titolo di soggiorno temporaneo con la menzione "vita privata e familiare". La legge del 4 agosto 2014, per l'uguaglianza

³⁸ V. GISTI, *Droit au séjour et violences familiales*, giugno 2016, 32 https://www.gisti.org/IMG/pdf/np_violence-familiales_v2-2016.pdf.

reale tra le donne e gli uomini, e, successivamente, la legge del 7 marzo 2016, sul diritto degli stranieri, hanno esteso l'ambito delle violenze idonee a conferire tale diritto, facendo riferimento alle violenze "familiari" e non più alle sole violenze di coppia.

In concreto, l'art. L. 316-3 del CESEDA stabilisce che, tranne nei casi in cui la presenza dello straniero costituisca un minaccia per l'ordine pubblico, l'autorità amministrativa rilascia, nei più brevi termini possibili, un titolo di soggiorno temporaneo con menzione "vita privata e familiare" allo straniero titolare di una ordinanza di protezione ai sensi dell'art. 515-9 del Codice civile, in ragione delle violenze subite nel rapporto di coppia o da un *ex* coniuge, un *ex partner* al quale era legato mediante PACS o un *ex* convivente. Non è necessario essere titolare di un visto di lungo periodo; il titolo di soggiorno attribuito è rinnovabile e conferisce il diritto all'esercizio di una attività professionale.

GERMANIA

di Maria Theresia Roerig

1. L'ingresso degli stranieri

1.1. Cenni sulla disciplina generale

In Germania esiste un testo unico in materia di immigrazione, il *Gesetz zur Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern* (legge sulla gestione e la limitazione dell'immigrazione e la disciplina del soggiorno e dell'integrazione dei cittadini UE e degli stranieri), c.d. "*Zuwanderungsgesetz*", del 30 luglio 2004, entrato in vigore il 1° gennaio 2005, e successivamente oggetto di varie modifiche. Di questo fa parte la legge tedesca sul soggiorno, sull'attività lavorativa e sull'integrazione degli stranieri nel territorio federale (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*¹, di seguito anche *AufenthG*) del 30 luglio 2004 (da ultimo modificata nel luglio 2018), che disciplina i permessi di soggiorno di cittadini extracomunitari. Tale normativa costituisce la principale base giuridica in materia di ingresso, allontanamento e soggiorno di cittadini stranieri in Germania ed è applicabile anche ai rifugiati e ai richiedenti asilo, nella misura in cui la normativa sul procedimento di asilo non preveda norme speciali.

Oltre all'*AufenthG*, la *Zuwanderungsgesetz* contiene le disposizioni in materia di libera circolazione dei cittadini comunitari e di quelli appartenenti allo Spazio economico europeo (non oggetto di analisi in questa sede), nonché la disciplina di ulteriori situazioni relative al fenomeno dell'immigrazione, tra cui l'asilo e il relativo procedimento (disciplinato dall'*Asylgesetz* – legge sull'asilo – del 26 giugno 1992, nella sua nuova versione del 2 settembre 2008, da ultimo modificata il 4 dicembre 2018)², la cittadinanza, la situazione giuridica degli espatriati (persone di etnia tedesca provenienti dall'Estonia, dalla Lituania e dalla Lettonia,

¹ Una traduzione inglese dell'*AufenthG* (nella sua nuova versione del 25 febbraio 2008, *BGBL* I. p. 162, da ultimo modificata il 12 luglio 2018, *BGBL* I., p. 1147), aggiornata al 30 ottobre 2017, è disponibile alla pagina https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aufenthg/index.html.

² Una traduzione in lingua inglese è disponibile alla pagina https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_asylvfg/index.html.

giunte in Germania dopo il 31 dicembre 1992) e degli apolidi nel territorio tedesco, nonché i diritti sociali degli stranieri.

Da notare è che la normativa di recepimento della direttiva 2008/115/CE del Parlamento e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, figura all'interno dell'*AufenthG* e dell'*Asylgesetz*. Le modifiche sono state introdotte tramite la c.d. legge di attuazione di direttive Ue e di adeguamento di disposizioni nazionali al codice visti Ue (*Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex*) del 22 novembre 2011 (BGBl. parte I n. 59, p. 2258). La Germania ha negli anni attuato le varie direttive comunitarie ed europee in materia di asilo e protezione internazionale e ha inoltre adeguato la normativa nazionale alle esigenze che sono emerse alla luce della giurisprudenza europea e/o di regolamenti attinenti (tra cui il Regolamento Dublino III).

Si segnala infine come la grande coalizione Spd-Cdu-Csu abbia presentato un disegno di legge in materia di immigrazione, il c.d. "*FEG - Fachkräfteeinwanderungsgesetz* ("legge sull'immigrazione di lavoratori specializzati"), in cui si tende a semplificare l'accesso a lavoratori qualificati stranieri extracomunitari, avendo individuato nell'accoglienza in Germania di detti lavoratori la mossa cruciale per poter restare un *competitor* valido nel mercato globale.

Il disegno di legge separa la questione dell'immigrazione professionale (la migrazione economica) da quella dei richiedenti asilo. Mentre si potrà sempre chiedere asilo in base alla legge tedesca, i cittadini extra-Ue che non posseggano elevati livelli di istruzione (non necessariamente accademica ma comunque qualificata) e, possibilmente, una offerta di lavoro concreta in Germania, avranno maggiore difficoltà a varcare i confini federali tedeschi. I migranti verranno essenzialmente classificati sulla base di una serie di prerequisiti: livello di istruzione, età, competenze linguistiche, offerte di lavoro e sicurezza finanziaria.

Infine, un ulteriore disegno di legge sulla formazione e attività di stranieri "tollerati" (*Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung*) prevede il rilascio del permesso di soggiorno anche a quei richiedenti asilo che, pur presenti sul territorio tedesco (come "tollerati", tuttavia senza permesso), abbiano visto rifiutata la loro domanda (a patto che questi abbiano già un lavoro a tempo pieno in Germania da almeno 18 mesi, siano in

grado di dimostrare la loro identità, non abbiano alcun precedente criminale e parlino almeno un livello medio di tedesco)³.

1.2. I titoli che legittimano l'ingresso degli stranieri

L'*Aufenthaltsgesetz* contiene le principali basi giuridiche in materia di ingresso, di soggiorno e di allontanamento degli stranieri⁴, non appartenenti ai paesi dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo⁵.

L'ingresso regolare nel territorio tedesco presuppone il possesso di un valido passaporto (salvo in caso di un esonero stabilito da un apposito regolamento) o documento d'identità sostitutivo ed il possesso di un titolo di soggiorno (§ 4 *AufenthG*) o quantomeno di un visto (§§ 4, 6 *AufenthG*). L'ingresso, previa esibizione di documento di riconoscimento, nel territorio federale, così come l'uscita, sono ammessi soltanto presso appositi posti per il valico di confine e solo durante le ore prestabilite di traffico frontaliero, se non diversamente determinato da disposizioni di un'altra legge o da accordi intrastatali (§ 13 *AufenthG*).

Ai sensi del secondo comma del § 13 *AufenthG*, uno straniero si considera "entrato" in Germania soltanto se ha oltrepassato il valico di frontiera. Tuttavia, ove lo straniero venga fatto oltrepassare il confine al solo scopo di effettuare i controlli di legge da parte della polizia di confine, anche al fine di adottare una decisione sull'eventuale respingimento (§ 15 *AufenthG*, §§ 18, 18a *AsylG*), non si parla di "ingresso" finché il soggiorno dello straniero rimanga controllabile (si tratta della finzione giuridica del "non-ingresso").

L'ingresso ed il soggiorno in Germania presuppongono inoltre un titolo di soggiorno, che viene concesso per motivi di lavoro, di studio e formazione, di ricongiungimento familiare oppure per motivi umanitari, di diritto internazionale o politici. Si noti tuttavia che, ai sensi del § 4, comma 1, della *AufenthG*, il

³ Il mondo produttivo e dell'industria sembra apprezzare la prospettata *deregulation* dell'accesso di lavoratori extra-europei nel mercato tedesco.

⁴ Il termine "straniero" identifica tutte le persone che non sono cittadini tedeschi ai sensi dell'art. 116, comma 1, LF (v. anche § 2, comma 1, *AufenthG*): "*Salva contraria disposizione di legge, si considera cittadino tedesco ai fini della presente Legge fondamentale chiunque possessa la cittadinanza tedesca o abbia trovato accoglienza, come profugo o espulso di appartenenza etnica al popolo tedesco, o come suo coniuge o discendente, nel territorio del Reich tedesco entro i confini vigenti alla data del 31 dicembre 1937*".

⁵ Una disciplina particolare è prevista, poi, con riferimento ai cittadini turchi e svizzeri (che godono, all'incirca, degli stessi diritti dei cittadini comunitari).

permesso di soggiorno non è obbligatorio se così stabilito in un regolamento, nella normativa dell'Unione europea o nell'accordo di associazione dell'Unione europea con la Turchia⁶.

Nella legge attuale sono contemplati, oltre al visto (per il transito e generalmente per soggiorni molto limitati⁷), i seguenti tipi di titoli di soggiorno:

- il permesso di soggiorno (*Aufenthaltserlaubnis*), la cui durata è temporanea e collegata ai motivi del soggiorno (§ 7 *AufenthG*); l'*Aufenthaltserlaubnis* è, infatti, generalmente rilasciato solo per specifiche ragioni (studio e formazione, pratica, attività scientifica e ricerca, impiego, ricongiungimento familiare, asilo, rifugiati e protezione temporanea, su cui meglio *infra*, ecc.); a determinate condizioni il permesso è rinnovabile (§ 8 *AufenthG*);
- il permesso di stabilimento (*Niederlassungserlaubnis*), la cui durata è indeterminata (§ 9); non ha alcuna limitazione di tempo e spazio e dà il diritto ad avere impieghi di lavoro. Si riceve solitamente solo dopo un periodo di permanenza specifico. A seconda della ragione per cui è stato richiesto il permesso di soggiorno (*Aufenthaltserlaubnis*) si può diventare titolare di una *Niederlassungserlaubnis*, se le condizioni precedenti lo permettono⁸;

⁶ Con riferimento ai cittadini turchi, si applica una disciplina particolare ai sensi dell'Accordo firmato ad Ankara il 12 settembre 1963, che ha creato un'Associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia (*BGBI.* 1964 II, p. 509), del protocollo aggiuntivo del 23 novembre 1970 (*BGBI.* 1972 II, p. 385) e delle conseguenti delibere del consiglio di associazione (ARB) N° 1/80 e n° 2/76.

⁷ V. però anche § 6, comma 3, *AufenthG* che prevede un "visto nazionale" i cui presupposti si orientano a quelli per i permessi di soggiorno.

⁸ Per ricevere questo tipo di permesso sono necessarie le condizioni seguenti: possesso di un permesso di soggiorno (*Aufenthaltserlaubnis*) da almeno 5 anni; aver effettuato almeno per 60 mesi pagamenti di assicurazione sociale; possesso dei necessari permessi di lavoro dipendente (se il lavoro è dipendente) o per l'attività lavorativa; assenza di motivi di sicurezza o ordine pubblico contrari al soggiorno; essere in grado di sostenersi economicamente; disporre di un alloggio sufficientemente grande per tutta la famiglia; buon livello di tedesco; conoscenze base del sistema legale e sociale tedesco.

Per i coniugi, è sufficiente che uno dei due abbia la dovuta stabilità economica e sociale. Per quanto riguarda i minori, possono generalmente ottenere un permesso di soggiorno permanente se possiedono un permesso di soggiorno da 5 anni all'età di sedici anni. Esistono anche regole speciali per i permessi dei titolari del diritto d'asilo e dei rifugiati riconosciuti. Di solito hanno la possibilità di ricevere il permesso stabile già dopo 3 anni.

- il permesso di soggiorno permanente UE (*Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU*) (§ 9a *AufenthG*), che recepisce quanto stabilito dalla direttiva 2003/109/CE del Consiglio europeo del 25 novembre 2003 e si distingue dalla *Niederlassungserlaubnis* per i suoi effetti “transnazionali”; detto permesso fornisce, infatti, la possibilità di muoversi all’interno dell’Unione europea (gruppi speciali come i rifugiati sono peraltro esclusi da questo titolo);
- la “Carta Blu UE” di cui alla direttiva 2009/50/CE del Consiglio europeo del 25 maggio 2009, un titolo speciale che permette alle persone qualificate provenienti da paesi terzi aventi un diploma di laurea o un titolo simile di soggiornare fino a quattro anni in Germania per motivi lavorativi, qualora ricevano un certo salario minimo (§ 19a *AufenthG*);
- il “permesso ICT” di cui alla direttiva 2014/66/UE del Consiglio europeo del 15 maggio 2014, la cosiddetta direttiva ICT (*Intercorporate transfers*), sulle condizioni di ingresso e di soggiorno di cittadini di paesi terzi, impiegati come dirigenti, lavoratori specializzati e lavoratori in formazione, nell’ambito di trasferimenti intra-societari (§ 19b *AufenthG*);
- il “permesso ICT mobile” previsto dalla stessa direttiva per gli stranieri in “mobilità lunga” che possiedono già un permesso ICT rilasciato da uno Stato membro (§ 19d *AufenthG*).

Agli ultimi permessi si applicano le disposizioni sul permesso di soggiorno della c.d. *Aufenthaltserlaubnis*, se non diversamente disposto dalla legge o un regolamento.

Per ottenere il rilascio di qualsiasi tipo di permesso di soggiorno, il richiedente deve generalmente dimostrare di essere in regola con il passaporto o con altro documento di ingresso e di possedere adeguati mezzi di sussistenza. Devono essere note le sue generalità, la sua identità e cittadinanza; inoltre, la presenza del richiedente non deve rappresentare un pericolo per gli interessi della Repubblica federale e non devono sussistere validi motivi per l’adozione di un provvedimento di espulsione (§ 5 *AufenthG*). Inoltre, il rilascio di un permesso di soggiorno, di un permesso ICT, del permesso di soggiorno permanente UE e di un permesso di stabilimento esigono, in genere, che lo straniero sia entrato con un visto e che abbia, già in occasione della richiesta del visto, fornito le necessarie indicazioni (ciò non vale però per il permesso ICT).

Eccezioni sono previste per il rilascio di permessi per motivi umanitari o nell'ambito della protezione sussidiaria, temporanea e anche con riferimento a persone malate o portatrici di *handicap*, ed a minori (accompagnati o meno)⁹.

L'*AufenthG* trova applicazione anche per i rifugiati "riconosciuti" e per i titolari del diritto di asilo, nella misura in cui la legge sull'asilo non preveda norme speciali. Detta legge prevede un apposito procedimento per la richiesta d'asilo (v. *infra*).

Inoltre, il § 60 *AufenthG* prevede il divieto di espulsione o allontanamento degli aventi diritto d'asilo o dei rifugiati cui sia stato riconosciuto il diritto al soggiorno. In base al § 55, comma 1, *AsylG*, il soggiorno dello straniero che chieda asilo o tutela internazionale viene tollerato già durante il procedimento per il riconoscimento del diritto. Se il procedimento ha un esito negativo, ma se l'ordine di espulsione per motivi giuridici o fattuali non risulti eseguibile, allo straniero può comunque essere concesso, in presenza di determinate condizioni, il soggiorno temporaneo.

Il diritto al soggiorno non sussiste, in genere, in presenza di motivi che giustificano l'espulsione derivanti da un comportamento dello straniero (in particolare, in presenza di condanne penali); anche in tal caso, e a seconda del titolo di soggiorno, l'autorità competente può tuttavia concedere o rinnovare il permesso a propria discrezione, valutate alcune circostanze (grado di integrazione, concreto pericolo derivante dalla permanenza ecc.: v. anche *infra*).

1.3. L'ingresso irregolare

Secondo le previsioni del § 14 dell'*AufenthG*, è ritenuto illegale l'ingresso dello straniero non in possesso di un passaporto o di altro documento sostitutivo valido per l'ingresso nel territorio della Repubblica federale, né di alcun tipo di permesso di soggiorno, o dello straniero che non sia altrimenti autorizzato ad entrare nel territorio tedesco o che sia stato destinatario di un provvedimento di allontanamento o che abbia ottenuto un visto illegalmente.

Al riguardo, la *AufenthG* disciplina in maniera dettagliata (§§ 47a ss.) anche vari obblighi in capo allo straniero in ordine alla sua identificazione (anche

⁹ Con riferimento a tutti i minori che hanno compiuto sedici anni ed anche agli stranieri maggiorenni cui è stato concesso e rinnovato un permesso di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare "in base alla sesta parte del 2° capitolo" dell'*AufenthG*, il § 35 *AufenthG* prevede una disposizione che agevola l'ottenimento di un permesso di stabilimento. Sui permessi per ricongiungimento familiare si vedano i §§ 27-36a *AufenthG*.

tramite impronte digitali), e in generale la sua collaborazione con le autorità competenti¹⁰.

Se lo straniero non presenta i requisiti previsti dalla legge per l'ingresso, il suo soggiorno e la sua permanenza nel territorio tedesco non sono consentiti. Parimenti, lo straniero è obbligato a lasciare il territorio federale (c.d. *Ausreisepflicht*) nei casi in cui non siano (più) soddisfatte le condizioni necessarie per il soggiorno (§ 50 *AufenthG*) o non sia (più) in possesso di un titolo di soggiorno valido¹¹.

La legge prevede, ai §§ 15 e 50-62b della *AufenthG*, una disciplina dettagliata in materia di allontanamento e di espulsione in via amministrativa, non solo di irregolari ma anche di stranieri regolari, in presenza di determinate condotte o condizioni. Si tratta in sostanza di misure di polizia e di sicurezza che rientrano in gran parte nella sfera di competenza delle autorità amministrative. Il § 71, comma 1, *AufenthG* attribuisce ai *Länder* la facoltà di determinare quale o quali autorità all'interno di un *Land* siano competenti per le misure previste nell'*Aufenthaltsgesetz*¹².

1.3.1. Il respingimento coattivo (Zurückweisung) durante l'ingresso irregolare

Il primo strumento mediante il quale uno straniero può essere allontanato è il respingimento coattivo (*Zurückweisung*) di chi tenti di varcare illegalmente la frontiera (§ 15, comma 1, *AufenthG*): l'attraversamento del confine non deve ancora essere concluso. Ciò vale anche per uno straniero che è stato esonerato dall'obbligo di un titolo di soggiorno per una permanenza temporanea nel territorio federale ma non dispone dei presupposti di cui §§ 3, comma 1,

¹⁰ A fini identificativi, le autorità tedesche possono anche pretendere – come *extrema ratio* – la consegna di dispositivi elettronici come cellulari, computer ecc.

¹¹ Nel § 51 *AufenthG*, comma 1, sono elencati i casi in cui non sia più valido un permesso di soggiorno: scadenza della durata di validità; subentro di una condizione di annullamento; ritiro e revoca del titolo di soggiorno; espulsione dello straniero; notifica di un ordine di espulsione; uscita dalla Germania per un motivo di natura non temporanea; mancato rientro in Germania dello straniero entro sei mesi o entro il periodo più lungo stabilito dalle autorità competenti; presentazione di una richiesta di asilo.

¹² Cfr. anche CAMERA DEI DEPUTATI, *Dossier Legislazione Straniera*, n. 13, novembre 2015, *Immigrazione irregolare e procedure di asilo in Francia, Germania, Regno Unito, Svezia e Turchia*, <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/pdf/MLC17013.pdf>.

(passaporto o documento sostitutivo) e 5, comma 1, *AufenthG* (requisiti base per il rilascio di un titolo di soggiorno: v. *supra*).

Lo straniero può essere già respinto al confine (quindi gli può essere sin dall'inizio impedito l'ingresso) nei seguenti casi (§ 15 *AufenthG*): 1) se vi sono i presupposti per l'adozione di una misura di espulsione; 2) se vi sono fondate ragioni per ritenere che gli effettivi motivi del soggiorno siano diversi da quelli dichiarati; 3) se dispone solo di un visto Schengen o se è stato esonerato dall'obbligo di un visto per un soggiorno breve e intende tuttavia esercitare un'attività lavorativa; 4) se non ricorrono le condizioni di ingresso specificamente previste dalla Convenzione di Schengen.

Le disposizioni sul divieto di allontanamento di cui al § 60, commi 1-3, e 7-9, *AufenthG* (su cui v. *infra*) trovano comunque applicazione.

Uno straniero che ha fatto richiesta d'asilo non può essere respinto finché il suo soggiorno è consentito secondo le disposizioni della legge sull'asilo. Lo straniero che fa richiesta d'asilo alle autorità di controllo del confine deve immediatamente essere trasferito all'autorità competente o, se questa non è nota, alla struttura di accoglienza più vicina (§ 18 *AsylG*, v. anche *infra*). L'ingresso è però da negare se il richiedente asilo proviene da uno Stato terzo sicuro (a meno che la Repubblica federale tedesca risulti competente per l'asilo o lo disponga il Ministero degli interni per interessi internazionali, umanitari o politici: § 26a *AsylG*), se sussistono indizi per il fatto che un altro Stato sia competente in base alla normativa dell'UE o ad un trattato internazionale per l'espletamento della procedura di asilo e venga iniziata una procedura di (ri)accoglienza oppure se lo straniero costituisce un pericolo per la comunità, in quanto già condannato in Germania ad una pena di almeno 3 anni di reclusione ed il suo espatrio sia avvenuto non più di 3 anni fa.

Al fine di garantire l'esecuzione immediata della *Zurückweisung* di cui al § 15, comma 1, *AufenthG*, nei confronti dello straniero può anche essere disposta la c.d. *Zurückweisungshaft* (l'arresto per il respingimento). La misura deve essere disposta da un giudice (lo stesso vale per un'eventuale proroga dell'arresto). Si tratta di una *extrema ratio* che deve essere esaminata alla luce del principio di proporzionalità. Deve sussistere il pericolo concreto dell'ingresso illegale nonostante la decisione di respingimento.

Il § 62, comma 4, *AufenthG* relativo alla detenzione propedeutica ai fini dell'allontanamento, che può essere disposta per una durata fino a sei mesi (prorogabile fino a massimo 12 mesi), è conformemente applicabile. Se il giudice rifiuta la detenzione o la sua proroga, l'ingresso deve essere consentito (il giudice

amministrativo può essere adito per decidere sulla legittimità della decisione di respingimento).

Qualora lo straniero sia entrato nel territorio per via aerea e venga respinto, deve essere portato nella zona di transito dell'aeroporto¹³ (o in un alloggio da cui il suo espatrio sia possibile), se non è stato disposto l'arresto ai fini del respingimento (§ 15, comma 6, *AufenthG*)¹⁴.

Secondo la c.d. "*Flughafenregelung*" (il regolamento aeroportuale), anche le persone appartenenti agli Stati extra Ue che vogliono entrare nel territorio tedesco attraverso un aeroporto internazionale e che chiedono asilo vengono accompagnate nell'area del transito aeroportuale, dove sono poi sottoposte ad una procedura abbreviata di asilo (v. *infra*, sub 1.4.2). Se la richiesta d'asilo non viene invece presentata, si procede, quando possibile, all'allontanamento.

Il § 15a *AufenthG* disciplina in maniera dettagliata la ripartizione, lo smistamento ed il collocamento degli stranieri entrati illegalmente che non hanno richiesto asilo né sono stati arrestati né possono essere direttamente allontanati. Essi vengono 'distribuiti' tra i vari *Länder* da un ufficio centrale stabilito dal Ministero federale degli affari interni, prima di una decisione sulla sospensione dell'allontanamento o sul rilascio di un titolo di soggiorno (non si ha diritto all'assegnazione ad un determinato *Land*). Al riguardo, si tiene comunque conto della situazione familiare dello straniero (si cerca di non separare i familiari). Ogni *Land* deve accogliere in apposite strutture una certa quota di stranieri¹⁵. Rimangono applicabili i §§ 12 e 61, comma 1, *AufenthG* sulle limitazioni (spaziali) della residenza per stranieri.

¹³ Ai minori infraquattordicenni richiedenti di asilo si cerca di evitare il trattenimento nell'area di transito, e viene dunque solitamente consentito l'ingresso nel paese. In generale, per l'ingresso e l'allontanamento di minori sono previste alcune regole speciali (che non potranno però essere illustrate in questa sede).

¹⁴ Il soggiorno nella zona di transito o nell'alloggio deve essere convalidata dal giudice, al massimo a partire dal 30° giorno dall'arrivo (o dalla conoscenza dell'arrivo da parte delle autorità ove l'arrivo non fosse accertabile).

¹⁵ Lo straniero deve recarsi nella struttura di accoglienza assegnatagli dove viene sentito (l'esito dell'audizione viene comunicato all'ufficio centrale di collocamento). Lo straniero deve rimanere nella struttura finché non venga ulteriormente trasferito all'interno del *Land* (o finché l'ordine di allontanamento venga sospeso o gli venga concesso un titolo di soggiorno).

1.3.2. Le misure di allontanamento dopo l'avvenuto ingresso irregolare

Con riferimento allo straniero trovato quando sia già entrato illegalmente (quindi senza passaporto e senza titolo di soggiorno¹⁶) un primo strumento è rappresentato dall'allontanamento coattivo (*Zurückschiebung*) ai sensi del § 57, comma 1, *AufenthG*. Tale misura deve di regola essere adottata dall'autorità competente, solitamente quella frontaliera, a seguito e nel contesto temporale e spaziale dell'attraversamento illegale del confine (eccezioni riguardano ad esempio il caso in cui l'illegalità dell'ingresso poteva semplicemente essere evitata tramite il rilascio di un passaporto o visto sostitutivo); la discrezionalità dell'autorità competente in relazione all'allontanamento coattivo è quindi molto limitata. Il comma 2 della norma riguarda inoltre le ipotesi di rimpatrio dello straniero irregolare obbligato a lasciare il territorio (e quindi per il cui espatrio non sussistono impedimenti) in un altro Stato. Il terzo comma fa infine riferimento a divieti ed impedimenti di allontanamento ed all'obbligo informativo circa i diritti di cui all'art. 6, comma 2 e 13, della direttiva 2009/52/CE nel caso di attività lavorativa irregolare.

Il § 57 *AufenthG* così recita: *(1) Uno straniero che viene catturato in circostanze di ingresso illegale attraverso un confine ai sensi dell'art. 2, n. 2 del Regolamento 562/2006/CE (frontiera esterna) deve essere allontanato (Zurückgeschoben).*

(2) Uno straniero obbligato all'espatrio in maniera esecutiva, che viene riaccolto da un altro Stato membro dell'Ue, dalla Norvegia o dalla Svizzera in base ad un accordo intrastatale di accoglienza del 13 gennaio 2009, deve essere riportato in detto Stato; lo stesso vale se lo straniero viene reperito dall'autorità frontaliera in prossimità del confine nell'immediatezza dell'ingresso illegale e se sussistono indizi per il fatto che un altro Stato sia competente in base alla normativa dell'UE o ad un trattato internazionale per l'espletamento della procedura di asilo e venga iniziata una procedura di (ri)accoglienza.

(3) Si applicano i §§ 58, comma 1b, 59, comma 8, 60, commi 1 - 5 e 7 - 9, i §§ 62 e 62a.

La misura di allontanamento di cui al primo comma è immediatamente esecutiva e va posta in essere senza preavviso, salvo circostanze eccezionali che giustificano il soggiorno dello straniero (almeno temporaneo), come ad esempio

¹⁶ Rileva l'irregolarità materiale e non quella formale.

il riconoscimento dello stato di “tolleranza” (*Duldung*) o di fronte a richieste d’asilo (v. *infra* e anche §§ 18 e 19 *AsylG*). I requisiti di esame di una richiesta d’asilo presentata – anche successivamente – presso l’autorità frontaliere o presso l’autorità per gli stranieri al fine di sospendere la *Zurückschiebung* non sono troppo elevati proprio per non mettere in pericolo l’efficacia del diritto d’asilo; ciò non vale se l’ingresso è avvenuto tramite un paese terzo considerato sicuro – art. 16a, commi 2 e 3, LF – o se lo straniero gode di protezione ai sensi del § 27 *AsylG* per il cui accertamento l’allontanamento può essere temporaneamente sospeso dalle autorità competenti; del pari, se lo straniero è entrato illegalmente da un altro Stato membro Ue e richiede asilo, non viene immediatamente allontanato (in quanto l’Ufficio federale per l’immigrazione ed i rifugiati, il *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* – BAMF, deve verificare quale Stato membro è competente per la procedura d’asilo in base al Regolamento Dublino III).

La misura della *Zurückschiebung* può essere disposta anche oralmente (sebbene il destinatario possa pretendere una conferma scritta di tale provvedimento amministrativo). Si tratta di una misura non comune nel panorama europeo ed internazionale. Infatti, anche la direttiva 2008/115/CE del Parlamento e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, non la contempla e ha anche limitato il campo di applicazione di tale misura di allontanamento (immediatamente esecutiva) rispetto al passato e ha, di contro, ampliato quella dell’espulsione forzata (*Abschiebung*) di cui al § 58 *AufenthG*, che corrisponde essenzialmente alla misura di rimpatrio coattivo dello straniero irregolare di cui alla direttiva, che esige una apposita decisione formale e un preavviso¹⁷. L’espulsione forzata per l’obbligo di lasciare

¹⁷ La direttiva consente agli Stati membri di escludere dal campo di sua applicazione determinati gruppi di persone che soggiornano irregolarmente nel territorio nazionale. La Germania ha optato per la non-applicazione della direttiva con riferimento alle persone che vengono catturate mentre attraversano illegalmente un confine Schengen o se sono sottoposti ad un divieto di ingresso (art. 13 del codice frontiere Schengen) e il cui soggiorno non diventa successivamente legale o tollerato (ad es. alla luce di una richiesta d’asilo). In tali ipotesi trovano appunto applicazione il § 15 *AufenthG* (*Zurückweisung*) o l’allontanamento coatto di cui al § 57 *AufenthG* (la *Zurückschiebung*). La direttiva non trova inoltre applicazione se si applica il Regolamento Dublino III (Regolamento Ue 604/2013 del Parlamento e del Consiglio europeo del 26 giugno 2013). In Germania, il trasferimento allo Stato competente ai sensi del Regolamento si effettua in conformità con le regole tedesche sull’allontanamento dal territorio federale (§ 58 *AufenthG*).

il paese (*Ausreisepflicht*) di cui al § 58 *AufenthG* è infatti di regola preceduta da un preavviso scritto (§ 59 *AufenthG*)¹⁸.

In base al § 58 *AufenthG* – che alla luce della direttiva 2008/115/CE ha guadagnato di rilevanza a scapito della *Zurückschiebung* – lo straniero senza titolo di soggiorno deve lasciare il territorio tedesco entro il termine imposto dall'autorità competente o in rari casi immediatamente, per motivi di pubblica sicurezza. Se l'obbligo di lasciare il territorio è esecutivo¹⁹ e se sussiste il concreto pericolo di non ottemperanza a tale obbligo, oppure se una sorveglianza circa l'esecuzione dell'allontanamento appare necessaria per motivi di sicurezza e di ordine pubblico (ad es., perché è presumibile che lo straniero commetta reati), si procede all'allontanamento forzato.

Un ulteriore strumento per allontanare uno straniero dal territorio è l'ordine di allontanamento (*Abschiebungsanordnung*), previsto dal § 58a *AufenthG*. Si tratta di una competenza affidata ai *Länder* per la sicurezza e la difesa da particolari pericoli per la Federazione, nonché in caso di minaccia terroristica. Con questo strumento, l'ufficio supremo di ogni *Land* può “ordinare” l'espulsione coattiva di uno straniero con effetto immediato e senza preavviso.

Per garantire l'esecuzione dell'allontanamento o dell'espulsione coattiva può infine essere disposta la già menzionata detenzione propedeutica all'allontanamento (*Zurückschiebung* e *Abschiebungshaft*)²⁰ (§ 62 *AufenthG*). La

¹⁸ L'avviso è obbligatorio salvo in casi eccezionali (ad. es. se sussiste il pericolo di fuga). L'autorità amministrativa fissa discrezionalmente il termine per l'allontanamento (§ 50, comma 2, *AufenthG*).

¹⁹ Nel caso dell'ingresso illegale o nel caso in cui lo straniero non abbia richiesto il rilascio o il rinnovo del permesso (o se nonostante la richiesta il soggiorno non è stato consentito) oppure in presenza di una decisione di rimpatrio da parte di un altro Stato membro ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2001/01/CE del Consiglio europeo se riconosciuta dall'autorità competente, l'obbligo di espatrio è immediatamente esecutivo. Negli altri casi, tale obbligo diventa esecutivo solo allorquando il permesso sia stato rifiutato o se un altro provvedimento amministrativo (la revoca, il ritiro del permesso o l'ordine di espulsione) non sia più impugnabile e sia quindi immediatamente esecutivo.

²⁰ Si distinguono due tipi di detenzione: la detenzione preparatoria (*Vorbereitungshaft*), che non può durare più di sei settimane, si applica nei casi in cui non sia possibile assumere una decisione immediata riguardo all'espulsione forzata o all'allontanamento e, al contempo, l'esecuzione dell'allontanamento possa risultare compromessa in mancanza di misure restrittive della libertà personale; la detenzione cautelare (*Sicherungshaft*), la cui durata può estendersi sino a diciotto mesi, si applica in caso di ingresso illegale, o qualora lo straniero abbia lasciato scadere il termine per l'espatrio volontario e si sia reso irreperibile, ovvero si sia sottratto o vi sia il fondato sospetto che egli intenda sottrarsi al provvedimento di allontanamento.

detenzione ai fini dell'allontanamento pone alcuni problemi di costituzionalità, in quanto non è configurata alla stregua di una pena, ma viene attuata nella stessa maniera di una detenzione penale. Il *Bundesverfassungsgericht* ha pertanto imposto la massima accelerazione del procedimento e, in virtù del principio di proporzionalità, la rinuncia alla detenzione se l'allontanamento non sia comunque attuabile²¹.

In generale, l'attuazione della direttiva 2008/115/CE ha essenzialmente comportato le seguenti modifiche alla normativa federale tedesca:

- l'obbligo di rilascio di una decisione scritta di rimpatrio (*Rückführungsentscheidung*) nei confronti degli stranieri appartenenti a Stati terzi che sono tenuti all'espatrio;
- l'introduzione dell'obbligo di fissare un termine tra 7 e 30 giorni per l'espatrio volontario;
- la regolamentazione per legge delle condizioni detentive nell'ambito della detenzione propedeutica all'allontanamento, c.d. *Abschiebungshaft*, ai sensi del § 62 *AufenthG*;
- l'obbligo delle autorità competenti di assicurarsi prima dell'espulsione di un minore non accompagnato che venga consegnato nel paese di destinazione ad un membro della famiglia, una persona a cui è affidato il minore o una struttura di accoglienza idonea;
- un termine massimo di 5 anni per il divieto di reingresso (v. *infra*), sebbene la previsione di una tale limitazione temporale sia prevista solo su richiesta;

Altre modifiche si sono rese necessarie alla luce della giurisprudenza della Corte EDU:

- l'obbligo di limitare il divieto di reingresso *d'ufficio* (e non solo su richiesta) (sentenza della Corte EDU del 19 settembre 2013²²),
- l'obbligo di determinare per legge i criteri per il pericolo di fuga quale possibile ragione per poter richiedere la detenzione propedeutica all'allontanamento (sentenza del BGH del 26 giugno 2014²³),

²¹ BVerfGE del 6 luglio 1982, BVerfGE 61, 28, 34; BVerfGE del 12 novembre 1999, in *DVBl* 2000, p. 69. V. anche BVerfGE del 16 maggio 2007, 2 BvR 2106/05.

²² Corte di Giustizia C-297/12.

²³ BGH, 26 giugno 2014 – V ZB 31/14, sebbene la decisione si riferisca ad un arresto nell'ambito del regolamento Dublino III, è rilevante anche per la detenzione propedeutica di cui alla direttiva, la quale prevede gli stessi requisiti per il pericolo di fuga come il regolamento.

- l'obbligo di internare gli stranieri da allontanare in strutture apposite e non nelle carceri comuni; nella sentenza del 17 luglio 2014, la Corte di giustizia dell'Unione europea (C-473/13, C-474/13, C-514/13) ha stabilito che la Germania e gli altri Stati membri dell'UE non possono far valere la mancanza di specifici centri di detenzione in una parte del loro territorio per sistemare gli stranieri irregolari in carceri comuni. La Corte ha infatti accolto la richiesta dell'Avvocato generale Yves Bot, che aveva fortemente criticato il ricorso alle carceri come lesione della dignità umana degli immigrati. La privazione della libertà nei loro confronti non è da ritenersi una pena e pertanto tali persone devono essere alloggiati in centri speciali che tengano conto anche dei particolari bisogni delle famiglie e dei loro figli minori. La Corte di giustizia ha inoltre deciso che gli stranieri in attesa di espulsione non possono nemmeno essere ospitati in normali istituti di pena nel caso in cui vi sia il consenso della persona interessata.

1.4. Gli stranieri in situazione di debolezza

1.4.1. Il quadro normativo

L'art. 16a²⁴ della Legge fondamentale (LF) garantisce ai perseguitati politici un diritto fondamentale individuale all'asilo. La procedura per il riconoscimento di

²⁴ Articolo 16a: (1) *I perseguitati politici godono del diritto di asilo.*

(2) *Non può avvalersi delle disposizioni del precedente comma 1 chi faccia ingresso nel paese da uno Stato membro delle Comunità europee o da un paese terzo nel quale sia garantita l'applicazione della Convenzione internazionale relativa allo status dei rifugiati e della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Una legge, per la quale è richiesta l'approvazione del Bundesrat, determina gli Stati non facenti parte delle Comunità europee nei quali sono soddisfatte le condizioni enunciate al primo capoverso. Nei casi di cui al primo capoverso, i provvedimenti che pongono fine al soggiorno possono essere eseguiti indipendentemente da ricorsi giurisdizionali esperiti contro di essi.*

(3) *Con una legge, per la quale è richiesta l'approvazione del Bundesrat, possono essere determinati gli Stati nei quali, alla luce della situazione giuridica esistente, dell'applicazione del diritto e della situazione politica generate, risulti garantita l'assenza di persecuzioni politiche o di pene o trattamenti disumani o umilianti. Si presume che uno straniero proveniente da un tale Stato non sia perseguitato, fintantoché non abbia addotto circostanze di fatto tali da dimostrare che, contrariamente alla presunzione, egli è un perseguitato politico.*

(4) *L'esecuzione di provvedimenti che pongono fine al soggiorno nei casi menzionati al comma 3 e in altri casi manifestamente infondati, o considerati come tali, è sospesa dall'autorità*

tale diritto è disciplinata in un'apposita legge, l'*Asylgesetz* (Legge sull'asilo – *AsylG*), che attribuisce ad un'autorità federale, il BAMF, la competenza per l'esame delle domande di asilo. Il diritto di asilo viene inoltre sancito dall'art. 18 della Carta europea dei diritti fondamentali.

Dal 1° dicembre 2013, con l'entrata in vigore della legge (del 28 agosto 2013) di recepimento della Direttiva 2011/95/UE, “*recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*”, ogni domanda d'asilo comprende sia la verifica dei presupposti del diritto d'asilo ai sensi dell'art. 16a, comma 1, LF, sia la valutazione delle esigenze di protezione internazionale (§ 1, comma 1, n. 2 *AsylVfG*). Nella fattispecie della c.d. “protezione internazionale” rientrano la protezione dei rifugiati sulla base della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 (§ 3, comma 1 *AsylG*) e la c.d. protezione sussidiaria (§ 4, comma 1 *AsylG*) disciplinati in Germania a livello sub-costituzionale. Uno straniero in cerca di protezione, che non soddisfi i requisiti per il riconoscimento del diritto di asilo o dello *status* di rifugiato, può ottenere la protezione sussidiaria (*subsidiärer Schutz*), quando sussistano fondati motivi di ritenere che nel suo Paese di origine sia minacciato da un grave danno (§ 4, comma 1 *AsylG*, che ha recepito gli artt. 15 e 17, commi 1 e 2, del Regolamento 2011/95/UE²⁵).

In caso di respingimento della domanda d'asilo e della richiesta di protezione internazionale, il BAMF verifica infine se sussistono divieti di espulsione (*Abschiebungsverbote*) ai sensi dei commi 2-7 del § 60 *AufenthG* (v. *infra*).

Mentre in passato la richiesta di asilo era l'unica modalità per poter soggiornare, sia pur temporaneamente, nel territorio tedesco, adesso esistono anche altri casi nei quali si dà la possibilità di rimanere (quantomeno

giudiziarla soltanto se sussistano gravi dubbi in ordine alla legittimità del provvedimento; la portata del controllo può essere limitata e le allegazioni tardive possono non essere prese in considerazione. La regolamentazione è stabilita con legge.

(5) Le disposizioni di cui ai commi 1-4 non pregiudicano i trattati internazionali tra Stati membri delle Comunità europee e con paesi terzi che, alla luce degli obblighi derivanti dalla Convenzione internazionale relativa allo status dei rifugiati e dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la cui applicazione deve essere garantita negli Stati contraenti, adottino le norme di competenza per l'esame delle domande di asilo, ivi compreso il reciproco riconoscimento delle decisioni in materia di asilo.

²⁵ In precedenza, una protezione sussidiaria veniva garantita tramite divieti all'espulsione.

provvisoriamente) in Germania. Le supreme autorità dei *Länder* e il Ministero federale dell'interno hanno infatti la possibilità di riconoscere agli stranieri in cerca di protezione uno *status* temporaneo che prescinde dal riconoscimento del diritto di asilo. È inoltre previsto che le autorità per gli stranieri, nei casi gravi e nell'ambito della regolarizzazione di stranieri in cerca di protezione con l'obbligo di lasciare la Germania, possano concedere permessi di soggiorno di carattere umanitario a tempo determinato. L'*Aufenthaltsgesetz* prevede, accanto al diritto di asilo, allo *status* di rifugiato, alla protezione sussidiaria e al divieto di espulsione (che vengono appunto accertati dal BAMF), diversi altri titoli di soggiorno a tempo determinato riconducibili a motivi di diritto internazionale, umanitari e politici²⁶. La disciplina in materia è contenuta nel capitolo 2, sezione 5 (§§ 22-26), dell'*Aufenthaltsgesetz* (v. *infra*, par. 2.C).

1.4.2. Cenni ad aspetti procedurali

Lo straniero che cerca di entrare nel territorio federale deve per prima cosa poter esprimere presso l'autorità frontiera, l'autorità degli stranieri o presso la polizia (anche senza requisiti di forma, cfr. § 13, comma 1, *AsylG*) la sua volontà di cercare protezione in Germania al fine di avviare il procedimento di asilo (che include, come detto, l'esame della protezione internazionale). Con tale prima richiesta di protezione, che può essere presentata esclusivamente presso una delle autorità sopra indicate, il soggiorno dello straniero viene consentito ("*gestattet*") per la durata del procedimento d'asilo (§ 55, comma 1, *AsylG*). L'autorità adita è tenuta a mettere lo straniero in contatto con il BAMF.

Il procedimento varia a seconda del tipo d'ingresso (per via terrestre o aerea). Se lo straniero entra per via terrestre o se viene reperito in prossimità del confine, e se cerca asilo presso l'autorità di frontiera incaricata del controllo di polizia del traffico transfrontaliero, deve essere immediatamente condotto da quest'ultima all'autorità di accoglienza competente per la registrazione e, se questa non è nota, al centro di accoglienza più vicino.

Se entra invece per via aerea si apre una procedura speciale accelerata (c.d. procedura aeroportuale, *Flughafenverfahren*) per chi provenga da un paese di origine ritenuto sicuro, sia sprovvisto di documenti o abbia documenti falsi (§ 18a *AsylG*). In tali casi i richiedenti di asilo sono trattenuti in apposite zone di transito

²⁶ Cfr. anche SENATO E CAMERA DEI DEPUTATI, SERVIZI STUDI, *Dossier* dell'8 ottobre 2018, *Decreto-legge immigrazione e sicurezza pubblica*, p. 48 ss., <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01076617.pdf>.

aeroportuali dove possono presentare la richiesta d'asilo e dove devono essere sentiti di persona da un'autorità appartenente al BAMF (ed alla quale i rappresentanti dell'Alto Commissariato ONU per i rifugiati e di organizzazioni non governative hanno accesso). Entro due giorni a decorrere dalla richiesta d'asilo le autorità adottano una decisione: se questa è positiva oppure se l'autorità non decide entro due giorni, lo straniero accede alla procedura ordinaria e viene trasferito in un centro di accoglienza; se la decisione è invece negativa, lo straniero è trattenuto nella zona aeroportuale fino al suo allontanamento e gli viene negato l'ingresso nel territorio (viene anche dato il preavviso di procedere, per il caso d'ingresso illegale, con l'espulsione).²⁷

In generale, una volta chiarita la via d'ingresso e appresa la richiesta di asilo, le autorità devono procedere con l'identificazione dello straniero (§ 16 *AsylG* – che tiene conto dell'art. 4, comma 1, del Regolamento EURODAC 603/2013/Ue).

Assieme alle misure per fini identificativi, viene rilasciato un c.d. certificato che attesta l'arrivo dello straniero in Germania (*Ankunftsnachweis*) se questo non ha (ancora) fatto richiesta d'asilo (§ 63a, comma 1, *AsylG*) e quindi non ha ancora ottenuto una c.d. *Aufenthaltsgestattung* ai sensi del § 63 *AsylG* (v. anche § 55 *AsylG* secondo cui lo straniero può restare nel territorio federale – almeno in determinati luoghi – a partire del rilascio del certificato di arrivo fino al completamento della procedura d'asilo). Detto certificato di arrivo, che ha una durata massima di 6 mesi, permette appunto il soggiorno dello straniero durante la procedura d'asilo (fino a quando viene rilasciata la *Aufenthaltsgestattung* ai sensi del § 63 *AsylG* a seguito della richiesta d'asilo o fino all'estinzione di quest'ultima ai sensi del § 67 *AsylG*, ad esempio perché lo straniero è stato respinto o allontanato, non ha presentato la richiesta d'asilo nei termini indicati, ecc.).

Successivamente, se l'ingresso non deve essere negato, lo straniero viene indirizzato al centro di accoglienza competente. Lo straniero ha l'obbligo di raggiungere la struttura autonomamente e di rimanerci (per massimo 6 mesi). In caso di arrivo per via aerea resta solitamente nella zona di transito durante tutta la procedura accelerata.

Una volta arrivato nella struttura di accoglienza, lo straniero deve fare una formale richiesta d'asilo per avviare il vero e proprio procedimento d'asilo (§ 14

²⁷ Avverso la decisione negativa è possibile presentare ricorso al Tribunale amministrativo. La tutela provvisoria (per sospendere la decisione che nega l'ingresso e di conseguenza l'allontanamento) deve essere richiesta entro 3 giorni dalla notifica del provvedimento.

AsylG): in ogni centro d'accoglienza si trova per detto scopo una sezione distaccata del BAMF dove presentarsi di persona (§ 23 *AsylG*). Il BAMF fissa di solito un appuntamento per un'audizione e per la presentazione della domanda. Regole particolari valgono per stranieri detenuti, in custodia o, se malati, in ospedale (§ 14, comma 3, *AsylG*) o per chi fa domanda presso l'autorità degli stranieri, la quale inoltra poi la domanda al BAMF.

Se lo straniero non presenta la formale domanda d'asilo entro 2 settimane, la *Aufenthaltsgestattung* (permesso provvisorio) viene meno e il suo soggiorno diventa illegale (cfr. §§ 23, comma 2, per. 1, 33, comma 5, 55, comma 1, *AsylG*).

Il BAMF inizia l'esame con un c.d. controllo di competenza della Repubblica federale per la richiesta d'asilo ai sensi del Regolamento Dublino III (§ 29 *AsylG*). Se la Germania risulta competente²⁸, si procede con l'audizione dello straniero ai sensi del § 25 *AsylG* nonché con l'esame sostanziale della richiesta. Il BAMF decide sulla richiesta ai sensi del § 31 *AsylG* accertando tramite atto amministrativo scritto e motivato la sussistenza (o meno) dello *status* di avente diritto d'asilo o di protezione internazionale. Nei §§ 29 e 30 *AsylG* si indicano i casi in cui una richiesta è (i) inammissibile (ad es., se un altro Stato risulta competente per la procedura d'asilo) o (ii) palesemente infondata (ad es., se mancano chiaramente i presupposti per il riconoscimento della tutela, se si usano mezzi di prova falsi, si fanno allegazioni contraddittorie in punti importanti o si danno false informazioni sull'identità, ecc.) o semplicemente infondata e quindi da respingere. Segue in quel caso l'ordine scritto di espulsione ai sensi dei §§ 59 e 60, comma 10, *AufenthG* (§ 34 *AsylG*), se non sussistono divieti di espulsione (che devono comunque essere esaminati). A seconda della motivazione del provvedimento (infondatezza palese o semplice), il termine per l'allontanamento varia (tra una settimana e 30 giorni). La richiesta può infine essere accolta in pieno o solo parzialmente (ad. es. solo la tutela da rifugiato o quella sussidiaria e non l'asilo).

La richiesta di asilo (*Asylantrag*), che implica sempre anche l'esame della tutela internazionale (per cui non esiste una separata istanza), si estende tra l'altro anche ai familiari minori che viaggiano con il richiedente asilo (§ 14a *AsylG*).

Da segnalare, infine, è l'esistenza di una procedura accelerata (diversa da quella aeroportuale) ai sensi del § 30a *AsylG* soltanto per determinati centri di

²⁸ Se non risulta competente, si avvia la procedura di allontanamento e trasferimento nello Stato competente. Devono al riguardo essere rispettati gli obblighi d'informazione di cui all'art. 4, comma 1, del Regolamento Dublino III e l'obbligo di un colloquio personale con il richiedente, ma anche i divieti d'espulsione di cui al § 60, commi 5 e 7 *AufenthG* (v. *infra*)

accoglienza specializzati al riguardo (§ 5 *AsylG*) e per stranieri con determinati requisiti (tra cui per cittadini di uno Stato sicuro, § 29a *AsylG*, o per stranieri che rappresentano chiaramente un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, che rifiutano di farsi prendere le impronte, o che fanno una ulteriore richiesta di asilo – *Asylfolgeantrag* –, presentata nuovamente dopo il ritiro o il rifiuto inappellabile di una precedente domanda, § 71 *AsylG*²⁹). Nella procedura accelerata il BAMF deve decidere entro una settimana sulla richiesta d'asilo.

1.4.3. Le tipologie di protezione

1.4.3.1. L'asilo ed i rifugiati (Convenzione di Ginevra)

L'art. 16a LF garantisce ai perseguitati politici un diritto fondamentale individuale all'asilo (v. anche § 1 *AsylG*, che lo ribadisce). In base al § 2 *AsylG*, ai titolari del diritto d'asilo sul territorio federale tedesco viene attribuita la posizione giuridica dei rifugiati (*Flüchtlingseigenschaft*) di cui alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951. La nozione della persecuzione che l'art. 16a LF presuppone è del resto molto simile a quella che riguarda il rifugiato³⁰. Il secondo comma del § 2 *AsylG* chiarisce inoltre che restano comunque salve le disposizioni che attribuiscono ai titolari del diritto d'asilo (tutela nazionale) una posizione giuridica più favorevole rispetto a quella dettata dalla Convenzione di Ginevra.

²⁹ Si distinguono due tipi di domande: una prima richiesta di asilo (*Asylerstantrag*), che lo straniero presenta per la prima volta dopo l'ingresso nel territorio federale, e una successiva, ulteriore richiesta di asilo (*Asylfolgeantrag*), presentata nuovamente dopo il ritiro o il rifiuto inappellabile di una precedente domanda (§ 71 *AsylG*). Questa successiva domanda riguarda quegli stranieri che, dopo il completamento di una prima procedura, hanno continuato a soggiornare in Germania e vogliono dimostrare che, ad esempio, nel loro paese d'origine si sono verificati nuovi eventi o che, per altre ragioni recenti, si trovano in una posizione di pericolo nuova. Dal momento della presentazione di questa successiva domanda di asilo, lo straniero non può più essere espulso finché il BAMF non decida se avviare o meno un nuovo procedimento di accertamento (fanno eccezione i casi in cui la richiesta successiva è evidentemente inconsistente o l'espulsione viene eseguita verso un paese di transito considerato sicuro). Esiste anche un terzo tipo di domanda: la c.d. “seconda richiesta” (*Zweit Antrag*) ai sensi dell § 71a *AsylG*, che lo straniero presenta dopo aver già fatto richiesta in un altro Stato sicuro, ma senza successo, al fine di avviare una procedura d'asilo in Germania. Trattandosi di una prima richiesta su terreno tedesco, si avvia una procedura d'esame durante la quale il soggiorno viene “tollerato” (v. *infra*).

³⁰ In parte, la nozione nell'ambito della protezione internazionale risulta però più ampia di quella nazionale.

In base al § 3, comma 1, *AsylG*, ad uno straniero è riconosciuto lo stato di rifugiato se, per il fondato timore di essere perseguitato a causa della razza, della religione e della nazionalità, per le sue convinzioni politiche o la sua appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di origine, della cui protezione egli non può o non vuole avvalersi a motivo di tale timore. Il timore riguarda la situazione soggettiva dell'individuo, ma deve essere giustificato da fatti oggettivi. Nella valutazione della giurisprudenza nazionale si segue quella della Corte EDU, che considera il “*real risk of being subjected to treatment*”³¹. Il § 3a *AsylG* definisce nei particolari le azioni di persecuzione che devono gravemente incidere sui diritti umani, mentre il § 3b *AsylG* concretizza i motivi di persecuzione³² e il § 3c *AsylG* la nozione di “persecutore”³³, che presuppone un'azione umana mirata. Il § 60, comma 3, dell'*Aufenthaltsgesetz* chiarisce esplicitamente che una persecuzione per l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale può verificarsi anche se la minaccia è basata solo sul sesso (persecuzione specifica di genere). Il soggetto da proteggere deve essere il destinatario diretto dalla persecuzione, per cui l'asilo non viene solitamente garantito anche ai suoi familiari, a meno che la persecuzione non riguardi anche loro stessi (persecuzione di gruppo).

Sono infine esclusi dalla protezione i soggetti in relazione ai quali ragioni gravi fondano il sospetto che abbiano commesso al di fuori del territorio tedesco crimini contro il diritto internazionale, contro la pace e l'umanità o crimini di guerra o anche gravi crimini che non siano di natura politica (§ 3, comma 2, *AsylG*)³⁴. Anche soggetti che hanno un ruolo rappresentativo di un membro dell'ONU e che violano i principi della Carta delle Nazioni Unite (anche con atti terroristici) sono esclusi dalla protezione. Infine, non beneficiano della protezione i soggetti che godono già di tutela da parte di un'organizzazione delle Nazioni Unite (come quella della *United Nations Relief and Work Agency - UNRWA*, che si dedica ai rifugiati palestinesi). La protezione viene esclusa anche ad un rifugiato in

³¹ Sentenza dell'11.1.2007 – 1948/04, v. anche BVerwGE 149, 65.

³² Secondo la giurisprudenza del BVerfG (BVerfGE 76, 143, 166), rilevano le circostanze oggettive su cui la persecuzione si basa e non quelle soggettive (ossia la motivazione del persecutore).

³³ Stati, partiti politici, associazioni ed in singoli casi anche individui e soggetti non-statali (nei confronti dei quali lo Stato di appartenenza non offra protezione).

³⁴ La Corte di giustizia ha ritenuto che atti terroristici contro civili, anche se l'autore persegua uno scopo politico, sono da considerarsi crimini di natura non politica; inoltre, la mera appartenenza ad un'organizzazione terroristica al momento della fuga non preclude il riconoscimento di uno straniero come rifugiato: cfr. sentenza del 9.11.2010, C-57/09 e C-101/09.

presenza dei motivi di cui al § 60, comma 8, per. 1, *AufenthG*, cioè se egli rappresenta per gravi ragioni un pericolo per la sicurezza della Germania o la comunità perché ha commesso dei gravi reati.

Il diritto d'asilo non può darsi là dove lo straniero abbia effettivamente un'alternativa di fuga all'interno del suo paese o anche un'alternativa di fuga esterna (se ha già trovato protezione in un altro paese: si parla di una limitazione del campo di applicazione 'non scritta'). Possono invece rilevare le c.d. *Nachfluchtgründe* (soprattutto oggettive), cioè validi motivi di fuga intervenuti solo dopo la fuga stessa.

Il diritto d'asilo di cui all'art. 16a LF che deve essere richiesto dal territorio federale tedesco (o quanto meno dalla zona di confine, ma non dall'estero) ha in realtà un ambito di applicazione limitato, in quanto l'art. 16a, comma 2, LF dispone che la tutela non spetti allo straniero che entri nel territorio della Repubblica federale provenendo da uno Stato membro dell'Unione europea o da un altro Stato terzo sicuro, nel quale cioè è garantita l'applicazione della Convenzione di Ginevra e della CEDU. Mediante una legge federale che necessita dell'assenso del *Bundesrat* possono essere individuati quegli Stati, al di fuori dell'Unione europea³⁵, nei quali, per effetto della situazione giuridica, dell'applicazione del diritto e dei generali rapporti politici, appare garantito che non si verifichino né persecuzioni politiche, né pene o trattamenti degradanti o disumani. Si presume pertanto che uno straniero non venga perseguitato in uno di questi Stati finché non adduca situazioni di fatto tali da dare fondamento al dubbio che egli sia perseguitato politicamente.

L'ambito di applicazione dell'art. 16a LF che permette, nel caso descritto, un respingimento direttamente al confine, si riduce *de facto* agli ingressi per via aerea o per nave, essendo la Germania circondata da Stati membri dell'Ue. Le disposizioni costituzionali non pregiudicano tuttavia i trattati internazionali tra Stati membri delle Comunità europee e con paesi terzi che, alla luce degli obblighi derivanti dalla Convenzione internazionale relativa allo *status* dei rifugiati e dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (la cui applicazione deve essere garantita negli Stati contraenti), adottino le norme di competenza per l'esame delle domande di asilo, ivi compreso il reciproco riconoscimento delle decisioni in materia di asilo (e il Regolamento Dublino III).

³⁵ Questi Stati sono Norvegia e Svezia (Allegato I alla legge sul procedimento di asilo), Ghana, Senegal, Bosnia-Erzegovina, Albania, Kosovo, Montenegro, Macedonia e Serbia (Allegato II, da ultimo modificato nel 2015).

Benché l'ambito di applicazione per il riconoscimento dello stato di rifugiato sia più ampio di quello per il riconoscimento di perseguitato politico, le conseguenze giuridiche di entrambe le decisioni sono invece le stesse: sia gli aventi diritto all'asilo, sia gli stranieri ai quali sia stato riconosciuto lo stato di rifugiato ricevono dapprima un permesso di soggiorno (§ 25, comma 1, e 2 *AufenthG*) a tempo determinato (*befristete Aufenthaltserlaubnis*) con una durata di 3 anni che li autorizza anche all'esercizio di un'attività lavorativa retribuita.

Chi richiede asilo può inoltre soggiornare legittimamente in Germania già nelle more della decisione; a tale straniero viene infatti concesso un permesso temporaneo di soggiorno, il c.d. *Aufenthaltsgestattung*, in base al § 55 *AsylG*³⁶. Una volta riconosciuto come avente diritto all'asilo ai sensi dell'art. 16a LF (analoghe considerazioni valgono per il riconoscimento dello *status* di rifugiato: § 25, comma 2, *AufenthG*), gli viene concesso il permesso di soggiorno per 3 anni (§ 25, comma 1, *AufenthG*). Dopo 3 anni viene poi rilasciato un permesso di stabilimento ossia di soggiorno di durata illimitata (*unbefristete Niederlassungserlaubnis*), purché non sussistano i presupposti per la revoca o il ritiro del riconoscimento (§ 26, comma 3 *AufenthG*) e se lo straniero parla tedesco ed è essenzialmente in grado di provvedere al proprio sostentamento.

1.4.3.2. La protezione sussidiaria

Uno straniero in cerca di protezione, che non soddisfa i requisiti per il riconoscimento di avente diritto all'asilo o di rifugiato, può ottenere la protezione sussidiaria (*subsidiärer Schutz*) (§ 4, comma 1 *AsylVfG*), quando sussistono fondati motivi di ritenere che nel suo Paese di origine sia minacciato da un pericolo grave. Per grave pericolo si intende l'imposizione o l'esecuzione della pena di morte, la tortura o un trattamento disumano o degradante, una punizione o una minaccia individuale alla vita o all'incolumità della persona a seguito della violenza indiscriminata nell'ambito di un conflitto armato interno o internazionale³⁷. In ordine ai soggetti persecutori e quelli che tutelano lo straniero perseguitato si fa riferimento a quanto indicato per i richiedenti d'asilo ed i rifugiati (v. *supra*). Analogamente a quanto previsto per questi ultimi, esistono inoltre motivi di esclusione della tutela in capo agli stranieri (§ 4, comma 2,

³⁶ V. *supra* e § 55 *AsylG*.

³⁷ La definizione è nei particolari controversa: cfr. BVerwG, sentenza del 24.6.2008 -10 C 43/07, da un lato, e Corte di Giustizia, sentenza 30.1.2014 – C-285/12, dall'altro, in merito alla necessità del coinvolgimento di un esercito statale nei conflitti.

AsylG) che coincidono essenzialmente con quanto stabilito nell'art. 17 della direttiva 2011/95/UE³⁸.

Allo straniero cui è riconosciuta la protezione sussidiaria spettano quasi gli stessi diritti degli aventi diritto d'asilo e rifugiati. Il beneficiario di tutela sussidiaria ha diritto ad un permesso di soggiorno (di natura umanitaria) ai sensi del § 25, comma 2, *AufenthG* per la durata di un anno (e non di 3 anni come gli aventi diritto d'asilo ed i rifugiati riconosciuti), prorogabile di 2 anni, salvo nel caso che lo straniero sia stato espulso per gravi motivi legati alla sicurezza e all'ordine pubblico. Il permesso di soggiorno autorizza lo straniero a svolgere un'attività lavorativa retribuita (cfr. § 26 *AufenthG*). Dopo 5 anni³⁹, il titolare del permesso per motivi umanitari può ottenere un permesso di soggiorno di durata indeterminata, se i requisiti di cui al § 9, comma 2. per. 1, *AufenthG* (v. *supra*) sono ottemperati. Si tratta di una decisione discrezionale dell'autorità competente.

1.4.3.3. L'asilo familiare

Il § 29 *AsylG* disciplina l'asilo per i familiari stretti dell'avente diritto d'asilo (coniuge, *partner*, genitori di un minore, figli minori e non sposati, fratelli di un minore) ed è da distinguere dal ricongiungimento familiare di cui al § 29 *AufenthG* (su cui, v. *infra* 2.2.1). La norma si applica anche ai rifugiati riconosciuti ed ai beneficiari della tutela sussidiaria (non invece ai soggetti per cui esiste un mero divieto di espulsione, su cui *infra*).

Chi richiede l'asilo familiare deve trovarsi nel territorio tedesco già prima del riconoscimento definitivo del diritto d'asilo (nel caso del ricongiungimento familiare, invece, il familiare non deve ancora essere nel territorio federale). L'asilo familiare è accessorio allo *status* dell'avente diritto. Per il periodo in cui il titolare originario gode dell'asilo, il richiedente riceve gli stessi diritti e obblighi (non è però possibile concedere l'asilo ad altri in base ad un titolo derivato).

³⁸ Uno straniero è escluso dalla qualifica di persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria ove sussistano fondati motivi per ritenere che 1) abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, come definiti dagli strumenti internazionali elaborati al fine di determinare tali crimini; 2) abbia commesso un reato grave; 3) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel Preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite; 4) rappresenti un pericolo per la comunità o per la sicurezza della Repubblica federale di Germania.

³⁹ Nel calcolo viene considerato il periodo di soggiorno durante la procedura d'asilo e quindi prima del rilascio del permesso per motivi umanitari. Inoltre, sussistono agevolazioni per minori; si applica il § 35 *AufenthG*.

Il § 26, commi 4-6, *AsylG* elenca i motivi di esclusione dal diritto. Viene escluso l'asilo per familiari che rappresentano, ad es., un pericolo per la sicurezza della comunità (§ 60, comma 8, per. 3 *AufenthG*) o che hanno commesso reati (di natura non politica, § 3, comma 2, *AsylG*).

1.4.3.4. Il divieto di espulsione ed il relativo permesso di soggiorno

In caso di rigetto della domanda d'asilo e della richiesta di protezione internazionale, il BAMF verifica infine se sussistono impedimenti ovvero divieti all'espulsione coattiva (*Abschiebungsverbote*) ai sensi dei commi 2-7 del § 60 *AufenthG* (v. anche l'art. 15 della direttiva 2004/83/CE del 29 aprile 2004). Se il BAMF ritiene che il divieto non sussista, emette il provvedimento d'espulsione ai sensi dei §§ 59, 60, comma 10, *AufenthG* (v. *infra*).

I commi 5 e 7 del § 60 *AufenthG* regolano una tutela puramente nazionale dall'espulsione – in quanto non regolata nella direttiva europea delle qualifiche (2011/95/UE) – mentre i commi 2 e 3 prevedono dei divieti contemplati dal diritto Ue. Ai sensi del § 60, comma 2, *AufenthG*, si vieta l'espulsione verso uno Stato in cui si teme che lo straniero venga esposto ad un grave pericolo ai sensi del § 4 *AsylG* (v. *supra*).

In base al § 60, comma 5, *AufenthG*, un divieto di espulsione sussiste se l'inammissibilità dell'espulsione emerge da quanto previsto dalla CEDU⁴⁰. Si distingue tra divieti che riguardano lo Stato di destinazione (ad es., artt. 3 o 6 CEDU) e quelli relativi al territorio federale interno (art. 8 CEDU). Solo i primi vengono esaminati dal BAMF stesso in base al § 60, comma 5, *AufenthG*. I secondi sono esaminati dall'autorità per gli stranieri (*Ausländerbehörde*), assieme ad eventuali fatti impeditivi ai sensi del § 60a *AufenthG* (v. *infra*), così evitando un inutile doppio controllo.

Un ulteriore divieto nazionale di espulsione è previsto dal § 60, comma 7, *AufenthG* in presenza di un grave pericolo concreto per l'integrità fisica, la vita e la libertà dello straniero nel paese di destinazione. Al riguardo, sussiste tuttavia un potere discrezionale dell'autorità, e quindi lo straniero non è titolare di un vero e proprio diritto. Un pericolo per la salute implica una grave malattia e un pericolo di vita (ad es., una malattia in corso peggiorerebbe notevolmente con il ritorno nel

⁴⁰ Può accadere che allo straniero venga in linea di principio riconosciuto lo stato di beneficiario di tutela sussidiaria, che questa tutela venga esclusa in base al § 4, comma 2, *AsylG*, ma che non venga comunque espulso alla luce del § 60, comma 5, *AsylG* (che non prevede detti motivi di esclusione).

paese d'origine). Si deve inoltre tener conto dei pericoli connessi all'abbandono del territorio federale, come ad esempio l'incapacità di viaggiare dovuta a una malattia.

Rispetto alle possibili sovrapposizione tra la tutela prevista nel § 4 *AsylG* e il divieto di cui al comma 5, il divieto di cui al § 60, comma 7, *AufenthG* ha una rilevanza pratica molto ridotta. Dall'altra parte, la disposizione non esige che il pericolo sia emerso per opera umana e copre quindi anche i casi di catastrofi naturali o problematiche legate alle infrastrutture. Inoltre, ha rilevanza per i minori; infatti, si ritiene sussistere un pericolo per la vita e l'integrità fisica se il minore non ha parenti nel paese di origine che possono prendersi cura di lui o se si teme – in mancanza di centri adatti che possono accogliere e tutelare il minore – che lo stesso possa soffrire la fame o comunque vivere al di sotto del livello minimo esistenziale.

Il divieto di allontanamento coattivo conduce di regola alla concessione di un permesso di soggiorno della durata minima di un anno (§ 25, comma 3, *AufenthG*)⁴¹. Allo straniero nei cui confronti è stato accertato un divieto di espulsione ai sensi del § 60, commi 5 e 7, *AufenthG* deve essere rilasciato un permesso di soggiorno per almeno un anno (§§ 25, comma 3. per. 1 e 26, comma 1, *AufenthG*). Tale permesso non consente comunque un'attività lavorativa redditizia e non può essere la base per l'asilo familiare. Ai sensi del § 26, comma 4, in combinazione con il § 9, comma 2, per. 1, *AufenthG*, lo straniero titolare di questo permesso di soggiorno può però, dopo 5 anni, e in presenza degli altri requisiti, ottenere un permesso di stabilimento.

In base al § 25, comma 3, *AufenthG*, il permesso non viene tuttavia concesso se l'espatrio in un altro Stato è possibile e ragionevole, se lo straniero viola ripetutamente o gravemente i corrispondenti obblighi di cooperazione o se vi sono motivi per supporre: che egli abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità; che abbia commesso un reato di notevole importanza; che si sia reso colpevole di azioni contrarie agli obiettivi e ai principi delle Nazioni Unite; o che rappresenti un pericolo per la comunità o un rischio per la sicurezza della Repubblica federale.

Il divieto di espulsione non implica dunque necessariamente che venga anche riconosciuto un titolo di soggiorno allo straniero (§ 25, comma 3, per. 3 *AufenthG*

⁴¹ Si distingue tra divieti di allontanamento in base alla normativa europea, che implicano l'obbligo di concessione del permesso, e divieti in base alla normativa nazionale, che danno luogo ad una decisione discrezionale sulla scorta della quale “di regola” si concede il permesso.

indica appunto i requisiti in presenza dei quali un permesso deve essere negato). Un individuo cui non spetta il permesso, ma che non può essere espulso, rimane quindi irregolare; il suo soggiorno in Germania viene semplicemente ‘tollerato’ (v. anche *infra*). Merita infatti evidenziare che i divieti di espulsione non prevedono – diversamente dalle altre forme di tutela sopra indicate – motivi di esclusione. Pertanto, anche un criminale che ha commesso reati gravi non può essere espulso in presenza di un divieto di espulsione (in conformità con la recentissima giurisprudenza della Corte di giustizia, C-391/16, C-77/17 C-78/17).

1.4.3.5. Altri permessi di soggiorno a tempo determinato per motivi umanitari, di diritto internazionali o politici

Oltre ai permessi di soggiorno per motivi umanitari di cui al § 25, commi 1-3, *AufenthG* già illustrati *supra*, possono essere concessi agli stranieri in cerca di protezione permessi di soggiorno a tempo determinato nelle seguenti ipotesi.⁴²

(a) Ammissione e accoglienza dall'estero (*Aufnahme aus dem Ausland*): ad uno straniero può essere rilasciato, ai sensi del § 22 *AufenthG*, per. 1, un permesso di soggiorno per ragioni di diritto internazionale o per urgenti motivi umanitari e deve essere concesso se il Ministero degli interni lo dispone per salvaguardare interessi politici della Repubblica federale tedesca⁴³.

(b) Ammissione per motivi umanitari da parte del *Bund* e dei *Länder*: ai sensi del § 23, comma 1, *AufenthG*, la suprema autorità di un *Land*, per ragioni di diritto internazionale, per motivi umanitari oppure per la salvaguardia di interessi politici della Repubblica federale tedesca, può disporre che agli stranieri provenienti da determinati Stati o a determinati gruppi di stranieri venga rilasciato

⁴² Cfr. anche SENATO E CAMERA DEI DEPUTATI, SERVIZI STUDI, Dossier dell'8 ottobre 2018, *Decreto-legge immigrazione e sicurezza pubblica*, p. 48 ss., cit.

⁴³ Secondo la giurisprudenza intervenuta in materia e l'opinione della dottrina: lo straniero deve soggiornare ancora all'estero; la concessione del permesso per motivi umanitari è indicata per singoli casi concreti e deve rimanere limitata a situazioni eccezionali; lo straniero deve trovarsi in una condizione particolare che richieda necessariamente un intervento e che giustifichi la sua ammissione rispetto ad altri stranieri che versano in situazioni paragonabili; lo straniero deve fare affidamento all'aiuto dello Stato tedesco o avere uno speciale rapporto con esso; date le circostanze, deve ritenersi indispensabile un'immediata ammissione in Germania; il soggiorno è consentito fintanto che sussistono le ragioni per l'ammissione; il permesso di soggiorno include il permesso di svolgere attività lavorativa.

un permesso di soggiorno⁴⁴. Mentre il sopra citato § 22 *AufenthG* riguarda singoli individui, il § 23 comma 1 *AufenthG* si applica solo a gruppi di persone⁴⁵.

(c) Accoglienza nell'ambito del c.d. programma di *Resettlement* (*Neuansiedlung von Schutzsuchenden* – reinsediamento o trasferimento di stranieri selezionati in cerca di protezione): è disciplinato dal § 23, comma 4, dell'*AufenthG* e prevede sempre una 'promessa' di accoglienza (*Aufnahmezusage*).

(d) Permesso di soggiorno per i casi gravi (*Härtefälle*): il § 23a *AufenthG* concede ai *Länder* la possibilità di istituire una "*Härtefallkommission*" ("commissione per i casi gravi": § 23a *AufenthG*), che può rivolgere all'autorità di rango supremo competente per il *Land* determinate richieste o proposte relative a casi singoli di particolare rilevanza umanitaria. Tale autorità ha il potere di concedere il permesso di soggiorno anche se le condizioni generali per il permesso non sono integrate. Ulteriori criteri su cui può basarsi il riconoscimento di un "caso grave" sono la durata del soggiorno, l'integrazione economica e sociale e le vicissitudini personali dello straniero. La norma relativa ai casi gravi presuppone in genere che lo straniero risieda in Germania, che sia già stabilita una data concreta per l'espatrio e che non abbia commesso reati gravi.

(e) Protezione temporanea (*vorübergehender Schutz*), concessa ai sensi del § 24 *AufenthG*, in attuazione della Direttiva 2001/55/CE, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

(f) Permesso di soggiorno temporaneo ai sensi del § 25, comma 4, *AufenthG* per lo straniero il cui obbligo di allontanamento non sia ancora esecutivo, per

⁴⁴ Per gli stessi motivi, il § 60a, comma 1, *AufenthG* prevede che l'autorità suprema del *Land* possa sospendere l'espulsione di uno straniero per 3 mesi. Per periodi maggiori ai 6 mesi trova applicazione il suddetto § 23, comma 1, *AufenthG*.

⁴⁵ In entrambi i casi, i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno sono sostanzialmente corrispondenti. Una differenza consiste nel fatto che le persone alle quali può essere concesso il permesso ai sensi del § 23, comma 1, *AufenthG* possono già trovarsi in Germania. Il comma 2 prevede una c.d. 'promessa' di accoglienza (*Aufnahmezusage*) per stranieri provenienti da determinati Stati o per determinati gruppi di stranieri da parte del Ministero degli interni, per la salvaguardia di interessi politici della Repubblica federale tedesca. A seconda della promessa, deve essere rilasciato allo straniero un permesso di soggiorno o di stabilimento (che può però prevedere limitazioni relative al luogo della residenza). Il permesso di soggiorno include il permesso di svolgere attività lavorativa.

motivi umanitari o personali imprescindibili ovvero per rilevanti interessi pubblici che richiedano la sua presenza temporanea nel territorio tedesco. A differenza del § 22 *AufenthG*, questa disposizione è applicabile a stranieri che già risiedano in Germania. Urgenti motivi umanitari e personali sono considerati, ad esempio, un intervento medico necessario, la cura e assistenza di un familiare gravemente malato, ma anche la conclusione di studi scolastici o di cicli di formazione professionale. Il soggiorno (regolare) può essere prorogato se l'allontanamento produca per lo straniero, alla luce delle circostanze particolari del caso, una situazione di "disagio straordinario" ovvero una situazione particolarmente grave. La sussistenza di una siffatta situazione è riscontrabile, tuttavia, solo se dal rifiuto del permesso derivino per lo straniero conseguenze negative ed irragionevoli che si distinguano chiaramente dalle conseguenze che deriverebbero ad altri stranieri da un analogo rifiuto (ad esempio, alla luce del grado di integrazione in Germania).

(g) Permesso di soggiorno ai sensi del § 25, comma 4a, *AufenthG*: ad uno straniero che sia vittima di un reato punibile ai sensi dei §§ 232-233a del Codice penale (*Strafgesetzbuch – StGB*) – traffico di esseri umani, prostituzione forzata, sfruttamento dei lavoratori, sfruttamento con ricorso alla privazione della libertà – è concesso un permesso di soggiorno a tempo determinato, se la sua presenza nel territorio federale sia ritenuta rilevante dalla procura o dal tribunale penale ai fini del processo relativo a tale reato⁴⁶.

(h) Permesso di soggiorno ai sensi del § 25, comma 4b, *AufenthG* per la vittima di un reato di cui ai §§ 10, comma 1, e 1, comma 1, per. 3, della legge per la lotta contro il lavoro in nero o al § 15a della legge sul lavoro interinale, la cui temporanea permanenza nel territorio federale è ritenuta rilevante dalla procura o dal tribunale penale ai fini del processo relativo a tale reato⁴⁷.

⁴⁶ Lo straniero deve pertanto aver interrotto qualsiasi contatto con le persone accusate di aver commesso il reato e deve essersi dichiarato disponibile a testimoniare. Il permesso di soggiorno può essere prorogato dopo la conclusione del processo, qualora motivi umanitari o personali oppure interessi pubblici rendano necessaria la presenza dello straniero nel territorio federale. Sussistono ragioni umanitarie, ad esempio, se lo straniero interessato non ha più mezzi di sostentamento nel Paese di origine o se si ritiene che possa subire svantaggi, esclusioni o ritorsioni a causa della sua collaborazione nel procedimento penale.

⁴⁷ Lo straniero deve essersi dichiarato disponibile a testimoniare; il permesso può essere prorogato se lo straniero non ha ancora ottenuto il suo compenso e se risulta troppo oneroso recuperarlo dall'estero.

(i) Permesso di soggiorno per stato di tolleranza (*Duldung*)⁴⁸ di lungo periodo e non attribuibile allo straniero (§ 25, comma 5, *AufenthG*): allo straniero obbligato a lasciare la Germania, l'autorità competente *può* concedere un permesso di soggiorno temporaneo in presenza di impedimenti giuridici (diversi da quelli di cui al § 25, comma 3, *AufenthG*: ad es., impedimenti che derivano direttamente dalla Legge fondamentale, come dagli artt. 1 e 2 – grave malattia, gravidanza, etc. – , o dall'art. 6 – motivi familiari –, o di impedimenti derivanti da fonti internazionali, come dall'art. 8 CEDU, su cui v. anche *supra*) o di impedimenti materiali all'allontanamento (ad es., incapacità a viaggiare per mancanza del passaporto, mancanza di vettore idoneo, etc.) la cui cessazione non risulti imminente e nemmeno prevedibile nel prossimo futuro e la cui causa non sia imputabile allo straniero. Se la sospensione dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento si protrae per 18 mesi, l'autorità *deve* concedere il permesso di soggiorno⁴⁹. Da notare è che uno straniero che possiede un permesso di soggiorno temporaneo ai sensi del comma 3 o del comma 5 del § 25 può, a determinate condizioni, anche ottenere un permesso di stabilimento (v. anche § 26, comma 4, *AufenthG*, v. *infra*).

(j) Permesso per adolescenti ben integrati (§ 25a *AufenthG*)⁵⁰.

(k) Una specie di sanatoria per gli stranieri “tollerati” (v. *infra*) residenti nella Repubblica federale da più di 8 anni (6 per le famiglie con minori) è prevista dal § 25b *AufenthG*, introdotto dalla legge del 27 luglio 2015 sulla ridefinizione del diritto di permanenza e della cessazione del soggiorno (*Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung*), che ha concesso loro un permesso di soggiorno (rinnovabile) di 2 anni, a condizione che conoscano sufficientemente la lingua tedesca, che siano sufficientemente integrati e in grado di provvedere al proprio sostentamento.

⁴⁸ Cfr. anche *infra* sub 1.4.3.6.

⁴⁹ Se lo straniero ha soggiornato meno di 18 mesi in Germania, il permesso viene concesso per una durata massima di 6 mesi.

⁵⁰ Adolescenti che hanno soggiornato da almeno 4 anni ininterrottamente in Germania con lo *status* di tollerato o con permesso di soggiorno temporaneo, che abbiano frequentato con profitto una scuola per 4 anni, che abbiano richiesto un permesso di soggiorno prima del compimento di ventuno anni, e che risultino, in base alla loro formazione ed alle loro condizioni di vita, capaci di inserirsi ed adeguarsi alle condizioni di vita in Germania. Il permesso può, a determinate condizioni, essere esteso ai genitori o a chi ne fa le veci.

Il § 26 *AufenthG* disciplina, come accennato, la durata dei vari permessi concessi in base ai §§ 23-25 *AufenthG*. In linea generale, la durata è di 3 anni per gli stranieri aventi diritto all'asilo o che abbiano ottenuto lo statuto di rifugiato. Un termine più breve (un anno) è, ad esempio, previsto nei casi in cui lo straniero sia beneficiario di tutela sussidiaria o vittima di un reato (§ 25, commi 4a e 4b, *AufenthG*). Dopo la conclusione del processo penale, per motivi umanitari o personali oppure per interessi pubblici che rendono necessaria la presenza dello straniero nel territorio federale, può essere concesso un permesso di soggiorno di 2 anni, prorogabile. La stessa norma dispone inoltre che in singoli casi giustificati è ammessa una validità più lunga del titolo di soggiorno.

Quanto agli stranieri che sono entrati nel paese prima di aver compiuto i diciotto anni, § 26, comma 4, per. 4, *AufenthG* richiama il successivo § 35 *AufenthG*, per cui gli stranieri con un permesso di soggiorno per motivi umanitari, che sono entrati (solitamente non accompagnati) nel territorio tedesco prima del compimento della maggiore età, possono ottenere, a discrezione dell'autorità competente⁵¹, un permesso di soggiorno autonomo, analogamente a quanto previsto nel § 35 *AufenthG* (e cioè il permesso di stabilimento che viene concesso a minori o adulti che hanno in precedenza ottenuto un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare: il § 26, comma 4, per. 4). Il privilegio consiste nel fatto che si deve – in deroga al § 9, comma 2, per. 1, nn. 2-9, *AufenthG* – dimostrare semplicemente di aver soggiornato per motivi umanitari per cinque anni consecutivi in Germania. Lo straniero deve, a seconda dell'età, avere i requisiti di cui al § 35, comma 1, per. 1 o 2, *AufenthG*, senza che debba però sussistere ai fini del permesso in corso di validità lo scopo del ricongiungimento familiare e senza dover dimostrare la capacità di disporre di una abitazione, etc.

1.4.3.6. La sospensione dell'esecuzione dell'espulsione (“stato di tollerato”)

Qualora non sussistano i presupposti per la concessione di un permesso di soggiorno e l'obbligo di allontanamento sia esecutivo, l'esecuzione dell'allontanamento dello straniero può tuttavia essere sospesa o rinviata.

Ai sensi del primo comma del § 60a *AufenthG*, le supreme autorità di un *Land*, per ragioni di diritto internazionale, per motivi umanitari oppure per la salvaguardia di interessi politici della Repubblica federale tedesca, possono

⁵¹ Non sussiste un diritto al permesso ma solo il diritto ad una decisione in merito al permesso che sia corretta, cioè priva di errori e di eccesso di potere.

disporre con provvedimento amministrativo la sospensione dell'espulsione per stranieri provenienti da determinati Stati o per determinati gruppi di stranieri (c.d. *Gruppenduldung*). La sospensione dell'espulsione non può superare i 3 mesi, salve eventuali proroghe⁵².

Se l'espulsione di un singolo straniero non è invece eseguibile per impedimenti giuridici o materiali, alla discrezionalità si sostituisce l'obbligo di disporre la sospensione se un permesso di soggiorno non può essere concesso (§ 60a, comma 2, *AufenthG*, c.d. *individuelle Duldung*). Un impedimento giuridico si afferma in presenza di un divieto di espulsione che legittima la sospensione dell'esecuzione ai sensi del § 60, commi 1-5 e 7, *AufenthG* o in presenza di un impedimento interno all'espulsione (v. *supra*); si riscontra, ad esempio, in presenza di un pericolo (temporaneo) per l'integrità dello straniero o di un pregiudizio irragionevole e sproporzionato per la famiglia quando genitori e figli minori vengano separati o, ancora, se uno straniero cresciuto in Germania non abbia alcun legame con il paese di appartenenza (in tali casi, vengono principalmente in rilievo le protezioni offerte dall'art. 6 LF e dall'art. 8 CEDU, quest'ultimo letto anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito alla proporzionalità della misura di espulsione). Un impedimento materiale discende, invece, ad esempio, dall'incapacità di viaggiare in caso di malattia grave o in mancanza di documenti e di apolidia.

Nel caso disciplinato dal secondo comma del § 60a *AufenthG* (che riguarda, appunto, la sospensione individuale per un impedimento giuridico o materiale) viene assegnata allo straniero irregolare per atto amministrativo scritto una sorta di “*status* di tollerato” (si parla di “misura di espulsione rinviata”), che non esclude la sua irregolarità, ma soltanto la sanzionabilità penale della stessa (cfr. § 95, comma 1, n. 2, ultimo periodo Codice penale – *Strafgesetzbuch*, StGB). L'obbligo di allontanamento, infatti, rimane valido ma il soggiorno non è illegale. Con il venir meno dell'ostacolo all'espulsione, il permesso da “tollerato” è immediatamente revocato, il soggiorno diventa illegale e lo straniero è obbligato a partire.

Allo straniero *deve* essere concesso lo *status* di tollerato anche nel caso in cui esigenze di un processo penale impongono la sua permanenza nel territorio tedesco.

⁵² Per dar luogo ad una sospensione superiore ai 6 mesi, è necessario che il Ministero federale degli interni, che deve tener conto della omogeneità delle prassi a livello federale (*Bundeseinheitlichkeit*) e deve quindi evitare forti divergenze tra la prassi dei *Länder*, presti il proprio consenso (si applica poi il 23, comma 1, *AufenthG*).

Allo straniero *può*, inoltre, essere riconosciuto lo *status* di tollerato a discrezione dell'autorità per imminenti motivi umanitari, significativi interessi pubblici e nel caso in cui esigenze personali imprescindibili impongano la sua permanenza nel territorio tedesco (ad esempio se deve sottoporsi ad un intervento medico, se deve prendersi temporaneamente cura di un parente gravemente malato; se lo straniero ha iniziato un percorso formativo professionale *qualificato* *deve* però essere tollerato).

In alcuni comuni, l'Ufficio stranieri attribuisce al minore non accompagnato, durante la procedura di *clearing*, lo *status* di "tollerato" ai fini di stabilire se sussistano gli estremi per richiedere asilo o la tutela sussidiaria (*Abschiebeschutz*). Poiché una espulsione coattiva può avvenire solo a condizione che la cura del minore venga garantita nel paese di origine, a numerosi minori non accompagnati viene riconosciuto lo *status* di tollerato fino alla maggior età.

Lo *status* di tollerato, sia pure per un breve periodo, deve essere riconosciuto nei casi in cui, in ragione di accordi bilaterali o in applicazione della direttiva 2003/110/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, la Germania sia tenuta a "riammettere" lo straniero il cui allontanamento non sia andato a buon fine (§ 60a, comma 2a, *AufenthG*).

Lo straniero che gode dello *status* di tollerato alla luce di impedimenti giuridici o materiali la cui cessazione non risulti imminente e nemmeno prevedibile nel prossimo futuro (e la cui causa non sia imputabile allo straniero) può ottenere un permesso ai sensi del § 25, comma 5, *AufenthG* (e lo deve ottenere se l'impedimento si protrae per 18 mesi, v. *supra*, sub 1.4.3.5. (i)).

2. L'accoglienza degli stranieri

2.1. La protezione offerta dall'ordinamento agli stranieri

La legge fondamentale distingue tra diritti fondamentali riservati ai cittadini tedeschi così come definiti nell'art. 116 LF⁵³ (c.d. "*Deutschenrechte*"), ad es. artt. 8 (libertà di riunione), 9 (libertà di associazione), 11 (libertà di circolazione) e 12 (libertà di professione), 20 (diritto di resistenza), 33 (diritti e doveri civili e politici) LF, da un lato, e diritti fondamentali dell'uomo che spettano a tutti, stranieri inclusi ("*Jedermannrechte*") dall'altro, tra cui ad es. libertà di religione, libertà di manifestazione del pensiero, di arte e scienza, libertà d'azione, principio

⁵³ V. *supra* nota 4.

di uguaglianza, diritto di petizione. Nell'ambito dei diritti fondamentali riservati ai tedeschi, gli stranieri possono avvalersi dell'art. 2, comma 1, LF (libertà di azione), che è comunque più facilmente limitabile. Il diverso trattamento tra tedeschi e stranieri viene criticato da alcuni alla luce del principio di uguaglianza; altri ritengono che i "*Deutschenrechte*" debbano valere per tutti quantomeno nel loro nucleo essenziale, nel rispetto della dignità umana. Secondo altri ancora tali tesi non sono compatibili con la lettera e la sistematica della Legge fondamentale⁵⁴.

2.2. Gli stranieri di diritto comune

Come accennato, bisogna distinguere tra cittadini Ue e stranieri extra-Ue (salvo che per alcuni diritti i quali, sulla base di accordi bilaterali, sono riconosciuti a stranieri provenienti da alcuni Stati terzi, come ad esempio la Turchia). Data l'ampiezza della tematica si possono indicare in questa sede soltanto alcuni diritti riconosciuti a stranieri extra-Ue, regolari ed irregolari, che sembrano essere di particolare rilevanza.

2.2.1. Gli stranieri regolari

Per lo straniero regolare entrato legalmente in Germania – o che abbia successivamente ottenuto lo *status* di regolare –, la legge prevede vari tipi di titolo di soggiorno che possono, trascorso un certo periodo di permanenza, anche convertirsi in titoli di soggiorno a tempo indeterminato ed a cui conseguono maggiori diritti. A seconda della tipologia del permesso di soggiorno variano anche i relativi diritti. Con la *Niederlassungserlaubnis* è possibile accedere a qualsiasi tipo di posto di lavoro (tranne che ad alcune professioni, come ad esempio l'impiego statale) senza necessità di particolari autorizzazioni da parte di altre autorità e senza restrizioni temporali o spaziali e sulla residenza previste per altri permessi di soggiorno.

Ai sensi del § 27 *AufenthG*, esiste inoltre un particolare permesso di soggiorno (*Aufenthaltserlaubnis*) per i familiari extracomunitari "per tutelare il matrimonio e la famiglia", in conformità all'art. 6 LF. Lo scopo di tale permesso (e con ciò del

⁵⁴ Agli stranieri comunitari spetta, tuttavia, alla luce del divieto di discriminazione di cui all'art. 18 TFUE la stessa tutela dei cittadini tedeschi. In dottrina si discutono due opzioni al riguardo: i *Deutschenrechte* si applicano anche ai cittadini Ue o l'art. 2, comma 1, LF si interpreta in modo che la libertà d'azione venga garantita ai cittadini Ue nella misura equivalente ai "*Deutschenrechten*".

ricongiungimento familiare), è sintetizzabile nella realizzazione e nella tutela della comunione familiare sul territorio tedesco. L'ingresso e il soggiorno per motivi familiari viene disciplinato nella sesta parte del 2° capitolo dell'*AufenthG* (§§ 27-36a). Determinante in materia è il titolo di soggiorno rilasciato alla persona con cui ci si ricongiunge, che deve possedere un vero e proprio permesso di soggiorno: non è infatti sufficiente lo *status* di tollerato né la semplice autorizzazione al soggiorno provvisorio per i richiedenti asilo (*Aufenthaltsgestattung*).

In genere, per il ricongiungimento familiare di stranieri extracomunitari è necessario che siano soddisfatti alcuni requisiti generali (ad es., relativi all'abitazione o al sostentamento dei familiari). Eccezioni possono essere applicate per i rifugiati ufficialmente riconosciuti, poiché nel loro caso l'unità familiare non può essere ottenuta se non attraverso il ricongiungimento (cfr. § 29 *AufenthG*)⁵⁵.

In linea di principio, i familiari che intendono ricongiungersi con la persona che già si trova in Germania godono degli stessi diritti e sono soggetti agli stessi doveri ed alle stesse limitazioni di quest'ultima. In quest'ottica, il § 27 *AufenthG* pone come regola generale il vincolo della durata massima dei permessi per motivi familiari in relazione a quella del permesso della persona che ha richiesto il ricongiungimento.

Al di là di queste regole generali, la disciplina del ricongiungimento, nel dettaglio, si mostra molto diversificata in relazione alle singole fattispecie. Dei familiari che sono generalmente autorizzati a ricongiungersi fanno parte, oltre al coniuge, i figli (minori) del richiedente e, in determinati casi, anche altri familiari. In relazione alle diverse tipologie di rapporti familiari, ben possono darsi normative differenziate. Tra i beneficiari potenziali di ricongiungimento, di una particolare tutela godono i figli minori, secondo quanto previsto nel § 32 *AufenthG* (anche in combinazione con il § 25, commi 1 e 2, o con il § 26, comma 3, *AufenthG*).

I beneficiari del ricongiungimento devono quindi soddisfare requisiti diversi a seconda del titolo, della durata del soggiorno e del grado di integrazione del familiare che si trova in Germania, nonché dello stato di famiglia e dell'età del richiedente.

⁵⁵ I figli minori di persone titolari del diritto di asilo o di rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra godono anche della tutela familiare di cui al § 26, comma 4, *AsylVfG* (quindi non possono essere allontanati), oltre che della protezione dall'espulsione.

Una disciplina affatto particolare è poi quella che riguarda il ricongiungimento richiesto da un cittadino tedesco (§ 28 *AufenthG*), nonché quella che riguarda i figli nati sul territorio tedesco (§ 33 *AufenthG*)⁵⁶.

2.2.2. Gli stranieri irregolari

In capo agli stranieri irregolari (entrati illegalmente e senza alcun titolo) non sussiste in generale un diritto al permesso di soggiorno. L'autorità competente può tuttavia concedere o rinnovare un permesso a propria discrezione, considerando il grado di integrazione dello straniero, la sussistenza di un motivo concreto di espulsione e di un pericolo derivante dalla permanenza. Come illustrato sopra (*sub* 1.4.3.6.), l'autorità competente può in determinati casi anche "tollerare" la presenza dello straniero che si trovi illegalmente sul territorio tedesco (soprattutto in presenza di impedimenti per l'espulsione). Lo straniero illegale tollerato non ha però il diritto di svolgere attività lavorativa in Germania, di acquistare o entrare in possesso di una casa, di muoversi liberamente sull'intero territorio federale.

Lo *status* di tollerato così come la *Aufenthalts gestattung* del richiedente asilo durante la procedura per il riconoscimento non dà inoltre diritto al ricongiungimento familiare.

2.3. Gli stranieri in situazione di debolezza

Gli stranieri in situazione di debolezza godono di particolari tutele e titoli di soggiorno; vengono accolti in apposite strutture di accoglienza o in altri alloggi durante il procedimento per il riconoscimento del diritto d'asilo. Già durante questo periodo, lo Stato federale tedesco concede agli stranieri (titolari del c.d. certificato che attesta l'arrivo, *Ankunftsnachweis*, v. *supra*) alcune prestazioni sociali (per il loro sostentamento e la cura della salute) ai sensi della legge sui benefici economici per i richiedenti asilo (*Asylbewerberleistungsgesetz* – *AsylbLG*) del 30 giugno 1993, da ultimo modificata il 17 luglio 2017⁵⁷. L'ultima versione della *AsylbLG*, peraltro, alla luce di una sentenza del Tribunale costituzionale federale del 18 luglio 2012, ha rideterminato gli importi dei sussidi,

⁵⁶ Le disposizioni che disciplinano il ricongiungimento con un familiare di cittadinanza tedesca sono più favorevoli: se i figli di questi sono cittadini di uno Stato terzo, hanno il diritto al ricongiungimento fintanto che non abbiano raggiunto la maggiore età. Il ricongiungimento familiare non può essere negato neppure se il reddito è insufficiente, poiché il familiare che vive in Germania non può e non deve essere costretto a trasferirsi all'estero.

⁵⁷ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, Dossier Legislazione Straniera, n. 13, novembre 2015, cit.

adeguandoli alle effettive necessità del richiedente e stabilendo, per il futuro, un loro periodico aggiornamento. Gli stranieri aventi diritto ai sussidi previsti dall'*Asylbewerberleistungsgesetz* possono beneficiare anche dell'assistenza sociale (*Sozialhilfe*), prevista dal Libro XII del Codice sociale (*Sozialgesetzbuch – SGB XII*), già dopo un soggiorno ininterrotto di 15 mesi (in precedenza era di 48 mesi) nel territorio federale. Con la legge per migliorare la condizione giuridica degli stranieri in cerca di asilo e tollerati (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern*) del 23 dicembre 2014, in vigore dal 1° gennaio 2015, la preminenza del principio di prestazione in natura (c.d. *Sachleistungsprinzip*) che vige ai sensi del § 3 *AsylbLG*, è stata limitata solo al periodo di soggiorno nei centri di prima accoglienza. Trascorso questo periodo, sono forniti in via prioritaria sussidi in denaro contante (*Geldleistungen*) invece che buoni acquisto alimentari o generi di necessità.

Con la Legge sull'integrazione (*Integrationsgesetz*) del 31 luglio 2016, entrata in vigore il successivo 6 agosto, sono state introdotte misure volte a migliorare l'integrazione nella società e ad agevolare l'inserimento nel mercato del lavoro degli stranieri richiedenti asilo o aventi diritto alla protezione internazionale⁵⁸. La nuova disciplina in materia di integrazione ha posto le premesse giuridiche e finanziarie per l'avvio di un Programma lavorativo (*Arbeitsmarktprogramm*) specificamente dedicato alle "Misure sull'integrazione dei rifugiati" (*Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen – FIM*) e delineato in una direttiva ministeriale del 20 luglio 2016, la cui scadenza è fissata al 31 dicembre 2020. Il Programma prevede la creazione di posti di lavoro *ad hoc* per i richiedenti asilo in attesa dell'esito della domanda di protezione internazionale. Si tratta di lavori a breve termine e con una bassa retribuzione, perché la loro finalità è quella di consentire ai richiedenti asilo di acquisire esperienza lavorativa, familiarizzare con il mercato del lavoro tedesco e occupare il periodo di attesa in modo utile.

Le disposizioni contenute nella nuova *Integrationsgesetz* modificano, in particolare, il Terzo libro del Codice sociale (*Sozialgesetzbuch – SGB III*), introducendo al § 132 una regolamentazione speciale volta a promuovere la formazione professionale e l'apprendistato degli stranieri. I sussidi statali previsti a tale scopo, di cui ai §§ 56 ss., sono estesi (rispettivamente dopo 3 o 15 mesi di

⁵⁸ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SERVIZIO STUDI, *Promozione del regolare soggiorno e dell'inclusione sociale e lavorativa degli stranieri non comunitari*, Dossier n. 132, 10 aprile 2019, p. 16 s., disponibile *on line* alla pagina https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2019/04/Dossier-Camera-pdl-Ero-straniero_Promozione-del-regolare-soggiorno-e-dellinclusionesociale-e-lavprativa-degli-stranieri-non-comunitari.pdf.

permanenza) anche ai richiedenti asilo e agli stranieri tollerati (*geduldete Ausländer*) con sospensione temporanea dell'espulsione, che risiedano legalmente e ininterrottamente in Germania da 12 mesi oppure da 6 anni (a seconda del tipo di sussidio richiesto). Tale regime speciale è a tempo determinato e riguarda le misure applicate e le sovvenzioni statali richieste entro il 31 dicembre 2018.

I richiedenti asilo che dimostrano capacità e volontà di integrarsi nella società tedesca e che hanno alte probabilità di restare in Germania avranno un accesso rapido e semplificato ai programmi di integrazione e alle opportunità lavorative, viceversa si avrà una riduzione dei benefici nei confronti di coloro che non collaborano al loro processo di integrazione. A chi rifiuti di partecipare ai corsi di integrazione (corsi di lingua tedesca, sulla storia, la società, il sistema giuridico e i valori della Germania) proposti dal BAMF senza una giusta causa, vengono ridotte o eliminate le prestazioni sociali.

Anche gli stranieri con lo *status* di tollerato hanno la possibilità di svolgere un tirocinio formativo retribuito presso un'azienda per un periodo di tre anni, durante il quale viene garantito il diritto a restare nel territorio tedesco. Terminato il tirocinio, allo straniero viene concesso un periodo di 6 mesi per trovare un'occupazione adeguata e, nel caso riceva un'offerta di lavoro a tempo indeterminato, potrà ottenere un permesso di soggiorno della durata di due anni (cfr. § 18a *AufenthG*).

Le disposizioni dell'*Integrationsgesetz* regolamentano, infine, l'obbligo di residenza (*Wohnsitzverpflichtung*)⁵⁹ per lo straniero avente diritto all'asilo, cui sia stato riconosciuto lo *status* di rifugiato o il diritto alla protezione sussidiaria, o al quale sia stato concesso per la prima volta un permesso di soggiorno (con tale misura e la equa distribuzione sul territorio si vuole evitare la concentrazione di rifugiati della stessa nazionalità in un'unica zona). Alle autorità dei *Länder* cui lo straniero è stato assegnato ai fini dello svolgimento della procedura di asilo è consentito imporre una residenza obbligatoria o addirittura vietare di risiedere in talune zone per un periodo massimo di 3 anni, tenendo sempre in debita considerazione l'eventuale svolgimento di un'attività lavorativa o di formazione professionale.

⁵⁹ La Corte suprema amministrativa, con tre ordinanze del 9.8.2014 (1 C 1.14, 1 C 3.14, 1 C 7.11), ha sottoposto la questione della compatibilità della *Wohnsitzauflage* con l'art. 33 della direttiva 2011/95/UE alla Corte di giustizia.

3. L'allontanamento dal territorio

3.1. L'espulsione

La *AufenthG* prevede, ai §§ 15 e 50-62, una disciplina dettagliata in materia di allontanamento e di espulsione coattiva degli stranieri (v. *supra*). Tali provvedimenti, adottati in via amministrativa, riguardano, come visto, non solo gli stranieri irregolari, ma anche quelli regolari in presenza di determinate condizioni. Tra l'altro, lo *status* di tutela di un avente diritto d'asilo, di un rifugiato riconosciuto o di avente diritto della tutela sussidiaria e il relativo permesso può anche venir meno; il relativo titolo di soggiorno si può estinguere (per mancato rinnovo, §§ 72⁶⁰, 73a *AsylG*), essere revocato (*widerrufen*) o ritirato (*zurückgenommen* in quanto sin dall'inizio illegittimo) (§§ 73, 73b, 73c *AsylG*)⁶¹. Il § 51 *AufenthG* elenca i casi in cui un titolo di soggiorno viene meno.⁶²

Tra questi figura anche l'ordine di espulsione (*Ausweisung*), che riguarda stranieri (originariamente "regolari") i quali abbiano tenuto una condotta che possa mettere in pericolo la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico, l'ordinamento democratico liberale o altri interessi rilevanti della Repubblica federale⁶³. I motivi che giustificano un ordine di espulsione possono infatti essere di varia natura (§§ 53 ss. *AufenthG*). Il *Bundesverfassungsgericht* (sentenza del 10 agosto 2007, 2 BvR 535/06, e sentenza del 10 maggio 2007, 2 BvR 304/07) ha imposto, con riferimento a tutte le tipologie di espulsione, un approfondito esame di proporzionalità (c.d. *Verhältnismässigkeitsprüfung*), che tenga conto delle condizioni personali del singolo individuo e delle circostanze in cui versa (ad esempio, la durata del soggiorno, l'integrazione dello straniero, i suoi legami familiari e personali, la sua lontananza culturale rispetto al paese di origine, etc.).

⁶⁰ La norma ripete essenzialmente quanto previsto all'art. 1 della Convenzione di Ginevra e all'art. 11, comma 1, lett. a-d, della direttiva 2011/95/Ue.

⁶¹ La tutela viene revocata quando non sussistono più i requisiti per la sua concessione; viene ritirata se non erano mai esistiti (e la tutela era stata concessa ad esempio a seguito di un inganno).

⁶² Il *permesso di soggiorno* può venir meno per legge (nel caso in cui scada e non venga rinnovato ed in alcuni casi in cui lo straniero ha lasciato il paese e non rientra entro un certo termine, ma anche se lo straniero richiede asilo) ovvero a seguito di un provvedimento amministrativo, come l'ordine di espulsione (*Ausweisung*), la revoca o il ritiro del permesso o la comunicazione di un ordine di allontanamento (*Abschiebungsanordnung*) ai sensi del § 58a *AufenthG*, cfr. per i dettagli il §51 *AufenthG*.

⁶³ Gli stranieri obbligati a lasciare il paese per motivi della sicurezza interna possono essere sorvegliati anche tramite un braccialetto elettronico (§ 56 s. *AufenthG*).

Lo scrutinio necessario si estende, in particolare, alla violazione della vita familiare e personale dello straniero, garantita dall'art. 8, comma 1, CEDU.

Ciò si rispecchia nella normativa che indica quali circostanze debbano tenersi in considerazione per ponderare l'interesse dello Stato all'espulsione (ad es., alla luce della gravità e anche del numero di condanne penali in capo allo straniero) e l'interesse alla permanenza nello Stato (*Bleibeinteresse*) (ad es., quando si abbia un permesso di durata illimitata).

L'obbligo di allontanamento (*Ausreisepflicht*) è previsto per chi non è in possesso di un permesso di soggiorno e per chi sia titolare di un permesso di soggiorno scaduto o venuto comunque meno (§ 50 e § 58 *AufenthG*). In tal caso, le autorità competenti emettono un provvedimento che indica il termine entro cui si deve lasciare il Paese. Ricevuta la comunicazione del provvedimento, lo straniero deve lasciare il paese; l'espulsione coattiva (*Abschiebung*) non può emettersi *ex ante* senza che ve ne sia una ragione giustificatrice (ad es. la presunzione che lo straniero possa nelle more dell'espulsione commettere reati).

Nel caso in cui lo straniero non ottemperi volontariamente all'obbligo di lasciare il territorio, si può procedere con l'espulsione coattiva, che presuppone la possibilità di esecuzione (assenza di divieti di espulsione) e anche un apposito preavviso (cfr. § 34 *AsylG*, §§ 59, 60 *AufenthG*). Lo straniero viene scortato dalla polizia alla frontiera e consegnato al posto di controllo di frontiera, che procede poi all'esecuzione dell'allontanamento (o consegna a altro Stato)⁶⁴. Per garantire l'esecuzione del provvedimento, può essere disposta la detenzione propedeutica all'allontanamento (*Zurückschiebungs-* e *Abschiebungshaft*: § 62 *AufenthG*, v. *supra*, sub 1.4.3.). La detenzione è, come regola generale, una misura prevista solo quando si prevede che la persona non partirà volontariamente e non risulti possibile adottare misure meno invasive. La messa in stato di arresto deve essere limitata al più breve tempo possibile. I minori e le famiglie con minori possono essere presi in custodia in attesa dell'espulsione solo in casi eccezionali e per un tempo ragionevole in considerazione del benessere del minore.

Ai sensi del § 62a *AufenthG*, introdotto dalla legge del 22 novembre 2011, con la quale sono state recepite una serie di direttive comunitarie in materia di soggiorno degli stranieri, la detenzione finalizzata all'espulsione avviene di regola in specifici centri di detenzione (*spezielle Hafteinrichtungen*, v. anche *supra*). Se nel *Land* interessato non sono presenti tali centri, l'esecuzione della misura

⁶⁴ In generale, l'espulsione forzata è preceduta da un preavviso scritto (§ 59 *AufenthG*) salvo in casi eccezionali (ad es. se sussiste il pericolo di fuga).

detentiva ha luogo nelle normali carceri, ma in spazi destinati esclusivamente agli stranieri irregolari, in modo da garantire loro un adeguato livello di *privacy*. Inoltre, agli internati in attesa di espulsione è concesso di entrare in contatto con i rappresentanti legali, i familiari e le autorità consolari competenti.

Un ultimo strumento per allontanare uno straniero dal territorio è l'ordine di allontanamento (“*Abschiebungsanordnung*”), previsto dal § 58a *AufenthG*. Si tratta di una competenza affidata ai *Länder* per la sicurezza e la difesa da particolari pericoli per la Federazione, nonché in caso di minaccia terroristica⁶⁵.

3.2. Le conseguenze dell'espulsione

L'ordine di espulsione (*Ausweisung*), l'allontanamento coattivo (*Zurückschiebung*) e l'espulsione coattiva (*Abschiebung*) comportano, ai termini del § 11, comma 1, *AufenthG*, il divieto di reingresso e soggiorno nel territorio tedesco⁶⁶.

Il § 11, comma 1, *AufenthG*, come modificato dalla legge di recepimento delle direttive dell'Unione europea in materia di diritto di soggiorno e adeguamento delle disposizioni nazionali al codice dei visti dell'Unione, così recita:

“(1) Uno straniero che sia stato espulso, respinto o allontanato non può ritornare nel territorio tedesco o risiedervi. Non è possibile concedergli un permesso di soggiorno, neanche in presenza dei presupposti per il rilascio di un tale permesso in base alla presente legge.”

Il § 11, comma 2, *AufenthG* stabilisce che il divieto debba essere limitato nel tempo (“*Il divieto di reingresso e soggiorno deve essere limitato d'ufficio...*”). L'autorità competente ha un margine discrezionale al riguardo. Tuttavia, il termine può superare 5 anni soltanto se lo straniero era stato espulso a seguito di una condanna penale o perché rappresentava un grave pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico. Il termine massimo per il divieto è stabilito in 10 anni. Il

⁶⁵ Con questo ordine di allontanamento, l'ufficio supremo di ogni *Land* può “ordinare” l'espulsione coattiva di uno straniero con effetto immediato, quindi senza che vi sia un precedente ordine di espulsione, e senza preavviso.

⁶⁶ Allo straniero espulso o allontanato non viene più concesso un permesso di soggiorno, neanche in presenza degli altri presupposti di legge. Tale effetto di legge deve però essere limitato nel tempo alla luce della recente giurisprudenza europea, salvo nei casi in cui lo straniero sia stato allontanato per reati che riguardano la pace, crimini di guerra o contro l'umanità, oppure sulla base di un ordine di allontanamento (“*Abschiebungsanordnung*”), ai sensi del § 58a *AufenthG* (resta comunque fermo il potere dell'autorità del *Land* di concedere ulteriori eccezioni).

comma 4 del § 11 indica alcune eccezioni al limite temporale del divieto, in base alle quali il termine può essere ridotto o annullato a seconda anche della condotta collaborativa dello straniero.

Ai sensi del § 14, comma 1, *AufenthG*, l'ingresso di uno straniero nel territorio federale è illegale quando, in particolare, costui non è autorizzato a entrarvi in applicazione del § 11, comma 1, di tale legge, a meno che non sia in possesso di un permesso d'ingresso ai sensi del comma 8 del medesimo articolo.

Il § 95 *AufenthG*, intitolato "Disposizioni penali", prevede, al comma 2, punto 1, quanto segue: *"È prevista una pena detentiva massima di tre anni o una pena pecuniaria per chiunque [...] a) entri nel territorio federale o b) ivi soggiorni in violazione del § 11, comma 1, per. 1"*.

Il § 456a del Codice di procedura penale dispone, inoltre: *"1) L'autorità competente per l'esecuzione può rinunciare all'esecuzione di una pena detentiva, di una pena sostitutiva della pena detentiva o di una misura di sicurezza se il condannato, per fatti diversi, viene consegnato a un governo straniero o a un tribunale penale internazionale, o se viene espulso al di fuori del territorio di vigenza della presente legge federale.*

2) In caso di ritorno della persona estradata, consegnata o espulsa, l'esecuzione può essere successivamente attuata...".

REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

1. Introduzione

Nel Regno Unito, in linea di massima, sono soggetti ai controlli migratori (*immigration control*) tutte le persone che non hanno la cittadinanza britannica¹ o il c.d. diritto di residenza (*right of abode*), concesso ai cittadini di taluni Stati del Commonwealth². A questo proposito, sono esenti dai controlli migratori anche i cittadini dei paesi aderenti allo Spazio economico europeo (ed i loro familiari, anche cittadini di Stati terzi), il cui ingresso e soggiorno sono disciplinati però dall'ordinamento euro-unitario.

Il diritto dell'immigrazione è un terreno sul quale le politiche dell'Esecutivo, talvolta per il tramite del legislatore, e la giurisprudenza si scontrano in maniera particolarmente aspra. Ciò soprattutto a partire dall'introduzione dello *Human Rights Act 1998*, legge che ha trasposto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento britannico e che impone il rispetto di tale Convenzione da parte di tutte le autorità pubbliche³. Può non sorprendere, dunque, la natura delle principali fonti legislative in materia: se, da una parte, diverse leggi sono state adottate allo scopo di disciplinare il fenomeno dell'immigrazione (oltre a quelle in tema di pubblica sicurezza, che attengono pure all'ingresso ed alla permanenza degli stranieri), si tratta di testi dal contenuto relativamente generico. Particolarmente importanti sono, invece, le *Immigration Rules*, a cura del

¹ Quello della cittadinanza britannica è un argomento assai complesso. In questa sede, basti accennare al fatto che l'attuale ordinamento in materia risulta, di fatto, dalla fine dell'Impero coloniale e dagli adattamenti introdotti per limitare il flusso delle popolazioni dell'ex-Impero verso la ex-madrepatria; da qui, infatti, la scissione tra cittadinanza e diritto di soggiorno. Ad eccezione della *British citizenship*, le diverse forme di cittadinanza introdotte a partire dal 1948 e quelle che permangono oggi, seppure recanti l'aggettivazione "*British*", non comportano l'esenzione dai controlli d'immigrazione, né tantomeno il diritto di soggiorno nel Regno Unito. Per una sintesi delle forme di cittadinanza attualmente esistenti, v. GOV.UK, *Types of British nationality*, <https://www.gov.uk/types-of-british-nationality/british-citizenship>; per una disamina più completa, v. G. CLAYTON – G. FIRTH, *Immigration & Asylum Law*, 8a ed., Oxford, Oxford University Press, 2018, cap. 1.3; K. BROWNE, *Immigration Law*, Guildford, College of Law Publishing, 2009, cap. 2.

² I quali però non godono, per questo, del diritto alla libera circolazione nell'Unione europea.

³ *Section 6*.

Ministero degli affari interni (*Home Office*), che regolano la materia in dettaglio – le condizioni da soddisfare per entrare nel territorio, quelle per ottenere il permesso di soggiorno, ecc. – e che rilevano anche in tema di asilo.

Le *Immigration Rules* si applicano a tutte le persone che non hanno la cittadinanza britannica. Le modifiche e le integrazioni alle *Rules* devono essere presentate al Parlamento perché possano divenire efficaci (secondo la *negative resolution procedure*), di talché non possono dirsi semplice normativa secondaria in senso stretto, ma piuttosto atti aventi un rango equiparabile alla legge⁴. In ogni caso, essendo limitata la possibilità di scrutinio da parte del legislatore e anche i tempi previsti per lo scrutinio, le *Rules*, che recano ormai migliaia di previsioni, subiscono regolarmente modifiche di varia entità.

Tra le fonti rilevano inoltre *policies* esecutive, stilate per guidare l'applicazione concreta del diritto dell'immigrazione da parte degli addetti ai lavori, oltre alla giurisprudenza delle corti ordinarie e dei *tribunals*⁵ competenti.

Altre fonti importanti, nel contesto dello sviluppo del diritto di asilo, sono il Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello *status* di rifugiato dell'UNHCR, nonché la giurisprudenza di altre corti, tra cui soprattutto quelle di ordinamenti di *common law*. Come confermato dalla *House of Lords*, anche se la giurisprudenza relativa alla Convenzione sui rifugiati viene sviluppata nei singoli Stati contraenti (e non da una giurisdizione internazionale), è valorizzata la coerenza nella sua interpretazione, trattandosi sempre di un documento il cui obiettivo è di instaurare un sistema efficace di tutela dei rifugiati, un obiettivo che non dovrebbe cambiare a seconda dello Stato⁶. Nei casi in cui misure di normazione secondaria emesse allo scopo di attuare la Convenzione di

⁴ *SSHD v Pankina and others* [2010] EWCA Civ 718, della *Court of Appeal*.

⁵ Trattasi di organi non giurisdizionali in senso proprio, in quanto essenzialmente para-giurisdizioni specializzate. I procedimenti davanti al *Tribunal* sono caratterizzati dalla pressoché totale obbligatorietà, dall'assenza della possibilità di giungere a compromessi o svolgere mediazioni, dal compito di tutelare l'interesse pubblico e dalla non assoggettabilità alle regole probatorie previste per i processi giurisdizionali in senso proprio. Il *Tribunal* stesso prevede due livelli di giudizio: il *First-tier Tribunal* e l'*Upper Tribunal*, entrambi recanti una divisione speciale preposta alle questioni di immigrazione ed asilo, la c.d. *Immigration and Asylum Chamber*. L'*Upper Tribunal* è pari rango rispetto alla *High Court* e le sue decisioni possono essere impugnate davanti alla *Court of Appeal* e, se del caso, da qui alla Corte suprema del Regno Unito.

⁶ *Adan v SSHD* [2000] UKHL 67, della *House of Lords*.

Ginevra del 1951 sui rifugiati siano state ritenute contrastanti con essa, la legislazione secondaria è stata dichiarata nulla per eccesso di potere⁷.

2. L'ingresso regolare

L'ingresso nel Regno Unito per motivi di lavoro (dipendente ed autonomo) e di studio è gestito in base ad un sistema di punteggio (*points-based system*). Questo non si applica: ai cittadini britannici e a coloro che dispongono del diritto di residenza nel Regno Unito (*right of abode*); ai cittadini irlandesi; ai cittadini degli Stati dello Spazio economico europeo (con alcune limitazioni per i cittadini croati); alle persone con permesso di soggiorno a tempo indeterminato; a quelle che hanno il permesso di fare ingresso nella forma di un *certificate of entitlement*, che attesta il possesso del *right of abode*⁸; ai coniugi, *civil partners* o compagni di persone già stabilitesi nel Regno Unito, categoria denominata “in prova” (*on probation*)⁹; ai rifugiati (su cui v. *infra*, par. 3.2)¹⁰. Il sistema è stato criticato perché privo della flessibilità, semplicità ed *accountability* che hanno motivato la sua adozione.

Sono previsti cinque livelli (c.d. *Tiers*). Il *Tier 1* permette l'ingresso ai lavoratori dotati di qualifiche particolarmente elevate, agli imprenditori ed agli

⁷ *EN (Serbia) v SSHD* [2009] EWCA Civ 630, della *Court of Appeal*.

⁸ V. <https://www.gov.uk/right-of-abode/apply-for-a-certificate-of-entitlement>.

⁹ È prevista anche una categoria di visti per gli adulti dipendenti, di cui possono avvalersi i familiari di cittadini britannici o persone *settled* nel Regno Unito; nella prassi, tali richieste vengono accolte assai di rado, essendo disciplinate da condizioni stringenti (ad esempio, il familiare deve essere incapace di prendere cura di sé stesso e non essere in grado di ottenere le cure di cui ha bisogno nel paese di origine, nemmeno con l'assistenza pecuniaria del parente nel Regno Unito).

¹⁰ Vi sono sistemi separati di immigrazione per i lavoratori di cittadinanza croata, come accennato, per i rappresentanti di una società straniera, per i lavoratori domestici e per quelli che possiedono la cittadinanza di uno Stato del Commonwealth e che hanno antenati britannici.

Tra le altre categorie di titoli per ingresso regolare figurano i permessi concessi per visite di breve durata a scopi predeterminati, quali ad esempio ingaggi professionali retribuiti e legali; nonché il titolo d'ingresso concesso per celebrare le nozze o una *civil partnership*, visite di transito, badanti e visitatori “ordinari” (*standard visitors*). Questi ultimi devono avere un motivo autentico per il viaggio: ad esempio, turismo, volontariato, affari, lavoro creativo, partecipazione ad una manifestazione sportiva, studio di breve termine o il ricevere cure mediche. La durata del visto è di massimo 6 mesi; lo straniero deve dimostrare di possedere fondi a sufficienza per vitto ed alloggio nel Regno Unito, nonché di avere intenzione di lasciare il Regno Unito alla fine del suo soggiorno. Lo straniero che fa ingresso con tali titoli non può lavorare nel Regno Unito.

investitori ed è suddiviso a sua volta in quattro categorie: talento eccezionale; imprenditore; investitore; laureato imprenditore. Il *Tier 2* permette ai datori di lavoro britannici di assumere lavoratori provenienti da paesi non appartenenti allo Spazio economico europeo per svolgere mansioni che non possono essere espletate da un lavoratore britannico o dello Spazio economico europeo. Anche questo *Tier* ha quattro categorie: la categoria generale; ministri di culto; personalità sportiva; trasferimento intra-aziendale. Il *Tier 3* è riservato ai migranti aventi qualifiche non elevate, tra cui ad esempio quelli che lavorano nell'agricoltura stagionale. Il *Tier 4* è per gli studenti ed il *Tier 5* per lavoratori temporanei: quest'ultimo *Tier* è suddiviso nelle due categorie di lavoratore temporaneo e mobilità dei giovani.

Solo l'appartenenza ai *Tiers* 1 e 2 è propedeutica all'ottenimento del *settlement*, (v. *infra*, stesso paragrafo), a condizione che si soddisfino ulteriori *standard* linguistici e di cultura generale più severi; inoltre, se i lavoratori non svolgono un'occupazione per la quale vi è carenza di manodopera nel Regno Unito, devono dimostrare anche di possedere reddito superiore ad una determinata soglia¹¹.

Ogni richiedente, ad eccezione di quelli del *Tier 1*, deve essere in grado di indicare uno *sponsor*, che può essere il datore di lavoro (*Tier 2*), l'istituzione scolastica o di istruzione (*Tier 4*), o anche un'organizzazione religiosa, di volontariato, sportiva, culturale o persino governativa (*Tier 5*). Gli *sponsor* devono ricevere un'apposita autorizzazione statale e devono espletare diversi obblighi riguardo al richiedente.

Può essere utile notare che l'ordinamento britannico non prevede alcun diritto al ricongiungimento familiare per gli individui residenti nel Regno Unito¹². I familiari devono, quindi, adempiere alle condizioni per l'ingresso predisposte nelle *Immigration Rules* in maniera autonoma; la loro richiesta di ingresso viene fatta a titolo personale e non dal loro familiare. A questo riguardo, l'introduzione, nell'ordinamento, dell'art. 8 CEDU è stato fondamentale¹³.

¹¹ Per ulteriori dettagli, v. <https://www.gov.uk/tier-2-general/eligibility>.

¹² *Section 1(4)* dell'*Immigration Act 1971*. Per una breve panoramica della normativa in materia, v. M. GOWER – T. MCGUINNESS, *The UK's refugee family reunion rules: striking the right balance?*, *House of Commons Library, Briefing Paper* n. 07511, 2018.

¹³ Nello stabilire se si applica l'art. 8 CEDU, le corti devono verificare: (i) se esiste la vita privata o familiare in questione; (ii) cosa richiede il "rispetto" per la vita privata o familiare; (iii) se vi siano state interferenze con l'esercizio del diritto; (iv) se l'interferenza sia avvenuta conformemente al diritto; (v) se può dirsi necessaria ai sensi dell'art. 8, comma 2 CEDU; e (vi) se l'interferenza è proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito.

Gli individui che abbiano ottenuto il permesso di soggiorno a tempo indeterminato hanno il diritto di studiare e lavorare nel Regno Unito. Essi possono chiedere la cittadinanza britannica se hanno avuto il permesso per almeno 12 mesi, sono maggiorenni e sono ordinariamente residenti nel Regno Unito da almeno 5 anni. Hanno diritto ai fondi pubblici e pertanto ai sussidi di disoccupazione e ad altre prestazioni che di norma spettano solamente ai cittadini britannici, UE, dello Spazio economico europeo e svizzeri. I cittadini del Commonwealth dotati del permesso a tempo indeterminato hanno il diritto di elettorato attivo e passivo.

Il permesso di soggiorno a tempo limitato prevede l'impossibilità di ricorrere ai sussidi pubblici nonché a forme di sostegno gestite dalle autorità locali, come ad esempio sussidi per gli alloggi, sistemazioni popolari o aiuti ai senza fissa dimora. È tuttavia riconosciuto il diritto ad accedere gratuitamente a consulenze ed informazioni dall'autorità locale competente se non hanno più un alloggio fisso o se rischiano di perderlo. Gli immigrati presenti sul territorio britannico e che *non* dispongano del permesso di soggiorno a tempo indeterminato saranno ritenuti "precari" ai sensi dell'*Immigration Act 2014*, di talché nei casi in cui chiedano il

La "vita privata" è da definirsi in senso lato, ricomprendendo relazioni intime ma anche semplicemente professionali. La vita privata può sussistere anche nei casi in cui l'individuo sa che la sua permanenza sul territorio è a tempo determinato (*MM (Tier 1 PSW; Art 8; 'private life') Zimbabwe* [2009] UKAIT 00037, dell'*Asylum and Immigration Tribunal*). La vita familiare include la vicinanza di parenti prossimi, nonché un matrimonio legale ed autentico, anche se la coppia non ha ancora avuto modo di convivere. La vita familiare può assumere diverse forme ed è necessario rispettare quella che si presenta nel singolo caso di specie (*EM (Lebanon) v SSHD* [2008] UKHL 64, della *House of Lords*). Si tiene conto della famiglia nel senso complessivo; una concezione più ristretta sarebbe artificiosa ed impraticabile, ed inoltre sarebbe impossibile "cogliere il fatto essenziale della vita familiare, nel senso che l'insieme è maggiore della somma dei suoi componenti" (*Beoku-Betts*, [2008] UKHL 39, della *House of Lords*). È necessario accertare se la famiglia sarebbe in grado di continuare la propria vita familiare all'estero; ciò non si avvererebbe se il richiedente affrontasse "ostacoli insormontabili", ovvero difficoltà assai significative nel proseguire la vita familiare al di fuori del Regno Unito, difficoltà che non potrebbero essere superate o che richiederebbero sforzi assai onerosi (*Agyarko and Ikuga v SSHD* [2017] UKSC 11, della Corte suprema).

Nella maggior parte dei casi, non sarà né ragionevole né proporzionato rimuovere i familiari dal paese in base al fatto che essi potrebbero, comunque, richiedere il permesso di ingresso dal loro paese d'origine (*Chikwamba v SSHD* [2008] UKHL 40, della *House of Lords*). La famiglia deve disporre di mezzi di sostentamento (nel 2011, equivalenti ad un reddito lordo minimo di 18.600 sterline annue, soglia aumentata in presenza di individui dipendenti) e di alloggio adeguati.

rinnovo del permesso o del permesso a tempo indeterminato, si potrà dare “scarso” peso alla vita privata eventualmente formatasi nel Regno Unito¹⁴.

Il termine *settlement* viene riscontrato frequentemente nel diritto sull’immigrazione. In particolare, è ritenuto *settled* un individuo che non è soggetto a restrizioni immigratori circa la durata del suo soggiorno e che, al contempo, è ordinariamente residente nel Regno Unito (essendo, la residenza ordinaria, “la permanenza, adottata volontariamente e per fini stabili, presso un determinato luogo o paese come parte della propria vita al momento pertinente, che sia per un termine di breve o lunga durata” (*Shah v Barnet London Borough Council* [1982] UKHL 14, della *House of Lords*)). Così, possono dirsi *settled* gli individui cui sia stato concesso il permesso di soggiorno a tempo indeterminato, ma anche quelli il cui titolo sia a tempo limitato. Il *settlement* dunque non è un vero e proprio *status* immigratorio assegnabile dalle autorità, ma piuttosto una serie di circostanze che contrassegnano l’individuo; esso rimane comunque di importanza fondamentale perché comporta diversi diritti, tra cui ad esempio quello di trasmettere la cittadinanza britannica ai propri figli nati nel Regno Unito e quello di agire da *sponsor* per un coniuge od un familiare che desidera trasferirsi nel paese. Può, dunque, rivelarsi fondamentale per coloro che non hanno la cittadinanza britannica. In ogni caso, il *settlement* non ostacola l’eventuale espulsione, se questa è ritenuta nell’interesse pubblico; inoltre, gli individui *settled* non hanno il diritto di elettorato attivo e passivo e possono perdere la propria qualifica se sono assenti dal Regno Unito per più di due anni.

3. L’ingresso irregolare

L’*Immigration Act 2014* ha abolito la storica distinzione tra individui il cui titolo di soggiorno sia scaduto e quelli che hanno fatto ingresso nel Regno Unito irregolarmente (*illegal entrants*). La legge permette l’allontanamento dal territorio di chiunque sia sprovvisto di un permesso per l’ingresso o il soggiorno. La rimozione avviene senza alcun intervento giurisdizionale e le possibilità di appello sono assai limitate; in breve, i giudici devono essere aditi successivamente all’allontanamento dal territorio, a meno che i ricorsi non siano fondati sui diritti umani o su una richiesta di asilo. Di fatto, l’unico ricorso è spesso il controllo giurisdizionale della decisione sull’allontanamento (v. *infra*, par. 4.4).

¹⁴ *Rhuppiah v SSHD* [2018] UKSC 58, della Corte suprema.

È, dunque, un *illegal entrant* l'individuo che tenta di far ingresso, che sta facendo ingresso o che ha fatto ingresso nel Regno Unito in violazione della normativa sull'immigrazione o di un'ordinanza di espulsione, oppure secondo modalità che ricomprendono la frode da parte di un altro individuo. Non vi è dunque alcun limite temporale per essere definiti *illegal entrant*, né per l'assoggettabilità al provvedimento di allontanamento; inoltre, l'individuo non deve aver fatto ingresso nel territorio prima di essere assoggettabile all'allontanamento.

3.1. Le compressioni dei diritti degli immigrati irregolari

A partire dal 2012, il Regno Unito applica una politica di “ambiente ostile” (“*hostile environment*” *policy*, oggi denominata “*compliant environment*” *policy*, senza però mutamenti sostanziali), mirata ad identificare e ridurre il numero di immigrati che siano privi di un titolo di soggiorno. Tra le misure introdotte, figura la semplificazione dell'allontanamento degli irregolari e la compressione dei loro diritti di appello, nuove sanzioni penali per impedire il lavoro da parte degli irregolari, sanzioni che permettano la revoca di patenti di guida, nuovi reati che colpiscono i proprietari di immobili ed agenti immobiliari che diano in locazione abitazioni ad immigrati irregolari, nonché il congelamento e la chiusura di conti bancari intitolati ad individui immigrati irregolari. Sono stati inoltre limitati i servizi sociali erogabili nei confronti degli stranieri, anche quelli provenienti da uno Stato membro dello Spazio economico europeo ed è stato introdotto l'obbligo, per il *National Health Service* (il servizio sanitario nazionale), di verificare l'idoneità dei pazienti a ricevere cure gratuite e chiedere un pagamento là dove necessario¹⁵.

Per quanto riguarda il diritto alla sanità, l'immigrato irregolare conserva il diritto di registrarsi presso un medico di base e di ricevere gratuitamente cure primarie (che ricomprendono anche quelle odontoiatriche, farmacologiche ed ottiche). Sono sempre gratuite le cure di pronto soccorso, di salute sessuale, di pianificazione della famiglia (ma non l'aborto) e quelle prestate in ambito scolastico ed ai bambini di meno di 5 anni.

I rifugiati ed i richiedenti asilo hanno diritto a cure ospedaliere gratuite; gli individui la cui richiesta sia stata respinta ed i migranti privi di documenti, ma anche gli individui presenti sul territorio in base ad un visto di breve termine,

¹⁵ R. TAYLOR, *Impact of 'Hostile Environment' Policy Debate on 14 June 2018, House of Lords Library Briefing*, 2018.

potrebbero dover sostenere delle spese. Nessun individuo, a prescindere dalla regolarità o meno, deve pagare per i servizi sanitari se: è stato vittima della tratta degli esseri umani o di schiavitù; necessita di cure per condizioni occasionate da tortura, mutilazione genitale femminile, violenza domestica o violenza sessuale; è un richiedente asilo la cui richiesta è stata respinta ma che riceve l'*asylum support*; riceve il sostegno da parte di un'autorità pubblica; è detenuto; è un minore affidato alle cure di un'autorità locale; riceve trattamento per disturbi mentali. Come accennato sopra, a partire dalla fine dell'ottobre 2017, il Governo ha istituito la prassi di chiedere il pagamento anticipato delle cure sanitarie, obbligando le strutture a verificare i documenti del paziente; di conseguenza, i pazienti che non siano in grado di sostenere le spese di cure non urgenti non le otterranno¹⁶.

I cittadini non-UE che fanno richiesta di ingresso o soggiorno nel Regno Unito devono inoltre versare una “sovrattassa sanitaria” al momento della presentazione della richiesta (dell'ammontare di 200 sterline annue e 150 sterline annue per gli studenti, cifre tuttavia destinate a raddoppiare a breve). La stessa cifra dovrà essere sostenuta per ciascun individuo dipendente dal richiedente. La sovrattassa non dovrà essere sostenuta, però, se il richiedente dimostra di versare in condizioni di indigenza.

Il *National Health Service* può notificare all'*Home Office* le bollette ospedaliere eccedenti le 500 sterline che non siano state saldate per 2 mesi; inoltre, l'*Home Office* può chiedere al servizio sanitario nazionale l'indirizzo di qualunque individuo ricercato per motivi di immigrazione¹⁷. Per questo motivo, i pazienti possono dare un indirizzo alternativo, come ad esempio della sede di un gruppo di sostegno o di un conoscente, o anche chiedere che si registri l'assenza di residenza fissa.

Gli immigrati irregolari ed i richiedenti asilo in attesa della decisione definitiva non hanno diritto a prendere in locazione un immobile. Le persone che dispongono di un permesso di soggiorno o di lavoro a tempo determinato hanno la possibilità di stipulare un contratto di locazione per il periodo relativo al loro permesso. Questa limitazione non sussiste per i cittadini degli Stati membri dello Spazio economico europeo, i cittadini svedesi e gli individui che abbiano il diritto di vivere nel Regno Unito permanentemente.

¹⁶ Sui servizi sanitari, v. le *sections* 38 e 39 dell'*Immigration Act 2014*.

¹⁷ *Memorandum of Understanding between Health and Social Care Information Centre and the Home Office and the Department of Health*, 2016.

Per quanto riguarda l'accesso ai servizi sociali, è stata individuata la categoria dei *No Recourse to Public Funds* (NRPF), cui è preclusa la possibilità di chiedere misure di sostegno al reddito e di accedere ai sussidi abitativi¹⁸. Nella categoria rientrano i cittadini non-UE privi del necessario titolo di soggiorno nel Regno Unito, tra cui migranti privi di documenti e a cui il titolo sia scaduto; coloro che possiedono il titolo necessario ma sono stati designati NRPF dalle autorità preposte all'immigrazione; coloro il cui titolo di soggiorno è stato rilasciato a condizione che lo *sponsor* avrebbe sostenuto le loro spese di sostentamento e di alloggio; e gli individui in attesa dell'esito di un ricorso relativo al loro *status* di immigrazione.

Le autorità locali hanno l'obbligo di tutelare il benessere dei "minori bisognosi" nel loro territorio, definizione che si applica nel caso in cui la famiglia non abbia domicilio fisso o non disponga delle risorse necessarie per soddisfare i loro bisogni primari. Le autorità locali possono dare assistenza anche agli individui privi di domicilio fisso, in condizioni di indigenza e che sono disabili, anziani o che soffrono di malattie croniche gravi, oppure che necessitano di cure ed attenzioni per altri motivi.

Le scuole hanno l'obbligo di raccogliere informazioni sulla cittadinanza e sul paese di nascita degli studenti di età compresa tra i 5 ed i 19 anni, informazioni che, per il momento, non sono condivise con l'*Home Office*. Tuttavia, i genitori possono scegliere di non condividere queste informazioni. Le scuole devono, però, raccogliere e condividere con il Ministero l'indirizzo del luogo di residenza degli studenti. Inoltre, l'*Home Office* ha il potere di chiedere le informazioni raccolte per eseguire nuove indagini nei confronti delle famiglie che potrebbero non disporre più di un valido titolo di soggiorno¹⁹.

4. I soggetti vulnerabili

4.1. L'asilo

Le richieste d'asilo possono essere avanzate sia presso il porto di arrivo sia in una fase successiva (con la c.d. *in-country application*²⁰). Le richieste vengono

¹⁸ *Sections 1-37 dell'Immigration Act 2014.*

¹⁹ *Memorandum of Understanding between Home Office and Department for Education, 2015.*

²⁰ Le persone che fanno richiesta di asilo dal loro paese di origine non possono avvalersi della Convenzione sui rifugiati (*R v Immigration Officer at Prague Airport ex p European Roma Rights Centre* [2004] UKHL 55, della *House of Lords*). Dal 2015, le richieste di asilo di un cittadino di

sottoposte ad una prima “scrematura”, la c.d. *screening interview*, durante la quale il richiedente deve presentare i propri documenti d’identità²¹, che vengono conservati dalle autorità finché sulla richiesta non ci si pronuncia, ed ottiene un documento di identità intitolato *application registration card*. Il richiedente deve inoltre essere accompagnato dagli eventuali familiari dipendenti assieme ai quali chiede l’asilo.

A seguito della *screening interview*, si decide se detenere il richiedente (presso un *immigration removal centre* o un carcere) oppure se permettergli l’ingresso temporaneo nel paese (concedendogli la c.d. *immigration bail*: v. *infra*, par. 4.1). In secondo luogo, si incanala la richiesta in una delle cinque categorie di trattazione²². Infine, si stabilisce se il caso è *straightforward* o *non-*

uno Stato Membro dell’UE sono ammissibili solo se lo Stato in questione non si conforma alla CEDU o se le autorità europee hanno adottato misure contro di esso per aver commesso violazioni chiare e gravi dei principi euro-unitari.

²¹ La mancata presentazione può costituire reato ai sensi della *section 2* dell’*Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*. La legge, che pure reca una serie di cause di giustificazione invocabili dal richiedente, stabilisce come pena una sanzione pecuniaria, un periodo di detenzione non eccedente i due anni, od entrambi.

²² Le categorie sono: (i) *third country*, ovvero paese terzo, per i richiedenti che si ritiene abbiano o abbiano potuto chiedere l’asilo in un paese terzo, solitamente un altro Stato Membro dell’UE; (ii) *minors*, ovvero minori, categoria riservata ai minori non accompagnati, ma anche a quelli accompagnati che fanno richiesta di asilo a proprio nome, là dove l’*Home Office* riconosca che l’individuo abbia meno di 18 anni o gli conceda il beneficio del dubbio; (iii) *potential non-suspensive appeal*, o possibile appello senza sospensione (dell’allontanamento dal Regno Unito), per i cittadini che provengono da un paese ritenuto “sicuro”, le cui richieste siano considerate chiaramente infondate (gli eventuali ricorsi potranno essere instaurati solamente dopo l’espulsione); (iv) *detained asylum casework*, casi di asilo collegati alla detenzione, nella quale rientrano le richieste chiaramente infondate e quelle in cui ci si può ragionevolmente aspettare l’espulsione in tempi ragionevoli; ed infine (v) *general casework*, casi generali, che raccoglie la maggior parte delle richieste di asilo. Per maggiori dettagli, v. <https://righttoremain.org.uk/new-improved-toolkit-section-the-asylum-screening-interview/>.

Dal 2000 al 2015, era in vigore anche la procedura del *Detained Fast Track*, per le richieste che potevano, all’apparenza, essere trattate rapidamente (fino al 2008, le richieste di individui provenienti da un elenco prestabilito di paesi; successivamente, tutti i casi “apparentemente risolvibili in tempi rapidi” perché, ad esempio, non erano necessarie ulteriori indagini o traduzioni di documenti). La pratica è stata criticata per via, tra l’altro, del tempo limitato previsto per la consulenza legale e dell’inefficacia della *screening interview* nell’identificare i soggetti vulnerabili. La *Court of Appeal* ha dichiarato ingiusto e non equo il sistema nel suo complesso (*The Lord Chancellor v Detention Action* [2015] EWCA Civ 840, della *Court of Appeal*), il che ha portato alla sospensione della procedura nel luglio 2015.

straightforward (semplice o non semplice): i primi devono essere decisi entro 6 mesi ed i secondi entro 12²³.

Al momento di presentazione della richiesta, le persone che dimostrano di essere indigenti (ovvero che non hanno un alloggio e/o i mezzi per soddisfare le necessità vitali di base) e che non siano state detenute possono anche chiedere il c.d. *asylum support* (sostegno alla richiesta d'asilo), che consiste in una sistemazione e, attualmente, nella somma di £ 36,95 a settimana. Solitamente, i richiedenti vengono accolti prima presso un centro di alloggio e successivamente smistati sul territorio e assegnati ad una sistemazione più stabile (spesso, una casa condivisa)²⁴. Il richiedente “in libertà” ha generalmente l’obbligo di presentarsi regolarmente ad un centro di registrazione dell’*Home Office*, pena la detenzione.

Momento fondamentale è l’*asylum interview* (colloquio sull’asilo), durante il quale il richiedente dà le informazioni in base a cui la richiesta verrà decisa. Se il richiedente non si presenta al colloquio, le autorità possono ritenere che abbia rinunciato alla richiesta, se non dimostra, entro un tempo ragionevole, che l’assenza era dovuta a motivi da lui non controllabili (*Immigration Rules, paragraph 333C*).

La trattazione e la decisione delle richieste d’asilo è di competenza del *Visas and Immigration Section* dell’*Home Office*. Le *Immigration Rules* impongono espressamente la trattazione delle richieste “ai sensi della Convenzione sui rifugiati”²⁵, oltre che delle *Rules* stesse. Durante la trattazione della richiesta, né il richiedente né eventuali persone da lui dipendenti possono essere rimossi dal Regno Unito. Gli intervistatori non dovrebbero porre domande invasive circa la sessualità del richiedente²⁶. Il *paragraph 339J* delle *Immigration Rules* elenca sommariamente le questioni di cui il decisore deve tener conto nella

²³ Sono *non-straightforward* i casi in cui: si attendono ulteriori informazioni; il richiedente è vulnerabile a causa del suo stato di salute fisica e/o mentale; secondo il Regolamento di Dublino, la richiesta è di competenza di un altro Stato UE; sono pertinenti considerazioni legali o di *policy*; o il richiedente ha provocato un ritardo.

²⁴ M. GOWER, ‘*Asylum support: accommodation and financial support for asylum seekers*, *House of Commons Library Briefing Paper* n. 1909, 2015.

²⁵ *Paragraph 328* delle *Rules*, che fa riferimento alla Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati.

²⁶ V. la sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea C-148/13 – C-150/13 *A, B e C c. Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie*.

determinazione della richiesta²⁷, questioni che necessitano di valutazioni di fatto e soggettive. Queste ultime vertono sulla percepita credibilità del richiedente.

Il Ministro può respingere la richiesta di asilo o le richieste di protezione umanitaria se il richiedente omette, senza un'adeguata motivazione, di rivelare in maniera tempestiva e completa dei fatti pertinenti alla sua richiesta, sia oralmente sia per scritto, oppure di assistere in altro modo il Ministro nell'accertamento dei fatti pertinenti (*paragraph 339M, Immigration Rules*). Ai sensi della Convenzione sui rifugiati, però, anche in questi casi, la richiesta deve comunque essere valutata.

Se un ricorso è stato respinto o è avvenuto un cambiamento nelle circostanze del richiedente asilo o del suo paese di origine, egli ha diritto a presentare una nuova richiesta di asilo o di protezione umanitaria (v. *infra*, parr. 3.1-3.3), se il cambiamento è significativo (nel senso che il fatto non è già stato valutato e, considerato alla luce della prima richiesta, dà luogo ad una prospettiva realistica di successo: *Immigration Rules, paragraph 353*). Non vi è alcun limite temporale per la trattazione. I possibili esiti sono l'accoglimento della richiesta con la conseguente concessione dello *status* di rifugiato; il rigetto della richiesta; ed il riconoscimento che le circostanze sono, effettivamente, cambiate, ma la richiesta è comunque respinta. Nell'ultimo caso, il richiedente può rivolgersi in appello al *Tribunal*. La decisione di considerare le nuove circostanze tali da non giustificare una nuova richiesta di asilo può essere contestata solo richiede il controllo giurisdizionale.

4.2. I rifugiati

Con la concessione dello *status* di rifugiato, si rilascia un permesso di soggiorno della durata di cinque anni. Prima dello scadere di quel periodo, il rifugiato può chiedere il permesso di soggiorno a tempo indeterminato, che viene di solito concesso se non vi sono stati cambiamenti significativi nel paese d'origine e se il richiedente è incensurato. I rifugiati hanno diritto a un documento di viaggio, nonché ai diritti sociali e all'assistenza per integrarsi nella società che li accoglie. Essi possono lavorare ed avvalersi dei sussidi sociali. Le misure a sostegno del richiedente verranno meno 3 o 4 settimane dopo la concessione dello *status* di rifugiato.

²⁷ La previsione è reperibile alla pagina <https://www.gov.uk/guidance/immigration-rules/immigration-rules-part-11-asylum>, cliccando sulla dicitura "Open all".

4.2.1. Concessione dello status di rifugiato

Obbligo centrale del sistema di tutela dei rifugiati è, naturalmente, quello di *non-refoulement* (art. 33 della Convenzione di Ginevra; art. 21 direttiva Qualifiche²⁸). Nel Regno Unito, un individuo idoneo ad ottenere lo *status* di rifugiato può comunque essere trasferito ad un altro paese che lo accoglierebbe se, lì, non fosse in pericolo. Dunque, un individuo che possiede un'altra cittadinanza o un diritto di soggiorno in altro Stato, nonché quello che potrebbe acquisire un'altra cittadinanza, può essere trasferito in quello Stato²⁹.

Nell'ordinamento interno, si applica la definizione di "rifugiato" dell'art. 1A(2) della Convenzione sui rifugiati. Fondamentale è, nella determinazione di chi può rientrarvi, la nozione del timore, che ha un aspetto soggettivo ed uno oggettivo. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, il timore deve essere inteso nel senso dell'anticipazione della possibilità di subire persecuzione una volta rimpatriato. Per confermare l'oggettività del timore, spetta al richiedente l'onere di dimostrare la sua fondatezza, ovvero che sussistono motivi oggettivi per ritenere che possa concretizzarsi con una probabilità "ragionevole"; in altre parole, devono esservi "motivi sostanziali per ritenere" che la persecuzione possa avvenire³⁰ o un "rischio reale" che si materializzi³¹, tenendo conto di eventi passati e della probabilità di eventi futuri³². L'analisi del giudice deve, comunque, essere volta a decidere se concedere la protezione o meno, e non di esigere l'espletamento di un determinato onere.

Il timore deve essere stato un motivo concreto dell'abbandono del paese al momento dell'avanzamento della richiesta di asilo. Il timore ingenerato da avvenimenti storici non può fondare l'accoglimento di una richiesta di asilo³³. Il richiedente non deve necessariamente trovarsi nel paese di origine per temere una

²⁸ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

²⁹ *ST (Eritrea) v SSHD* [2012] UKSC 12, della Corte suprema.

³⁰ *R v SSHD ex p Sivakumaran* [1988] AC 958, della *House of Lords*.

³¹ *PS (Sri Lanka) v SSHD* [2008] EWCA Civ 1213, della *Court of Appeal*.

³² *Kaja (Political asylum; standard of proof) (Zaire)* [1994] UKIAT 11038, dell'*Immigration Appeal Tribunal*.

³³ Per esempio, il rovesciamento del regime dittatoriale che aveva provocato il timore può far sì che proprio questo timore venga meno: *Adan* [1998] UKHL 15, della *House of Lords*.

persecuzione al suo rientro; questo timore è considerato un motivo concreto della sua permanenza al di fuori del paese e gli dà diritto a chiedere lo *status* di rifugiato *sur place*. Gli eventi in questione possono anche accadere fuori dal paese di origine, ad esempio nel caso di attività politiche intraprese all'estero³⁴. Attualmente, il rigetto di una richiesta asilo è raramente ritenuto motivo di timore sufficiente.

La richiesta di asilo può essere accolta se la persecuzione avviene per motivi collegati ad uno dei diritti tutelati dalla Convenzione sui rifugiati³⁵, dunque di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinioni politiche³⁶.

³⁴ *Danian* [1999] EWCA Civ 3000, della *Court of Appeal*; *KS (Burma) v SSHD* [2013] EWCA Civ 67, della *Court of Appeal*.

³⁵ *R v Special Adjudicator, ex p Hoxha* [2005] UKHL 19, della *House of Lords*.

³⁶ Sia la razza che la religione vanno intese in senso lato. Nel determinare se si può definire un particolare gruppo sociale, è utile considerare il principio dell'*ejusdem generis*. Inoltre, nel caso *Shah and Islam v SSHD* ([1999] UKHL 20, della *House of Lords*), la *House of Lords* ha fatto propri i criteri enunciati dalla Corte suprema canadese nella sentenza *Attorney General for Canada v Ward* ((1993) 2 SCR 689), che indica tre criteri generali: (1) il gruppo deve essere definito da una caratteristica innata od immutabile; (2) i suoi appartenenti si associano l'uno con l'altro in maniera volontaria, per motivi così fondamentali per la dignità umana che non dovrebbero essere costretti a rinunciarvi; (3) il gruppo è unito da una condizione volontaria precedente, immutabile a causa di circostanze storiche. Accedendo ad una definizione più ampia rispetto a quanto stabilito dalla direttiva Qualifiche, il gruppo sociale può essere riconosciuto sia nei casi in cui si soddisfano i criteri *Ward* o anche perché quello stesso gruppo possiede un'identità distinta nel paese in questione, essendo percepito come "diverso" dalla società circostante (e non "soprattutto" perché sono soddisfatti entrambi i criteri). Nei criteri *Ward* rientrano l'identità sessuale (*HJ (Iran) and HT (Cameroon)* [2010] UKSC 31, della Corte suprema) ed anche l'appartenenza ad una determinata famiglia (*K v SSHD* [2006] UKHL 46, della *House of Lords*; *EH (blood feuds) Albania* CG [2012] UKUT 00348 (IAC), dell'*Upper Tribunal, Immigration and Asylum Chamber*), oltre al fatto di essere stati vittime della tratta di esseri umani (*SB (Moldova)* CG [2008] UKAIT 00002, dell'*Asylum and Immigration Tribunal*; *Hoxha*, cit.).

Le opinioni politiche possono essere espresse dal richiedente od imputategli dai persecutori. Nell'accertamento della motivazione del persecutore, si tiene conto dei seguenti aspetti: (i) le motivazioni possono essere molteplici e ricomprendere anche fattispecie non menzionate dalla Convenzione, e non devono essere necessariamente solo politiche; (ii) la vittima non deve necessariamente aver intrapreso attività politiche (l'inazione può talvolta essere considerata un gesto politico); (iii) l'eventuale errore del persecutore nell'attribuzione delle opinioni politiche non può di per sé impedire che la vittima ottenga lo *status* di rifugiato (*Noune v SSHD* [2000] All ER (D) 2163, della *Court of Appeal*). L'obiezione di coscienza è ritenuta espressione di un'opinione politica: *Sepet and Bulbul* [2003] UKHL 15, della *House of Lords*.

Con riferimento all'elemento della persecuzione, nel Regno Unito, si applica la definizione stabilita all'art. 9 della direttiva Qualifiche. Il decisore non deve definire cosa costituisca la persecuzione, ma piuttosto esaminare le singole circostanze per determinare se diano luogo a persecuzione. Lo UNHCR e la *House of Lords*³⁷ hanno fatto proprio lo schema di HATHAWAY, che – stabilendo che la persecuzione è la violenza sostenuta o sistemica contro i diritti umani fondamentali, tale da dimostrare una mancanza di protezione statale relativamente ad uno dei diritti essenziali riconosciuti dalla comunità internazionale – raggruppa i diritti umani in tre categorie a seconda della gravità attribuita alla loro violazione³⁸.

La persecuzione può consistere di un singolo episodio, soprattutto se lede uno dei diritti annoverati nella prima categoria³⁹ e non deve necessariamente essere rivolta al richiedente in particolare; allo stesso modo, essa non deve necessariamente colpire tutti gli individui che presentano la caratteristica perseguitata⁴⁰. Il richiedente non deve dimostrare alcun elemento psicologico da parte delle persone responsabili del maltrattamento: ciò che rileva è la (in)capacità dello Stato di tutelare il richiedente. Ai fini del maltrattamento, rilevano sia le conseguenze fisiche sia gli effetti psicologici⁴¹.

³⁷ *Horvath v SSHD* [2000] UKHL 37, della *House of Lords*; *Sepet and Bulbul v SSHD*, cit.

³⁸ J.C. HATHAWAY – M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, 2^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Grosso modo, la prima include i diritti alla vita, alla libertà ed all'incolumità fisica; la seconda, le libertà politiche; la terza i diritti sociali. Le violazioni della prima categoria dovrebbero essere vietate in maniera assoluta; i diritti della seconda categoria dovrebbero essere applicati in maniera non discriminatoria e non dovrebbero essere compressi per motivi non-emergenziali. I casi relativi alla terza categoria, invece, danno luogo a questioni difficili nelle richieste di asilo, in quanto richiedono necessariamente una valutazione assai particolareggiata, anche alla luce della Convenzione sui rifugiati come strumento vivente; in genere, il diniego di questi diritti deve essere tale per cui costituisce un'interferenza "con il diritto umano fondamentale di vivere una vita decente" (*Gujda* (18231), dell'*Immigration Appeal Tribunal*).

³⁹ *Doymus* 00/TH/01748, dell'*Asylum and Immigration Tribunal*; *Demirkaya* [1999] Imm AR 498, della *Court of Appeal*; *R v SSHD ex p Sivakumar* [2003] UKHL 14, della *House of Lords*: persino l'asserito coinvolgimento del ricorrente in attività terroristiche non poteva giustificare le torture subite.

⁴⁰ *Shah and Islam*, cit.

⁴¹ *Doymus*, cit.

Gli atti persecutori possono essere perpetrati dallo Stato (e dai suoi agenti, anche se il comportamento non rispecchia la posizione ufficiale dello Stato⁴²) e da soggetti non appartenenti allo Stato. In quest'ultimo caso, affinché vi sia persecuzione, il richiedente deve essere stato impossibilitato di avvalersi della tutela dello Stato perché temeva di subire persecuzione qualora la invocasse; tuttavia, la tutela statale è sufficiente se si dimostra che lo Stato è ragionevolmente disponibile ad applicare il proprio sistema penale⁴³. Pertanto, rileva la "colpevolezza" dello Stato, e non le eventuali lacune nella protezione. Quest'ultima può, peraltro, essere prestata anche da attori non statali⁴⁴.

Per quanto riguarda i criteri di cui all'art. 6 della direttiva Qualifiche, si è ritenuto che la punizione successiva all'evento non costituisce tutela sufficiente⁴⁵, né ad esempio l'azione delle forze dell'ordine intrapresa solo a seguito di circostanze estreme⁴⁶.

4.2.2. La ricollocazione interna

La dottrina della ricollocazione interna può essere applicata⁴⁷ se nel caso di specie è una misura sicura e ragionevole. Questo criterio è soddisfatto se sussistono fattori tra cui l'accessibilità della zona sicura del paese e la qualità della tutela nel paese. Questa alternativa non può essere utilizzata se il rifugiato dovesse vivere in una maniera che, sostanzialmente, replichi la persecuzione da cui desidera fuggire⁴⁸. Non vi è alcuna regola assoluta o presunzione contro la

⁴² *Ibid.* In questi casi, gli atti costituiscono persecuzione se non vi è alcun controllo da parte dello Stato ed alcun risarcimento o forma di rimedio. Fondamentale è, dunque, il criterio della capacità dell'individuo di ottenere protezione da parte dello Stato.

⁴³ *Horvath v SSHD*, cit.

⁴⁴ *R (on the application of Vallaj) v Special Adjudicator and Canaj v Secretary of State for the Home Department* [2001] INLR 342 CA, della *Court of Appeal*.

⁴⁵ *Bagdanavicius v SSHD* [2003] EWCA Civ 1605, della *Court of Appeal*.

⁴⁶ *P and M v SSHD* [2004] EWCA Civ 1640, della *Court of Appeal*; la polizia aveva iniziato le indagini solamente a seguito di pressioni pubbliche manifestatesi perché una donna era stata uccisa dal marito e un'altra era stata ferita gravemente con l'acido.

⁴⁷ *Robinson* [1997] WLR 1162, della *Court of Appeal*.

⁴⁸ *Hysi v SSHD* [2005] EWCA Civ 711, della *Court of Appeal*: secondo la *Court of Appeal*, sarebbe stato eccessivamente oneroso attendersi che un ragazzo di etnia mista serbo-albanese facesse ritorno in Kosovo e celasse la sua identità etnica. Può essere interessante notare che, in quel caso, il giudice ha fatto riferimento ad una pronuncia della *High Court* australiana (*Appellant S 395 v Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [2004] INLR 233, in cui si era

ricollocazione interna se, storicamente, si è avuta persecuzione ad opera dello Stato⁴⁹. Piuttosto, è da valutare il rapporto tra lo Stato e gli atti persecutori nei singoli casi. La gravità delle persecuzioni passate ha pure rilievo nelle determinazioni.

La persecuzione ad opera di soggetti non appartenenti allo Stato richiede un'attenta valutazione delle prove del raggio di azione e di influenza dei soggetti in questione, oltre che del sistema politico o di valori della società che danno luogo agli atti persecutori⁵⁰.

Nella dimostrazione della validità della ricollocazione interna, il decisore deve prendere in considerazione tutte le prove e stabilire se fosse eccessivamente oneroso per il richiedente far ritorno al suo paese.

4.2.3. L'esclusione dell'asilo

In tema di lotta al terrorismo, la *section 55* dell'*Immigration, Asylum and Nationality Act 2006* autorizza il Ministro competente (nella specie, quello degli affari interni) a certificare l'esclusione di una richiesta di asilo ai sensi dell'articolo 1F della Convenzione sui rifugiati e di stabilire che il richiedente non ha diritto alla tutela approntata dalla stessa Convenzione, senza che sia necessario valutare l'idoneità del richiedente a ricevere asilo.

La richiesta viene esclusa se vi sono "motivi seri per ritenere" che il richiedente abbia commesso (uno de)gli atti elencati. Secondo la Corte suprema del Regno Unito, devono esservi motivazioni più severe rispetto ai "motivi ragionevoli"; le prove a fondamento di quei motivi devono essere "chiare e credibili"; il decisore deve avere più di un semplice sospetto; la sua conclusione non deve necessariamente essere valida oltre ogni ragionevole dubbio; ed egli non deve introdurre, nell'analisi, i criteri probatori del diritto britannico⁵¹, a conferma del fatto che i termini della Convenzione hanno un significato a sé stante, che non

affermato che "minerebbe lo scopo della Convenzione [sui rifugiati] se uno Stato contraente richiedesse [ai rifugiati] di modificare i loro credi o le loro opinioni o di celare la loro razza, nazionalità od appartenenza a determinati gruppi sociali" per avere protezione.

⁴⁹ *Jamzi, Hamid, Gaafar and Mohammed v SSHD* [2006] UKHL 5, della *House of Lords*.

⁵⁰ *K and others (FGM) The Gambia* CG [2013] UKUT 00062 (IAC), dell'*Upper Tribunal, Immigration and Asylum Chamber*.

⁵¹ *Al-Sirri*, cit.; v. anche *JS Sri Lanka* [2010] UKSC 15, della Corte suprema.

dipende dalla terminologia propria dell'ordinamento nazionale. Il concetto di proporzionalità non rileva nella valutazione⁵².

Gli atti che possono dare luogo ad esclusione sono elencati all'art. 1F(a)–(c) della Convenzione sui rifugiati. Per quanto riguarda quelli stabiliti al paragrafo (a), le definizioni vanno rintracciate negli strumenti di diritto internazionale, soprattutto, oggi, gli statuti dei tribunali internazionali⁵³.

In attuazione dell'art. 33(2) della Convenzione sui rifugiati, sull'eccezione all'obbligo di *non-refoulement* per motivi di sicurezza nazionale, l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (section 34)* stabilisce che qualsiasi minaccia alla persona nel caso di rimpatrio non può essere tenuta in considerazione, quando il Ministro competente certifica che il suddetto articolo convenzionale si applica. Secondo la *section 72(2)* del *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, inoltre, si presume che un individuo sia stato dichiarato colpevole in via definitiva di un reato particolarmente grave e costituisca un pericolo per la comunità del Regno Unito se vi è stato dichiarato colpevole di un reato ed è stato condannato ad una pena carceraria di almeno 2 anni.

L'art. 32 della Convenzione sui rifugiati permette comunque l'espulsione del rifugiato per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; lo Stato deve però concedere al rifugiato un periodo di tempo ragionevole entro cui chiedere l'ingresso in un altro Stato. Dell'articolo possono avvalersi solamente i rifugiati cui sia stato concesso il permesso di “presenza legittima” nel paese⁵⁴.

4.3. La protezione umanitaria: i *human rights claims*

Il *human rights claim* è una forma di protezione fornita in base al diritto umanitario, prevista nei casi di rigetto della richiesta di asilo, ma invocabile anche in altre circostanze, più generalmente da chiunque si trovi nella giurisdizione del Regno Unito (non è dunque necessaria la legalità della presenza sul territorio). Le fonti in materia sono le più variegata: strumenti sovranazionali quali la CEDU e la CDFUE e la giurisprudenza⁵⁵ delle relative corti, naturalmente, ma anche

⁵² *AH (Algeria)* [2015] EWCA Civ 1003, della *Court of Appeal*.

⁵³ *JS Sri Lanka* [2010] UKSC 15, della Corte suprema; *MT (Article 1F(a)–aiding and abetting) Zimbabwe* [2012] UKUT 00015 (IAC), dell'*Upper Tribunal, Immigration and Asylum Chamber*.

⁵⁴ *SSHD v ST (Eritrea)* [2012] UKSC 12, della Corte suprema.

⁵⁵ Quella della Corte EDU non è, però, sempre seguita dalle corti britanniche (v. ad es *Quila and Others v SSHD* [2011] UKSC 45, in cui la Corte suprema del Regno Unito ha espressamente deciso di non conformarsi a quanto disposto in *Abdulaziz*, cit. Non trattandosi, in quel caso, di un

Convenzioni internazionali, delibere degli organi preposti allo sviluppo dei diritti umani nel mondo, nonché giurisprudenza straniera, soprattutto degli altri ordinamenti di *common law*. Nell'ordinamento britannico, le corti sono chiamate a pronunciarsi su qualsiasi asserita violazione dei diritti in maniera diretta e completa, come questione di diritto rientrante nella loro giurisdizione, anziché limitarsi al solo controllo giurisdizionale delle azioni dell'Esecutivo⁵⁶.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire, possono intentare uno *human rights claim* i soggetti direttamente interessati: altri individui i cui diritti umani siano lesi da una decisione sull'ingresso o il soggiorno non possono rivolgersi al giudice, ad eccezione dei casi in cui la violazione riguardi l'art. 8 CEDU⁵⁷.

La richiesta può essere avanzata per contrastare l'espulsione, in quanto lo stesso atto di espulsione può costituire una violazione dei diritti umani, soprattutto quelli sanciti dall'art. 3 CEDU; nei casi in cui l'asserita violazione riguardi uno dei diritti qualificati, la lesione dovrebbe avvenire in maniera evidente, tanto da incidere sul nucleo del diritto in questione⁵⁸. Può chiedere di avvalersi della protezione umanitaria anche un individuo cui sia stato negato l'ingresso nel paese⁵⁹.

Per quanto riguarda i ricorsi intentati in base all'art. 3 CEDU, deve solitamente essere possibile dimostrare la sussistenza di maltrattamenti fisici o psicologici, reali o potenziali, che siano stati posti in essere direttamente nei confronti dell'individuo. La categoria può ricomprendere, ad esempio, il sistema istituito da un governo per gestire i richiedenti asilo. L'art. 3 CEDU ha svolto un ruolo importante nel caso relativo alla c.d. giungla di Calais: l'*Upper Tribunal* britannico, avvalendosi di un'ordinanza del *Tribunal administratif de Lille*, ha stabilito che, a seguito dell'accesso manifestamente inadeguato all'acqua e ai servizi igienici e della mancanza di operazioni di smaltimento dei rifiuti, la

allontanamento particolarmente radicale, ciò dimostra comunque il fatto che la giurisprudenza britannica e quella CEDU sono – spesso – parallele, non del tutto coincidenti).

⁵⁶ *Huang and Kashmiri v SSHD* [2007] UKHL 11, della *House of Lords*.

⁵⁷ *Beoku-Betts v SSHD* [2008] UKHL 39, della *House of Lords*. Possono partecipare al giudizio anche le organizzazioni impegnate nel campo dei diritti umani, in qualità di soggetti interessati o di esperti.

⁵⁸ V., ad esempio, *Soering c. Regno Unito*, Grande Camera, ric. n. 14038/88, 7 luglio 1989, sull'art. 3 CEDU; e *R v Special Adjudicator ex p Ullah and Do v SSHD* [2004] UKHL 26, della *House of Lords*, e *EM (Lebanon) v SSHD* [2008] UKHL 64, della *House of Lords*, sui diritti qualificati.

⁵⁹ *Chikwamba v SSHD* [2008] UKHL 40, della *House of Lords*.

popolazione del campo viveva in condizioni tali da costituire una violazione grave e manifesta del diritto a non essere assoggettati a trattamenti disumani e degradanti⁶⁰.

Nei ricorsi in cui si invoca l'art. 8 CEDU, invece, la *House of Lords* ha stilato un approccio che prevede cinque fasi: (i) verifica se l'allontanamento del richiedente costituisca un'interferenza con il diritto alla propria vita privata e/o familiare; (ii) in caso affermativo, verifica se l'interferenza abbia conseguenze talmente gravi da rendere applicabile l'art. 8 CEDU; (iii) in caso affermativo, verifica se l'interferenza sia compatibile con la legge; (iv) se sì, verifica se l'interferenza sia necessaria ai sensi dell'art. 8 CEDU stesso; e (v) verifica se l'interferenza sia proporzionata all'obiettivo pubblico legittimo che si persegue⁶¹.

Per quanto riguarda gli individui che hanno lo *status* del *settlement*, la proporzionalità della loro espulsione è spesso oggetto di giudizio, sia davanti alla Corte EDU sia di fronte ai giudici britannici. Per quanto riguarda questi ultimi, le corti avranno riguardo all'età del richiedente durante la residenza, alla durata della residenza e al titolo di soggiorno del richiedente. Pertanto, se il richiedente ha trascorso la maggior parte, o la totalità, della sua infanzia e giovinezza nel Regno Unito, l'espulsione può essere giustificata solo se vi sono motivi assai gravi. Tuttavia, questo approccio non può applicarsi nei casi in cui l'individuo era sul territorio in maniera irregolare, essendo necessaria invece la concessione di un diritto di residenza ufficiale⁶².

5. Immigrati: detenzione e allontanamento

5.1. Il sistema di *immigration bail*

A partire dal gennaio 2018, il Ministro degli affari interni ed il *First-tier Tribunal* possono concedere il c.d. *immigration bail*, ovvero il rilascio su cauzione per motivi di immigrazione (paragrafo 1, *Schedule 10, Immigration Act 2016*). Un individuo può vedersi concesso il *bail* se è stato detenuto per motivi legati al diritto dell'immigrazione.

⁶⁰ *R (on the application of ZAT and Others) v SSHD (Article 8 ECHR–Dublin Regulation–interface–proportionality)* IJR [2016] UKUT 61 (IAC), dell'*Upper Tribunal, Immigration and Asylum Chamber*.

⁶¹ *R (Razgar) v SSHD* [2004] UKHL 27, della *House of Lords*.

⁶² *DM (Zimbabwe)* [2015] EWCA Civ 1288, della *Court of Appeal*.

Un individuo può ricevere il *bail* anche se non può più essere detenuto ma potrebbe essere comunque soggetto alla detenzione (ad esempio se non può più essere detenuto in conformità alla legge perché non esiste alcuna reale possibilità di rimuovere l'individuo dal territorio entro un lasso di tempo ragionevole) o se il Ministro sta valutando l'opportunità di emettere un'ordinanza di espulsione (misura avente effetto retroattivo).

Il *bail* non osta all'eventuale detenzione del beneficiario. Dunque, il Ministro degli affari interni può far detenere un individuo anche se il *First-tier Tribunal* gli ha concesso il *bail*. Il *bail* termina quando la persona non è più soggetta a detenzione, ottiene il permesso di ingresso o di soggiorno nel Regno Unito o quando viene detenuta o espulsa o lascia il Regno Unito.

L'*immigration bail* può essere concessa a determinate condizioni, tra cui, ad esempio, l'obbligo di comparire davanti al Ministro competente o al *First-tier Tribunal* in determinate date ed ore oppure il divieto di lavorare o studiare, nonché l'obbligo di sottostare alla sorveglianza elettronica.

Il Ministro ha poteri coercitivi, compreso l'arresto, nei confronti di un individuo cui sia stato concesso il *bail* e l'ufficiale addetto all'immigrazione o di polizia ritenga che l'individuo possa infrangere una o più condizioni poste per la cauzione, o che non abbia adempiuto o non adempia ad una o più di esse.

5.2. La detenzione

La detenzione per motivi di immigrazione è prevista dagli *Schedules 2 e 3* dell'*Immigration Act 1971* e dalla *section 62* del *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*. Il potere di disporre la detenzione è conferito sia ai funzionari addetti all'immigrazione sia agli ufficiali dell'*Home Office*. La detenzione può essere disposta prima di una decisione di concedere il permesso di ingresso nel paese e prima di respingere o espellere un individuo dal Regno Unito.

Nel sistema di immigrazione ed asilo, gli individui possono essere detenuti pur non avendo commesso alcun reato. A differenza della maggior parte degli Stati europei, non vi è alcun limite temporale alla detenzione per motivi di immigrazione nel Regno Unito; né vi è alcuna possibilità di controllo giurisdizionale automatico della legalità della detenzione. Il sistema non è comunque incompatibile con la CEDU, in quanto è sufficientemente accessibile, preciso e prevedibile nella sua applicazione, permettendo al detenuto di contestare

la legalità e convenzionalità della sua detenzione in qualsiasi momento⁶³. Se un individuo è sottoposto a detenzione in vista dell'espulsione, il principio di legalità richiede che le procedure di espulsione siano esperite con la dovuta diligenza; in caso contrario, la detenzione non è più legale⁶⁴.

Il Regno Unito non prevede alcun trattamento speciale per gli immigrati che fanno richiesta di asilo. Nella specie, secondo le linee guida predisposte dallo UNHCR, i richiedenti asilo non dovrebbero essere detenuti se non in circostanze eccezionali e in osservanza dei principi di non-discriminazione e non-arbitrarietà; in ogni caso, essi non dovrebbero essere detenuti presso strutture carcerarie. In concreto, però, non di rado viene applicata la detenzione, sia presso *immigration removal centres* sia nelle carceri, anche in condizioni simili a quelle vigenti nelle carceri di massima sicurezza. La tendenza è, peraltro, nel senso dell'aumento dell'uso della detenzione⁶⁵.

La gestione e il funzionamento dei centri di detenzione, nonché dei servizi di trasporto e di accompagnamento per effettuare gli allontanamenti, sono appaltate a soggetti di diritto privato, che sono comunque vincolati alle *Detention Centre Rules* e sono considerati un'autorità pubblica "funzionale", ai fini dello *Human Rights Act 1998*⁶⁶.

Vi è una presunzione a favore dell'ingresso temporaneo nel paese. Prima di disporre la detenzione, devono esservi motivi fondati per ritenere che l'individuo non si conformerà alle condizioni dell'ingresso temporaneo ed è necessario considerare ogni altra ragionevole alternativa alla detenzione. Inoltre, ogni caso deve essere valutato nello specifico⁶⁷. Le *policies* elencano una serie di questioni che il decisore deve prendere in considerazione, tra cui la probabilità che l'individuo venga allontanato, i legami della persona con il Regno Unito e la vulnerabilità del soggetto adulto. Inoltre, non sono soggetti a detenzione gli individui vulnerabili, tra cui gli anziani, le vittime di tortura o della tratta di esseri

⁶³ *Arben Draga c. UK*, ric. n. 33341/13, 18 maggio 2017.

⁶⁴ *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, 1996; nella specie, le procedure nazionali erano assai complesse e la detenzione dello straniero, nelle more del giudizio, era durata 6 anni. Ciononostante, la Corte di Strasburgo ha stabilito che non si trattava di un ritardo "indebito" da parte dello Stato.

⁶⁵ Si v. S. PEPIN, *Immigration detention of victims of torture and other vulnerable people*, *House of Commons Library Debate Pack*, CDP-2018-0143, 2018.

⁶⁶ *R (on the application of D and K) v SSHD* [2006] EWHC (Admin) 980, della *High Court*.

⁶⁷ *Home Office's Enforcement Instructions and Guidance*, paragraph 55.3.

umani; generalmente, le donne in stato di gravidanza ed i minori non accompagnati. Tuttavia, la prassi non sempre tiene conto di queste raccomandazioni.

Il potere di stabilire la detenzione è nella discrezionalità del decisore, che lo esercita tenendo conto di criteri stabiliti in documenti di *policy* e linee guida operative, redatti dall'Esecutivo. Sempre a cura dell'Esecutivo sono le *Detention Centre Rules*, la normativa a disciplina di diverse materie attinenti alla detenzione degli immigrati. Il Ministero degli affari interni può adottare le misure che ritiene opportune, a condizione che siano conformi a principi di legge (non ulteriormente precisati)⁶⁸. In ogni caso, le *policies* a sostegno della decisione devono essere comunicati al richiedente ai sensi dell'art. 5 CEDU, pena l'illegalità della decisione⁶⁹.

5.2.1. Le condizioni giuridiche per la detenzione

La legalità della detenzione richiede la considerazione di tre elementi: (1) se il potere di detenere sia esercitabile nel caso di specie, ovvero se si sia in attesa di una decisione sulla concessione del permesso di ingresso, dell'esecuzione dell'allontanamento, o di una decisione di allontanamento o di espulsione; (2) se vi siano motivi sufficienti per fare uso del potere; e tenendo conto de (3) la durata dell'eventuale precedente detenzione dell'individuo. In concreto, la detenzione è permessa se: (a) l'individuo, probabilmente, fuggirebbe se gli si concedesse il permesso di ingresso temporaneo o se venisse rilasciato; (b) non vi sono ancora informazioni sufficienti per decidere se concedere l'ingresso temporaneo o il rilascio; (c) l'allontanamento dal Regno Unito è imminente; (d) l'individuo deve essere detenuto per prestargli cure mediche; e (e) il suo rilascio sarebbe contrario all'interesse pubblico. La detenzione è legale se fondata su un potere sancito dalla legge, è conforme ai limiti stabiliti dai diritti umani ed avviene per uno di questi motivi.

Dunque, un individuo può essere sottoposto a detenzione al momento del suo arrivo nel territorio del Regno Unito, ma anche in qualsiasi momento prima della concessione del permesso di ingresso, anche diversi mesi o persino anni, quindi, prima della decisione. In *Saadi c. Regno Unito*⁷⁰, la Corte di Strasburgo ha

⁶⁸ *Saadi* [2002] UKHL 41, della *House of Lords*.

⁶⁹ *Mighty & Lumba v SSHD* [2011] UKSC 12, della Corte suprema; *R v Governor of Durham Prison ex p Hardial Singh* [1983] Imm AR 198, della *House of Lords*.

⁷⁰ Ric. n. 13229/03, del 2008.

stabilito che il solo limite pertinente era quello della non-arbitrarietà. Il diritto nazionale stabilisce che la detenzione eseguita al momento dell'arrivo deve essere per motivi "autorizzati"; non è autorizzata, ad esempio, la presunzione di dover detenere un richiedente asilo arrivato in maniera clandestina⁷¹.

È inoltre passibile di detenzione l'individuo ritenuto assoggettabile ad allontanamento o nei confronti del quale vi siano motivi ragionevoli per ritenere che sia assoggettabile ad allontanamento (*Immigration and Asylum Act 1999*). Pertanto, secondo la legge, un individuo può essere detenuto nelle more della decisione sulla richiesta d'asilo. La detenzione è inoltre obbligatoria nei casi in cui si sia emessa un'ordinanza di espulsione automatica, a meno che non sia inopportuna, ad avviso del Ministro competente⁷².

La detenzione a seguito di una condanna penale può verificarsi se la condanna è accompagnata da una raccomandazione di espulsione (*Immigration Act 1971, Schedule 3, paragraph 2.1*) o se il Ministro competente ha emesso e notificato una decisione di espulsione (*paragraph 2.2*). Inoltre, può disporsi la detenzione se il Ministro competente sta valutando l'applicabilità dell'espulsione automatica (*section 36 dello UK Borders Act 2007*). La *section 34* della stessa legge prevede che un'ordinanza di espulsione può essere eseguita dal Ministro competente, senza stabilire alcun limite temporale; le corti hanno successivamente stabilito che questo periodo di tempo deve comunque essere ragionevole⁷³. Gli individui che abbiano commesso reati gravi o violenti possono essere sottoposti a detenzione, come del resto quelli che potrebbero appartenere a gruppi terroristici o che siano stati coinvolti in atti di terrorismo. La *Court of Appeal* ha stabilito che, ad eccezione dei casi riguardanti soggetti vulnerabili, non vi è alcun principio secondo cui la detenzione in carcere per motivi di immigrazione viola di per sé l'art. 5 CEDU, nonostante la detenzione presso un *immigration removal centre* sia generalmente più opportuna; in ogni caso, ogni fattispecie va valutata a sé⁷⁴.

Le famiglie possono essere detenute, ma solamente se ritenuto necessario, soprattutto in vista della possibile violazione dell'art. 8 CEDU. La detenzione dei minori è soggetta all'obbligo del Governo di tener conto del miglior interesse del

⁷¹ *AAM (a child) v SSHD* [2012] EWHC 2567, della *High Court*.

⁷² *V. UK Borders Act, sections 32 e 36*.

⁷³ *R (on the application of Saleh (Sudan)) v SSHD* [2013] EWCA Civ 1378, della *Court of Appeal*.

⁷⁴ *Idira v Secretary of State for the Home Department* [2015] EWCA Civ 1187, della *Court of Appeal*.

minore (*section 55 del Borders, Citizenship and Immigration Act 2009*). Le linee guida dell'Esecutivo stabiliscono che la detenzione dovrebbe durare per il minor tempo possibile e deve essere solo una *extrema ratio*; le famiglie dovrebbero essere incoraggiate a lasciare il paese volontariamente.

5.2.2. Le basi giuridiche per contestare la detenzione

Le detenzioni disposte in contrasto con le *policies*, di natura formale o sostanziale, possono essere sottoposte a controllo giurisdizionale⁷⁵.

La legalità della detenzione può essere contestata anche in base al rimedio dell'*habeas corpus*, ovvero il meccanismo con il quale una corte può esaminare i motivi per cui un individuo è stato detenuto e, se del caso, può disporre l'immediato rilascio. Perché si attivi questo procedimento non è necessario il permesso delle corti, come avviene invece per il controllo giurisdizionale intentato in qualunque momento della detenzione. Il ricorso al rimedio dell'*habeas corpus* appare dunque maggiormente vantaggioso rispetto al controllo giurisdizionale generale⁷⁶.

I detenuti possono anche avvalersi dell'azione civile contro il *false imprisonment* (carcerazione indebita), là dove un errore nella decisione che dispone la detenzione o nella procedura è tale da far venire meno la stessa base legislativa per la detenzione. Il rimedio, che dà luogo alla responsabilità civile dello Stato, può cumularsi con altri tipi di ricorso⁷⁷.

5.3. L'espulsione

L'espulsione (*deportation*) è l'allontanamento obbligato dal Regno Unito, eseguito a seguito di un'ordinanza⁷⁸, che impedisce all'espulso di far ritorno al Regno Unito finché l'ordinanza non sia revocata. L'espulsione si distingue dal respingimento (*removal*; v. *infra*, par. 4.4) perché può avvenire solo in base a previsioni legislative (mentre il respingimento è una procedura di esecuzione fondata sul controllo dell'immigrazione). L'espulsione si basa sul comportamento

⁷⁵ *R v SSHD ex p Khan* [1985] 1 All ER 40, della *Court of Appeal*.

⁷⁶ V. *R v SSHD ex p Sheikh* [2001] Imm AR 219, della *Court of Appeal*.

⁷⁷ *Lumba and Mighty*, cit.

⁷⁸ Le ordinanze di espulsione sono emesse dal Ministro degli affari interni (*section 5(1) dell'Immigration Act 1971*); nella prassi, possono procedere all'emissione anche i suoi ufficiali autorizzati allo scopo.

personale del soggetto destinatario, anche se, in casi di sicurezza nazionale, non è necessario dimostrare che sia stato commesso un illecito.

È passibile di espulsione chiunque possieda un permesso di ingresso o soggiorno, anche a tempo indeterminato. L'ingresso nel Regno Unito mentre l'ordinanza è in vigore rende l'individuo un immigrato irregolare⁷⁹. La facoltà di espulsione viene invocata più spesso quando un individuo è stato dichiarato colpevole di un reato. Se, secondo la giurisprudenza, non può essere solamente la responsabilità penale in sé a giustificare l'espulsione, dal 2007 sembra essersi concretizzata sul piano legislativo una *policy* secondo cui si espelle ogni cittadino straniero che si sia macchiato di un reato⁸⁰.

L'ordinanza di espulsione autorizza altresì la detenzione del destinatario finché non lascia il Regno Unito (a patto che la durata della detenzione sia ragionevole) e annulla ogni permesso di ingresso o soggiorno concesso anteriormente⁸¹. L'espulsione costituisce, comunque, una sanzione amministrativa e non una misura penale⁸².

L'ordinanza di espulsione non ha data di scadenza. Essa rimane in vigore finché non viene revocata, a meno che l'individuo cui è destinata diventi un cittadino britannico. La revoca deve tener conto della motivazioni dell'ordinanza; le dichiarazioni a favore della revoca; gli interessi della comunità; e gli interessi del richiedente.

La motivazione principale dell'espulsione è che il Ministro competente ritiene che l'allontanamento sia nell'interesse pubblico (*section 3(5)(b)* della *Immigration and Asylum Act 1999*). Il fondamento più diffuso per l'espulsione è la commissione di atti di rilevanza penale; tuttavia, la decisione può fondarsi anche sull'opinione del Ministro che un individuo sia stato coinvolto in "comportamenti inaccettabili" che potrebbero favorire il terrorismo (senza, dunque, che gli sia contestato alcun reato formale). Non esiste una definizione dell'interesse pubblico: il potere di espulsione è dunque ampio. In giurisprudenza, i fattori considerati sono la gravità del reato, la probabilità di recidiva e l'eventuale effetto deterrente della sanzione; è inoltre importante la *policy* del Ministro sull'espulsione di individui colpevoli di reati gravi, che si può presumere tenga conto degli effetti deterrenti dell'espulsione e della funzione di espressione del

⁷⁹ *Immigration Act 1971, section 33A.*

⁸⁰ CLAYTON – FIRTH, cit.

⁸¹ *Immigration Rules*, paragrafo 362.

⁸² *AT (Pakistan) v SSHD* [2010] EWCA Civ 567, della *Court of Appeal*.

disvalore sociale del reato commesso⁸³. L'interesse pubblico all'espulsione sarà superato solo in casi eccezionali, a meno che non vengano violati i diritti umani o la Convenzione sui rifugiati.

L'espulsione è automaticamente nell'interesse pubblico e il Ministro è obbligato ad emettere un'ordinanza di espulsione: se l'individuo è condannato ad una pena detentiva di almeno 12 mesi o se il reato commesso è tra quelli espressamente elencati a tal fine dal *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*⁸⁴, a meno che non vi sia una lesione dei diritti sanciti dalla CEDU, dall'ordinamento euro-unitario, dalla Convenzione sui rifugiati o da quella sulla tratta di esseri umani⁸⁵. Allo stesso modo, se l'individuo condannato è stato detenuto presso una struttura ospedaliera; è soggetto all'extradizione; oppure era minorenne al momento della condanna, non sussiste alcun obbligo del genere in capo al Ministro.

Per limitare gli effetti dell'art. 8 CEDU sul potere di espulsione, nel 2014 il *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* è stato modificato per stabilire che, se una corte o un tribunale deve stabilire se una decisione del Ministero degli affari interni in materia di immigrazione viola il summenzionato articolo, l'organo giurisdizionale deve considerare l'interesse pubblico, quindi deve determinare se l'interferenza con il diritto è giustificata ai sensi dell'art. 8, comma 2, CEDU. Inoltre, devono essere prese in considerazione ulteriori questioni nella valutazione dell'interesse pubblico riguardo ai criminali stranieri⁸⁶, tra cui: il numero di dichiarazioni di colpevolezza a carico dell'individuo; il fatto che è nell'interesse pubblico espellere un criminale straniero anche se vi sono prove circa la riabilitazione dell'individuo o questi presenta un basso rischio di recidiva; nonché il ruolo dell'espulsione come espressione del disvalore sociale dei reati gravi (v. *section 117C* della legge).

Oltre ai poteri fondati sullo *UK Borders Act*, il Ministro ha anche la discrezionalità di disporre l'espulsione nei casi in cui ciò sia nell'interesse pubblico; questo anche se il soggetto è minorenne, se le pene detentive sono

⁸³ *N (Kenya) v SSHD* [2004] EWCA Civ 1094, della *Court of Appeal*.

⁸⁴ *Section 32* dello *UK Borders Act 2007*.

⁸⁵ In questi casi, rimane comunque la presunzione secondo cui l'espulsione è nell'interesse pubblico, anche se dovesse essere annullata in sede di giudizio: *section 33(7)* della legge.

⁸⁶ Ai fini della legge, un "criminale straniero" è l'individuo non di cittadinanza britannica che è stato dichiarato colpevole nel Regno Unito di un reato e che è stato condannato ad un periodo di reclusione di almeno 12 mesi, è stato dichiarato colpevole di un reato che ha causato gravi danni, oppure è recidivo.

diverse da quelle prefigurate dalla legge ed in casi che non comportano alcuna responsabilità penale. In questi casi, si deve prima stabilire se l'individuo è assoggettabile all'espulsione e se i fondamenti fattuali delle argomentazioni del Ministro competente sono stati dimostrati in base ad un bilanciamento delle probabilità. Il giudice può anche aver riguardo al principio della prevenzione, non dovendo necessariamente attendere che venga commesso un atto illecito⁸⁷. L'espulsione può avvenire se è nell'interesse pubblico perché persegue gli interessi della sicurezza nazionale o dei rapporti internazionali del Regno Unito (*Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, section 97(2)*).

Gli unici altri individui che possono essere espulsi insieme con il destinatario principale del provvedimento, a partire dall'attuazione dell'*Immigration Act 1999*, sono i familiari, ovvero il coniuge od i figli, tra cui anche quelli adottivi. Se la coppia non è sposata, i figli saranno considerati solamente della madre⁸⁸. Nell'ambito dell'espulsione, si riconosce la poligamia, essendo la definizione di coniuge estensibile anche alle mogli successive alla prima⁸⁹, nonché anche i *civil partners*⁹⁰. Le questioni relative al benessere dei familiari devono essere considerate, al momento della decisione sull'espulsione.

Secondo la *section 94B*, il Ministro ha il potere di disporre che i ricorsi contro le decisioni in tema di immigrazione possano essere promossi solamente dall'estero, se il ricorrente non affronta un reale rischio di danno grave ed irreversibile in caso di trasferimento verso il paese di destinazione prima dell'esaurimento delle vie di ricorso interne. A seguito dell'*Immigration Act 2016*, quasi tutti i casi di ricorso, ad eccezione di quelli contro decisioni sull'asilo, devono pervenire dall'estero.

Il Ministro può anche decidere di espellere un individuo su raccomandazione di una giurisdizione penale, che può essere emessa nei confronti degli individui di età superiore ai 17 anni che siano stati dichiarati colpevoli di un reato punibile con la reclusione. La raccomandazione non è comunque vincolante e la decisione finale deve essere in ogni caso del Ministro. Le corti devono considerare se la

⁸⁷ V. *Bah (EO (Turkey)—liability to deport)* [2012] UKUT 000196 (IAC), dell'*Upper Tribunal, Immigration and Asylum Chamber*.

⁸⁸ Solitamente, non saranno soggetti all'espulsione i figli che non vivano con l'individuo e/o che siano ormai autonomi. Allo stesso modo, non saranno soggetti all'espulsione i coniugi che abbiano acquisito il titolo di soggiorno in maniera indipendente.

⁸⁹ Devesi rilevare, peraltro, che per queste ultime non è previsto il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari.

⁹⁰ V. i paragrafi 365-366 delle *Immigration Rules*.

permanenza dell'individuo nel Regno Unito possa costituire un danno per lo Stato; non sono rilevanti, invece, la situazione politica del paese di destinazione, né i diritti del reo ai sensi della CEDU – ritenute questioni di competenza degli organi giurisdizionali preposti all'immigrazione – né le eventuali ripercussioni per terze persone vicine all'individuo, quali ad esempio i suoi familiari.

Se un individuo assoggettabile ad espulsione lascia il paese prima che l'ordinanza venga emessa nei suoi confronti, la misura emessa dopo la data della sua partenza sarà nulla. In ogni caso, l'individuo viene comunque ritenuto espulso. Se l'individuo firma una dichiarazione di rinuncia ai suoi diritti di ricorso ed accetta di lasciare il paese, è possibile che le autorità britanniche si facciano carico delle sue spese di viaggio: si tratta della c.d. *supervised departure*, o partenza monitorata.

5.4. Il respingimento (*removal*)

L'*Immigration Act 2014* prevede il potere di respingere un individuo che richiede un permesso per fare ingresso o soggiornare nel paese. Il respingimento avviene senza alcun procedimento giudiziario ed i meccanismi di appello sono assai limitati; in particolare, possono essere avviati nel Regno Unito solo per motivi legati ai diritti umani o all'asilo. Di fatto, l'unico ricorso è il controllo giurisdizionale della decisione.

Possono essere rimossi anche coloro che, essendo arrivati nel Regno Unito, si vedono negare il permesso di ingresso; a meno che non dispongano della possibilità di appello, essi possono essere respinti verso il paese da cui provengono. Sono assoggettabili al *removal* anche le persone cui sia scaduto il titolo di soggiorno o che hanno violato le sue condizioni. Possono essere respinti anche i familiari dell'individuo, tra cui i coniugi ed i figli, nonché i *partners*, i genitori ed i parenti adulti dipendenti che siano conviventi con lo straniero destinatario del provvedimento. Nel caso dei minori, sono previsti 28 giorni di tempo per esperire le vie di ricorso interne, durante il quale il minore non può essere allontanato. I minori di cittadinanza britannica non possono essere allontanati⁹¹.

Non vi è alcun limite temporale sull'assoggettabilità al respingimento; inoltre, l'individuo non deve aver fatto ingresso nel territorio prima di essere passibile di allontanamento. Il *removal* costituisce motivo di rigetto automatico delle richieste

⁹¹ *ZH (Tanzania) v SSHD* [2011] UKSC 4, della Corte suprema.

di ingresso nel Regno Unito per i successivi 10 anni, a meno che la richiesta non sia per motivi di ricongiungimento familiare.

A livello formale, il respingimento non comporta particolari formalità, come ad esempio la notifica della procedura o della tempistica. Ciononostante, le corti hanno stabilito che il respingimento “senza notifica” fosse illecita e, nella prassi, vi sono diversi moduli da notificare agli individui interessati. La nuova procedura non prevede alcun diritto di ricorso, poiché non vi è alcuna decisione formale circa il respingimento. Tuttavia, l’atto di notifica (che si tratti della consegna del modulo o della detenzione) può essere contestato di fronte ad un giudice. All’uopo, si concede un periodo di 72 ore prima di procedere all’esecuzione del respingimento. È inoltre prevista una procedura speciale per le famiglie.

Non sempre il respingimento è praticabile, ad esempio perché l’individuo in questione non possiede documenti di viaggio, non vi è coordinamento tra le istituzioni coinvolte e non vi sono strutture aeroportuali sicure nel paese di destinazione. Infine, le compagnie aeree potrebbero essere indisponibili a prendersi carico dei respingimenti. Questi fattori devono essere presi in considerazione dai giudici chiamati a stabilire la legittimità dell’ingresso o del soggiorno dello straniero, e possono anche avere un effetto decisivo sulla decisione finale.

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. L'ingresso degli stranieri

1.1. Cenni sulla disciplina generale

Il diritto fondamentale di ingresso in Spagna (art. 19 Cost.) spetta solo ai cittadini spagnoli. Restano esclusi dalla sua titolarità gli stranieri, perché la giurisprudenza costituzionale¹ non lo ha ritenuto un diritto imprescindibile per la garanzia della dignità umana. Il loro ingresso nel territorio nazionale dipenderà, quindi, dal rispetto delle condizioni imposte dalla legislazione in materia di *extranjería*, immigrazione e protezione internazionale², di competenza esclusiva dello Stato (art. 149, comma 1, paragrafo 2, Cost.).

Le previsioni costituzionali riguardanti questi temi non sono molto articolate (nel 1978, del resto, la Spagna era un paese di emigrazione, e non di immigrazione) e concedono perlopiù ampi margini di discrezionalità al legislatore. La configurazione dello *status* di queste persone è, quindi, molto cambiata³ in funzione della realtà migratoria del momento, dei cambiamenti di governo e degli impegni internazionalmente assunti dallo Stato, ed in particolare del diritto eurounitario. Inoltre, la disciplina ha subito importanti interventi correttivi da parte della giurisprudenza costituzionale e, trattandosi di protezione internazionale, del Tribunale supremo.

La grave crisi dei rifugiati del 2015 ha evidenziato le lacune e le deficienze dell'attuale sistema (nazionale ed europeo) di accoglienza, nonché la tendenza a limitare le condizioni di ingresso e permanenza nel paese per imperativi di pubblica sicurezza, senza che si sia intervenuti in senso più garantista in altri ambiti della disciplina. Evidenziano l'inerzia del legislatore per correggere le insufficienze nella gestione dei grandi flussi migratori le differenti procedure di

¹ V., tra le molte, la STC 72/2005, del 4 aprile. La giurisprudenza costituzionale può essere consultata *on line* utilizzando il motore di ricerca <http://hj.tribunalconstitucional.es/es>.

² Il *Boletín Oficial del Estado* ha curato una raccolta elettronica costantemente aggiornata delle norme più rilevanti in questo settore. Il *Código de extranjería* è reperibile *on line* alla pagina https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=070_Codigo_de_Extranjeria&modo=1.

³ Cfr., per tutti, R. GARCÍA MAHAMUT, *Extranjería e inmigración*, in AA.VV., *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, vol. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2483-2496.

infrazione aperte nei confronti della Spagna per il mancato recepimento di alcune direttive, nonché la condanna da parte del Tribunale supremo⁴ del Governo spagnolo per il mancato adempimento degli impegni assunti con l'Ue in merito al ricollocamento dei migranti. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell'uomo è diventata un'istanza fondamentale per fermare le espulsioni di massa alla frontiera.

1.1.1. I titoli che legittimano l'ingresso degli stranieri

L'art. 25 della legge organica n. 4/2000⁵, dell'11 gennaio, sui diritti e sulle libertà degli stranieri⁶ in Spagna e sulla loro integrazione sociale, elenca i requisiti per l'ingresso nel territorio spagnolo⁷ e l'art. 26 stabilisce che l'ingresso non sarà permesso allo straniero su cui gravi un divieto. Queste norme si completano con quanto previsto dagli artt. 1-18 del regio decreto n. 557/2011⁸, recante il regolamento di attuazione della legge organica n. 4/2000.

L'ingresso in Spagna deve realizzarsi, di norma, dai posti abilitati allo scopo⁹; lo straniero deve essere in possesso di passaporto o titolo di viaggio valido secondo le norme internazionali, dei documenti stabiliti dal regolamento che servano a giustificare l'oggetto e le condizioni di permanenza, deve dare prova di disporre di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno ed essere munito di visto (salvo disposizione contraria dei trattati internazionali o del diritto eurounitario). Le autorità possono stabilire ulteriori requisiti volti alla tutela della salute pubblica.

Lo straniero non deve costituire una minaccia per ragioni politiche, di sicurezza o di salute pubblica.

⁴ V. la sentenza del 9 luglio 2018 della *sala* contenzioso-amministrativa del Tribunale supremo (ric. n. 599/2017). La giurisprudenza del Tribunale supremo è reperibile *on line* alla pagina <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

⁵ V. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>.

⁶ Si considera "straniero", agli effetti dell'applicazione della legge, colui che non abbia la cittadinanza spagnola. I cittadini degli Stati membri dell'UE e coloro cui si applichi il regime comunitario sono soggetti alla legislazione dell'UE, e la legge organica n. 4/2000 viene loro applicata solo negli aspetti che siano più favorevoli (v. l'art. 1, comma 2).

⁷ Nonostante il mancato rispetto dei requisiti di cui all'art. 25, la norma prevede che si possa autorizzare l'entrata se sussistano eccezionali ragioni umanitarie, di interesse pubblico o collegate all'adempimento degli impegni assunti dalla Spagna. Ai richiedenti protezione internazionale si applica l'apposita disciplina.

⁸ V. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>.

⁹ La dichiarazione di ingresso va fatta personalmente al momento in cui si fa ingresso dai posti abilitati o entro 3 giorni dall'arrivo in Spagna.

I tipi di visto d'ingresso previsti dall'art. 25 *bis* della legge organica n. 4/2000 sono i seguenti: di transito; di soggiorno (massimo 90 giorni in un semestre); di residenza; di residenza e lavoro (la cui efficacia è condizionata all'iscrizione del lavoratore alla previdenza sociale, entro tre mesi dall'ingresso); di residenza e lavoro temporaneo (massimo 9 mesi in un periodo di 12 mesi consecutivi); per studenti e per ricercatori.

Agli stranieri che non adempiano agli anzidetti requisiti sarà negato l'ingresso nel territorio nazionale con una decisione motivata che includa informazioni sui ricorsi amministrativi e sui diritti dell'interessato ad essere assistito da un legale e da un interprete (art. 26, comma 2, della legge organica n. 4/2000).

Il Tribunale costituzionale ha dichiarato che la *denegación de entrada* non ha natura sanzionatoria (STC 72/2005¹⁰, del 4 aprile).

Ai sensi dell'art. 60 della legge organica n. 4/2000, gli stranieri cui si nega l'ingresso hanno l'obbligo di tornare al paese di provenienza e la decisione di *denegación* comporta l'adozione immediata delle misure necessarie affinché vi ritornino nel più breve termine possibile. Qualora l'attesa dovesse essere superiore a 72 ore, l'autorità amministrativa si rivolgerà al giudice istruttore perché questi predisponga l'internamento dell'interessato. L'internamento sarà comunicato al Ministero degli affari esteri e all'ambasciata o al consolato del paese di origine.

I centri di internamento per stranieri¹¹ non hanno carattere penitenziario e il periodo di permanenza massima è di 60 giorni. Gli stranieri restano in ogni momento a disposizione dell'autorità giudiziaria.

¹⁰ “*La resolución administrativa de la que se trata en este caso carece de naturaleza sancionadora. La denegación de la entrada en España [...] es una resolución que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional. No concurre en ella la «función represiva, retributiva o de castigo» (SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3, y 132/2001, de 8 de junio, FJ 3), propia de las sanciones. Dicha resolución administrativa constata la inexistencia de un derecho por falta de sus requisitos y prohíbe, en consecuencia, su ejercicio, pero no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario «como consecuencia de un ilícito» (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9)” (FJ 3).*

¹¹ V. il regio decreto n. 162/2014, del 14 marzo, recante il regolamento sul funzionamento e sul regime interno dei centri di internamento di stranieri, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2014/03/14/162/con>. Alcune norme sono state dichiarate nulle dalla sentenza del 10 febbraio 2015 della sala contenzioso-amministrativa del Tribunale supremo (ric. n. 373/2014).

Per ulteriori approfondimenti, v. M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Los CIE: una realidad controvertida y compleja*, in *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2017, 298-316,

La STC 115/1987¹², del 7 luglio, ha confermato la legittimità della misura giudiziaria di internamento.

1.1.2. L'ingresso irregolare

1.1.2.1. La *devolución*

L'art. 58, comma 3, della legge organica n. 4/2000¹³ stabilisce che incorre in causa di *devolución* lo straniero che viola un precedente divieto di ingresso¹⁴ o che tenta di entrare illegalmente nel territorio spagnolo.

Con la STC 17/2013¹⁵, del 31 gennaio, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che la *devolución* non presuppone l'esercizio dello *ius puniendi* dello Stato. A differenza dell'espulsione, la *devolución* non comporta di per sé una sanzione. Si tratta di una misura governativa di reazione immediata di fronte ad una perturbazione dell'ordine giuridico, articolata attraverso una via flessibile e rapida. La risoluzione amministrativa che la decreta non sopprime o restringe diritti dello straniero interessato come conseguenza di un illecito, motivo per cui ha ritenuto legittima la sua disciplina, che prevede l'applicazione delle garanzie del procedimento amministrativo¹⁶.

https://www.cidob.org/es/articulos/anuario_cidob_de_la_inmigracion/2017/los_cie_una_realidad_controvertida_y_compleja.

¹² V. il FJ 1.

¹³ V. anche l'art. 23 del regio decreto n. 557/2011.

¹⁴ In questo caso, la *devolución* comporta che riprenda a decorrere il termine del precedente divieto di ingresso.

Il Tribunale costituzionale ha dichiarato che il limite di 72 ore della detenzione preventiva (art. 17, comma 2, Cost.) non si applica agli stranieri che hanno violato un precedente divieto d'ingresso e sono costretti a rimanere nella c.d. "*zona de rechazados*" di un aeroporto (STC 174/1999, del 27 settembre, FJ 4). Cionondimeno, la loro permanenza in questi spazi non deve prolungarsi oltre il tempo minimo necessario (STC 179/2000, del 26 giugno, FJ 3).

¹⁵ V. in particolare il FJ 12.

¹⁶ Nella stessa decisione, il Tribunale costituzionale si è pronunciato a favore della legittimità di alcune specificità dei procedimenti amministrativi concernenti gli stranieri, come ad esempio il dovere di comparizione personale davanti agli organi competenti per presentare la richiesta dei permessi di soggiorno e di lavoro (FJ 10). Nell'analisi della disciplina riguardante le cause di inammissibilità dei procedimenti relativi a richieste di visto di transito o di soggiorno, ha escluso la violazione del divieto di arbitrarietà dei pubblici poteri e ha chiarito che non forma parte della garanzia sancita all'art. 106 Cost. (relativo alla potestà amministrativa) un diritto al

Si presentava più problematico il divieto di reingresso nel territorio spagnolo per un termine massimo di 3 anni, che l'art. 58, comma 7, collegava al tentativo d'ingresso illegale.

Si trattava di un atto amministrativo di natura sanzionatoria che si adottava, sì, con le garanzie del procedimento amministrativo (quello – appunto – che decretava la *devolución*), ma senza le garanzie proprie dei procedimenti sanzionatori (tra cui il dovere di motivazione, il rispetto del principio del contraddittorio e le altre garanzie collegate al diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost.), motivo per cui l'anzidetta STC 17/2013 ha dichiarato l'illegittimità del divieto.

Quando la *devolución* decretata non possa essere eseguita entro un termine di 72 ore, si richiederà all'autorità giudiziaria l'adozione della misura di internamento prevista nei casi di espulsione.

Allo stato attuale, l'art. 58 della legge organica n. 4/2000 esclude la *devolución* di colui che richieda la protezione internazionale prima che la richiesta sia dichiarata irricevibile, nonché delle donne in stato di gravidanza quando vi sia un rischio per la gravidanza o per la salute della madre. Inoltre, un provvedimento di *devolución* ancora non eseguito può essere revocato se vi sono i presupposti per la concessione di un permesso di residenza per circostanze eccezionali allo straniero¹⁷.

1.1.2.2. Le cc.dd. *devoluciones en caliente* (respingimenti immediati alla frontiera)

Com'è noto, i posti di frontiera nelle città autonome di Ceuta e Melilla sono soggetti con una certa regolarità¹⁸ a pressioni in ingresso da parte di migranti che vengono dall'Africa e che tentano di entrare nel territorio spagnolo scavalcando le barriere. Nel 1992, la Spagna e il Marocco hanno concluso un accordo bilaterale¹⁹ riguardante la riammissione degli stranieri che entrano illegalmente, che prevede una procedura formale di rimpatrio in seguito alla loro identificazione.

completamento dell'*iter* di un procedimento amministrativo in materia di *extranjería* con una risoluzione sul merito (FJ 11).

¹⁷ Art. 23, comma 8, del regio decreto n. 557/2011.

¹⁸ In alcuni momenti caratterizzati dall'alta pressione migratoria, il Governo ha optato per chiudere i posti abilitati *ex art. 3* del regio decreto n. 557/2011.

¹⁹ L'accordo è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-8976>.

Cionondimeno, dal 2002 si è adottata una forma di collaborazione informale per contrastare l'immigrazione irregolare che risulta assai controversa: le cc.dd. *devoluciones en caliente*, prassi secondo la quale i migranti irregolari fermati dalla polizia di frontiera spagnola sono immediatamente consegnati alla polizia marocchina. Questa prassi mancava di base legale, poiché nessuna norma dell'accordo ispano-marocchino faceva riferimento a un simile modo di procedere; inoltre, veniva eseguita senza alcun tipo di garanzia e, soprattutto, senza prendere in considerazione che tra queste persone potevano esserci richiedenti protezione internazionale (si tratta delle stesse critiche mosse dalla dottrina nei confronti dei respingimenti di massa in mare).

La legge organica n. 4/2015²⁰, del 30 marzo, sulla protezione della cittadinanza, ha novellato la legge organica n. 4/2000, introducendo una decima disposizione aggiuntiva che riguarda il regime speciale di Ceuta e Melilla. Questa disposizione prevede che gli stranieri che cercano di superare irregolarmente la frontiera di Ceuta o Melilla possono essere respinti al fine di impedire il loro ingresso illegale nel paese, nel rispetto delle norme internazionali sui diritti umani e sulla protezione internazionale ratificate dalla Spagna. Le richieste di protezione internazionale saranno formalizzate nei luoghi abilitati a tale scopo ai valichi di frontiera.

La legittimità della legge organica n. 4/2015 è stata sottoposta al vaglio del Tribunale costituzionale; il ricorso è tuttora pendente, ma le *devoluciones en caliente* hanno già ricevuto una prima censura da parte dei tribunali europei. La sentenza del 3 ottobre 2017 della Corte dei diritti dell'uomo (*N.D. et N.T. c. Espagne*)²¹ ha condannato lo Stato spagnolo per due respingimenti immediati alla frontiera avvenuti prima che entrasse in vigore la novella del 2015²². La Corte di

²⁰ V. <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3442>.

²¹ Il testo della pronuncia è reperibile *on line* alla pagina <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177231>. Per ulteriori approfondimenti v. J.M. SÁNCHEZ TOMÁS, *Las "devoluciones en caliente" en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, as. N.D. y N.T. vs España, de 03-10-2017)*, in *Revista española de derecho europeo*, n. 65, 2018, 101-135, https://www.ucm.es/data/cont/docs/1413-2018-05-07-STEDH%20ND%20y%20NT_expulsiones%20expres_S%C3%A1nchez%20Tom%C3%A1s_REDE_2018_digital89.pdf; e L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'enclave di Melilla*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 12, 2018, n. 1, 199-206, <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2018/04/I-respingimenti-sommari-di-migranti-alle-frontiere-terrestri-dell%C3%A9nclave-di-Melilla.pdf>.

²² Sono ancora pendenti dinanzi alla Corte di Strasburgo altre cause che riguardano respingimenti immediati avvenuti in seguito alla riforma del 2015 (ad esempio, *Balde et Abel c. Espagne*, ric. n. 20351/17, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175346>).

Strasburgo ha dichiarato che questa prassi viola l'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU, e dell'art. 13 CEDU, che proibiscono le espulsioni collettive degli stranieri.

La decisione non è ancora definitiva; si attende il giudizio della Grande camera sul ricorso presentato dal Governo spagnolo.

1.2. Gli stranieri in situazione di debolezza

1.2.1. Il riconoscimento costituzionale del diritto di asilo e le caratteristiche principali della protezione internazionale

La Costituzione del 1978 ha riconosciuto per la prima volta l'istituto dell'asilo, in quel momento già costituzionalizzato in altri paesi europei (Francia, Italia, Germania e Portogallo). La Spagna aveva ratificato e pubblicato poco prima la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati ed il Protocollo di New York del 1967; tuttavia, il costituente ha incorporato questo diritto in termini – volutamente²³ – molto vaghi e poco garantisti²⁴.

L'art. 13, comma 4, Cost. dispone che la “legge stabilirà i termini secondo i quali i cittadini di altri paesi e gli apolidi potranno godere del diritto di asilo in Spagna”. La disposizione costituzionale non contiene alcuna indicazione sul contenuto dell'istituto né sugli eventuali limiti alla libertà di conformazione del legislatore. Delega, quindi, al legislatore ordinario il potere di configurare il regime del diritto costituzionalmente riconosciuto. Inoltre, la norma è collocata fuori dal capitolo II del Titolo I, non rientra tra i diritti fondamentali e, di conseguenza, non gode della garanzia del contenuto essenziale, della riserva di

²³ In sede di dibattito costituyente, HERRERO DE MIÑÓN aveva evidenziato che “ogni scelta in materia di asilo dipende da un'opzione o da una decisione sovrana dello Stato, derivandone che nessuno Stato può essere obbligato, in contrasto coi propri interessi, permanenti o congiunturali, a concedere asilo ad uno o ad una moltitudine di stranieri”. Cfr. L. GRASSO, *L'(in)attuazione del diritto di asilo. Profili storici, internazionali, comunitari, interni comparati di un diritto in crisi*, tesi di dottorato, A.A. 2011/2012, <https://core.ac.uk/download/pdf/14703198.pdf>, 284. Anche per ALGAZA VILLAAMIL le cautele del costituente erano giustificate; muovevano, infatti, dai gravi problemi che la disciplina dell'asilo stava provocando nei paesi dove era stato riconosciuto come diritto costituzionale. Cfr. AA.VV., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, vol. II, Editorial Universitaria Ramón Areces, 6ª ed., Madrid, 2017, 60-61.

²⁴ V., per tutti, E. PÉREZ VERA – J.M. SÁNCHEZ TOMÁS, *Artículo 13.4: El derecho de asilo*, in AA.VV., *Comentarios a la Constitución española*, BOE, Tribunal Constitucional, vol. 1, Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, 320-329.

legge organica²⁵ né della tutela attraverso un procedimento preferente e sommario dinanzi alla giurisdizione ordinaria, nonché del ricorso di *amparo*.

L'attuale quadro normativo²⁶ comprende: la legge n. 12/2009²⁷, del 30 ottobre, che disciplina il diritto di asilo e la protezione sussidiaria; il regio decreto n. 203/1995²⁸, del 10 febbraio, recante il regolamento di attuazione della legge n. 5/1984²⁹, del 26 marzo, che regolamenta il diritto di asilo e lo *status* di rifugiato; il regio decreto n. 1325/2003³⁰, del 24 ottobre, recante il regolamento sul regime di protezione temporanea in caso di affluenza massiva di sfollati; ed il regio

²⁵ “Si bien es cierto que el art. 13.4 Cost. reconoce el derecho de asilo, hay que subrayar que el mismo precepto constitucional remite al legislador ordinario [...]. Estamos entonces ante una remisión al legislador ordinario para configurar el régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido a quienes solicitan asilo en España. Atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el texto constitucional (Capítulo I del Título I: “De los españoles y los extranjeros”) fácilmente se colige que no estamos ante un derecho fundamental de los enunciados en el Capítulo II del mismo Título I de la Constitución. Estamos, propiamente, ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo – o del ya asilado – serán, entonces, los que establezca la Ley. Obviamente, la Ley [...] ha de respetar plenamente los demás preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros. Pero ningún precepto constitucional exige que esa Ley de configuración del derecho de asilo se apruebe con forma de ley orgánica” (STC 53/2002, del 27 febbraio, FJ 4; v. anche il FJ 14) .

²⁶ V., *ex plurimis*, R. GARCÍA MAHAMUT – J. GALPARSORO, *Régimen jurídico del Derecho de asilo en la Ley 12/2009*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, http://www.cepc.gob.es/docs/doc_publicaciones/21.pdf?sfvrsn=0; DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, 2016, https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_Espa%C3%B1a_2016.pdf; D.T. KAHALE CARRILLO, *El nuevo sistema del derecho de asilo y protección internacional*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017; *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2018, numero monográfico (*Inmigración y asilo, en el centro de la arena política*), <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/issue/view/26670/showToc>; e V. FAGGIANI, *Lo statuto del rifugiato nell'ordinamento spagnolo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2018, 61-101, https://www.academia.edu/37894436/Valentina_Faggiani_Lo_statuto_del_rifugiato_nell_ordinamento_spagnolo.

²⁷ V. <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con>. Per una sintesi, v. <http://leg16.camera.it/561?appro=180>.

²⁸ V. <https://www.boe.es/eli/es/rd/1995/02/10/203/con>.

²⁹ Sono ancora in vigore le norme del regolamento di attuazione della prima legge sull'asilo, a condizione che non siano in contrasto con la disciplina legislativa attuale.

³⁰ V. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2003/10/24/1325/con>.

decreto n. 865/2001³¹, del 20 luglio, recante il regolamento sul riconoscimento dello *status* di apolide.

L'evoluzione della disciplina è stata chiaramente segnata dai trattati internazionali e dalle norme del diritto eurounitario³², nonché dalla giurisprudenza del Tribunale supremo. Tuttavia, il quadro normativo è ritenuto dalla dottrina lacunoso ed insufficiente. La mancata approvazione del regolamento di attuazione della legge n. 12/2009 impedisce l'applicazione delle garanzie legali previste³³. Inoltre, si constatano palesi ritardi nella trasposizione delle direttive europee.

Il legislatore spagnolo ha optato nel tempo per una completa assimilazione dell'istituto dell'asilo al rifugio convenzionale e solo dal 2009 la protezione internazionale comprende, oltre all'asilo, la protezione sussidiaria³⁴. Il regime giuridico di quest'ultima si distingue dalle generiche previsioni di protezione per ragioni umanitarie cui si riferiva l'art. 17, comma 2, della legge n. 5/1984³⁵.

Inoltre, l'art. 46, comma 3, della legge n. 12/2009 dispone che, “per ragioni umanitarie diverse da quelle elencate nelle disposizioni relative alla protezione sussidiaria, si potrà autorizzare il soggiorno in Spagna della persona richiedente la

³¹ V. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2001/07/20/865/con>.

³² La STC 53/2002, nel suo FJ 3, si riferisce esplicitamente al rapporto triangolare tra le politiche comunitarie di controllo dei flussi migratori, la preservazione della sicurezza interna e la disciplina del diritto di asilo.

³³ V. I. GARCÍA VITORIA, *Una década sin reglamento de asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes*, in *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2018, 116-128, <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/10.24241-AnuarioCIDOBInmi.2018.116>.

³⁴ Dalla crisi del 2015, le autorità spagnole hanno prevalentemente concesso ai richiedenti siriani la protezione sussidiaria, talvolta ignorando che sussistessero i presupposti per il riconoscimento della condizione di rifugiato. La *sala* contenzioso-amministrativa del Tribunale supremo si è pronunciata contro questa prassi: “*la situación excepcional de catástrofe humanitaria que ha supuesto la guerra civil en Siria, [...] ha determinado que el Gobierno español adoptara la decisión, desde el momento de inicio del conflicto, de no retornar a su país de origen a los ciudadanos procedentes de ese país, para paliar el potencial riesgo de amenazas graves contra sus vidas o integridad, [...] no puede ser óbice u obstáculo para que no se reconozca el estatuto de refugiada a la solicitante de asilo [...], cuando estimamos que concurren los presupuestos legalmente exigidos para reconocer dicha condición de asilada*” (sentenza del 10 dicembre 2015, ric. n. 1699/2015, FD 2; v. anche la sentenza del 19 febbraio 2016, ric. n. 3163/2015).

³⁵ Ripercorre i cambiamenti nella legislazione su questo aspetto la sentenza del 24 febbraio 2012 della *sala* contenzioso-amministrativa del Tribunale Supremo (ric. n. 2476/2011). V. il FD 6.

protezione internazionale nei termini previsti dalla normativa in vigore sulla condizione di straniero e sull'immigrazione³⁶.

Ad oggi esistono differenti permessi di soggiorno per motivi eccezionali e temporanei, tra cui l'*autorización de residencia temporal por arraigo e por motivos humanitarios* (v. *infra* par. 2.2.4.2.).

Il procedimento³⁷ per richiedere la protezione internazionale è comune, perché l'obiettivo di queste forme di tutela resta sempre quello di proteggere le persone da rischi qualificati. La decisione che pone fine all'*expediente de protección internacional* deve, quindi, verificare se vi siano i presupposti per concedere l'asilo o la protezione sussidiaria, oppure se sia percorribile la via che offre l'anzidetto art. 46, comma 3³⁸.

La richiesta di protezione internazionale può formalizzarsi in territorio spagnolo (entro un mese dall'ingresso o dal momento in cui si verificano le circostanze determinanti del timore di essere perseguitati), presso l'Ufficio di asilo e rifugio, negli uffici per stranieri o nei commissariati autorizzati, oppure presso gli uffici di frontiera o nei centri di internamenti per stranieri (entro 4 giorni), ma non presso le ambasciate spagnole all'estero³⁹.

La richiesta deve superare il filtro dell'esame preliminare, che è stato concepito come un deterrente per richieste manifestamente abusive o infondate. In seguito, il procedimento presenta alcune specificità a seconda che la richiesta si presenti alla frontiera o all'interno del territorio spagnolo.

³⁶ L'esposizione dei motivi della legge evidenzia che gli Stati membri hanno competenza per introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli per i richiedenti la protezione internazionale, purché queste disposizioni siano compatibili con la Convenzione di Ginevra e con le direttive eurounitarie.

³⁷ V. gli artt. 16-29 della legge n. 12/2009 e gli artt. 4-8, 17-28 del regio decreto n. 203/1995. Per una sintesi sulle differenti fasi del procedimento, differenziate a seconda che la richiesta si presenti alla frontiera o all'interno del territorio spagnolo, sull'*iter* ordinario e d'urgenza, e sui ricorsi amministrativi e giurisdizionali, v. V. FAGGIANI, *Lo statuto del rifugiato nell'ordinamento spagnolo*, cit., 85-88, e <https://www.cear.es/persona-refugiada/proceso-de-asilo/>.

³⁸ I venezuelani rappresentano oggi un terzo dei richiedenti protezione internazionale. Il Governo ha annunciato che, al perdurare della grave crisi nel loro paese, nei casi in cui venga negata la richiesta di protezione internazionale, potranno beneficiare di permessi di residenza temporanei per motivi umanitari. Cfr. *El Gobierno acuerda facilitar trámites de extranjería a los venezolanos*, in *El País*, del 26 marzo 2019, https://elpais.com/politica/2019/03/26/actualidad/1553603559_240007.html.

³⁹ Le ambasciate possono solo promuovere il viaggio dei richiedenti asilo in Spagna per agevolare le loro richieste di protezione internazionale (art. 39 della legge n. 12/2009).

L'UNHCR deve essere informato delle richieste di protezione internazionale e può intervenire nel procedimento.

L'Ufficio di asilo e rifugio, una volta valutate l'esposizione dei fatti del richiedente, le prove presentate a sostegno della richiesta e l'informazione sul paese di origine, farà una proposta di risoluzione che sarà sottoposta alla Commissione interministeriale di asilo e rifugio, cui spetta pronunciarsi sull'accoglimento o rigetto della richiesta di protezione internazionale. La risoluzione deve essere firmata dal Ministro degli interni, ed è suscettibile di ricorso dinanzi alla giurisdizione contenzioso-amministrativa.

L'art. 1 della legge n. 12/2009 esclude dal suo ambito di applicazione i cittadini dell'Unione europea.

1.2.2. L'asilo

L'art. 2 della legge n. 12/2009 definisce il diritto d'asilo come la protezione garantita ai cittadini non comunitari o apolidi a cui è riconosciuta la condizione di rifugiato nei termini dell'art. 3 della legge, della Convenzione di Ginevra e del suo protocollo.

Secondo l'art. 3, ha la condizione di rifugiato ogni persona che, avendo il fondato timore di essere perseguitata per motivi di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche, appartenenza a un determinato gruppo sociale, di genere od orientamento sessuale, si trovi fuori dallo Stato di cui possiede la cittadinanza e non possa ovvero, in ragione di tale timore, non intenda chiedere la protezione di tale Stato, oppure all'apolide che, trovandosi per i motivi suddetti fuori dal Paese in cui risulta domiciliato, non possa o non voglia tornarvi. Si esige, inoltre, che il richiedente non sia incorso in una delle cause di esclusione dell'art. 8⁴⁰ o in una delle cause di rigetto o revoca dell'art. 9⁴¹.

⁴⁰ Sono escluse dalla condizione di rifugiato le persone che già ricevono un altro tipo di protezione sufficiente (da un organo od organismo delle Nazioni Unite distinto dall'UNHCR o dal paese nel quale ha stabilito la loro residenza); coloro nei cui confronti esistano motivi fondati di ritenere che abbiano commesso un crimine contro la pace, di guerra o contro l'umanità, o che abbiano realizzato al di fuori del territorio spagnolo, prima del riconoscimento della condizione di rifugiato o del rilascio del permesso di residenza, un reato grave, o che siano colpevoli di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite. Le cause di esclusione operano anche nei confronti delle persone che incitano altri alla commissione degli anzidetti reati o che abbiano partecipato alla loro commissione.

⁴¹ Non si concederà l'asilo alle persone che, per ragioni fondate, costituiscano un pericolo per la sicurezza della Spagna o siano state condannate con sentenza definitiva per un reato grave che costituisca una minaccia per la comunità.

L'art. 6 elenca gli atti di persecuzione e l'art. 7 i motivi di persecuzione, mentre l'art. 13 (applicabile anche alla protezione sussidiaria), definisce il concetto di agente di persecuzione o causante di gravi danni.

1.2.3. La protezione sussidiaria

L'art. 4 della legge n. 12/2009 definisce la protezione sussidiaria come il diritto garantito al soggetto che, pur non avendo i requisiti per l'asilo o per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, si trovi fuori dal paese di origine e non possa ritornarvi in quanto teme rischi reali di soffrire danni gravi. Ai sensi dell'art. 10, costituiscono gravi danni: la condanna alla pena di morte o il rischio di esecuzione materiale; la tortura e il trattamento inumano o degradante nel paese di origine; le minacce gravi contro la vita di civili per una situazione di violenza indiscriminata.

Il richiedente non deve essere incorso nelle cause di esclusione di cui all'art. 11⁴² e nemmeno nelle cause di rigetto di cui all'art. 12⁴³.

Trascorsi 5 anni dal riconoscimento della protezione sussidiaria, è necessario chiedere il rinnovo che, se del caso, sarà concesso dopo il riesame della situazione dell'interessato.

⁴² Si esclude dalla condizione di beneficiario la persona nei cui confronti esistano fondati motivi per considerare che: abbia commesso un crimine contro la pace, di guerra o contro l'umanità; che abbia commesso – fuori dal paese di protezione prima di essere ammesso o prima del rilascio del permesso di residenza derivante dal riconoscimento della condizione di beneficiario di protezione sussidiaria – un reato grave, ai sensi di quanto disposto nel Codice penale spagnolo, che pregiudichi la vita, la libertà, l'indennità o la libertà sessuale, l'integrità delle persone o il patrimonio, sempre che siano stati realizzati con forza sulle cose, violenza o intimidazione sulle persone, nonché nei casi di delinquenza organizzata; abbia compiuto atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite; costituisca un pericolo per la sicurezza interna o esterna della Spagna e per l'ordine pubblico. Come nel caso dell'asilo, le cause di esclusione operano anche nei confronti delle persone che incitino altri alla commissione degli anzidetti reati o che abbiano partecipato alla loro commissione.

⁴³ Queste interessano le persone che costituiscano, per fondate ragioni, un pericolo per la sicurezza della Spagna e quelle che, essendo state oggetto di una condanna definitiva per un reato grave, rappresentino una minaccia per la comunità.

1.2.4. I permessi eccezionali

1.2.4.1. Le tipologie di permessi

Come accennato in precedenza, l'art. 46, comma 3, della legge n. 12/2009 rinvia alla normativa che disciplina la condizione dello straniero per l'eventuale riconoscimento di altri permessi di soggiorno per ragioni umanitarie. L'art. 31, comma 3, della legge organica n. 4/2000 prevede la possibilità di concedere eccezionalmente autorizzazioni temporanee di residenza in ossequio a esigenze di radicamento nel paese, per motivi umanitari, di collaborazione con la giustizia o per altre ragioni determinate dal regolamento di attuazione.

Il titolo V del regio decreto n. 557/2011 ha disciplinato le seguenti tipologie di permessi: *i)* soggiorno temporaneo per circostanze eccezionali di radicamento nel paese, di protezione internazionale (in base alla legge n. 12/2009 e alla disciplina in tema di sfollati), per ragioni umanitarie, per collaborazione con le autorità, per la sicurezza nazionale o per un interesse pubblico (capitolo I, artt. 123-130)⁴⁴; *ii)* soggiorno temporaneo e lavoro per circostanze eccezionali per donne straniere vittime di violenza di genere (capitolo II: artt. 131-134); *iii)* soggiorno temporaneo e lavoro per circostanze eccezionali per collaborazione contro reti criminali organizzate (capitolo III: artt. 135-139); *iv)* soggiorno temporaneo e lavoro per circostanze eccezionali per stranieri vittime della tratta di esseri umani (capitolo IV: artt. 140-146).

1.2.4.2. In particolare: l'autorizzazione di soggiorno temporaneo per radicamento e per ragioni umanitarie

L'art. 124 del regio decreto n. 557/2011 stabilisce che si potrà riconoscere un'*autorización de residencia temporal por razones de arraigo*, al ricorrere di certi requisiti che dimostrino il radicamento lavorativo⁴⁵, sociale⁴⁶ oppure familiare⁴⁷ dello straniero nel territorio.

⁴⁴ Il comma 4 della prima disposizione aggiuntiva del regolamento ammette che possano aversi altri permessi eccezionali quando vi siano circostanze di natura economica, sociale o di lavoro che lo consiglino o, in casi individuali, se vi siano circostanze eccezionali non previste dal regolamento.

⁴⁵ Si richiede che abbiano soggiornato in maniera continuativa in Spagna per due anni e che non abbiano precedenti penali in Spagna, nel paese di origine ed in Stati terzi dove abbiano soggiornato negli ultimi 5 anni. Devono provare anche rapporti di lavoro la cui durata non sia inferiore a 6 mesi.

L'art. 126 del regio decreto n. 557/2011 prevede che si potrà concedere l'*autorización de residencia temporal por motivos humanitario* alle seguenti categorie di soggetti⁴⁸:

1. Agli stranieri vittime dei reati di cui agli artt. 311-315, 511, comma 1, e 512 del Codice penale (riguardanti i reati contro i diritti dei lavoratori e in tema di discriminazione); vittime di reati in cui sia stata apprezzata la circostanza aggravante di commissione per motivi razzisti, antisemiti o altra classe di discriminazione di cui all'art. 22, comma 4, del Codice penale (ideologia, religione o credenze della vittima, etnia, razza o nazione di appartenenza, sesso, orientamento o identità sessuale, ragioni di genere, malattia o disabilità); oppure

⁴⁶ In questo caso è necessario aver soggiornato in maniera continuativa in Spagna per un periodo minimo di 3 anni; non avere precedenti penali in Spagna, nel paese di origine ed in Stati terzi dove si abbia soggiornato negli ultimi 5 anni; avere un contratto di lavoro che sia attuale e con durata non inferiore a un anno; avere vincoli familiari con altri stranieri residenti e presentare un rapporto delle autorità autonome o locali che dia prova dell'integrazione sociale.

⁴⁷ Quando lo straniero è il genitore di un minore con cittadinanza spagnola, a suo carico e con cui convive o risulta adempiente agli obblighi genitoriali; oppure se si tratta di figli di padre o madre che in origine abbiano avuto la cittadinanza spagnola.

⁴⁸ Il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo ad uno straniero presuppone in capo a quest'ultimo l'assenza di precedenti penali, in Spagna o nei paesi in cui egli ha soggiornato in precedenza, per reati previsti dall'ordinamento giuridico spagnolo, e che lo stesso non sia bandito dal territorio degli Stati con i quali la Spagna ha concluso un accordo in tal senso (art. 31, comma 5, della legge organica n. 4/2000).

Il Tribunale supremo ha adito in via pregiudiziale la Corte di giustizia dell'UE riguardo all'esclusione di cittadini che abbiano precedenti penali. Nella sentenza del 13 settembre 2016 (causa C-165/14, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*) la Corte di giustizia ha dichiarato che: "L'art. 21 TFUE e la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale in forza della quale la concessione di un permesso di soggiorno viene automaticamente negata, per il solo motivo che egli ha precedenti penali, al cittadino di uno Stato terzo, genitore di un minore cittadino dell'Unione avente la cittadinanza di uno Stato membro diverso dallo Stato membro ospitante, che è a suo carico e con cui risiede nello Stato membro ospitante.

L'art. 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a tale medesima normativa nazionale in forza della quale la concessione di un permesso di soggiorno viene automaticamente negata, per il solo motivo che egli ha precedenti penali, al cittadino di uno Stato terzo, genitore di minori cittadini dell'Unione, dei quali ha l'affidamento esclusivo, qualora tale diniego produca la conseguenza di costringere detti minori a lasciare il territorio dell'Unione europea".

Il testo della decisione è reperibile *on line* alla pagina <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-165/14>.

vittime dei reati per atti violenti commessi in ambito familiare, purché una sentenza definitiva abbia stabilito la condizione di vittima di tali reati.

2. Agli stranieri che dimostrino di soffrire di una malattia sopravvenuta di carattere grave che richiede assistenza sanitaria specializzata, non accessibile nel loro paese di origine, che se interrotta o non ricevuta comporta un grave rischio per la salute o per la vita. Per provare siffatta necessità, bisogna presentare un parere clinico rilasciato dall'autorità sanitaria competente. In via di eccezione, non si richiede che la malattia sia sopravvenuta se si tratta di prolungare la permanenza di un minore straniero temporaneamente in Spagna per ricevere un trattamento medico *ex art. 187 del regio decreto n. 557/2011*⁴⁹, una volta esaurita la possibilità di prorogare la permanenza e purché questa sia imprescindibile per continuare il trattamento. Il rinnovo di questo tipo di autorizzazioni è limitato al tempo minimo necessario per completare il trattamento.

3. Agli stranieri in grado di provare che il loro trasferimento verso il paese di origine o provenienza, al fine di richiedere il visto corrispondente, rappresenta un pericolo per la propria sicurezza o per quella della loro famiglia, e che soddisfano i requisiti per un'autorizzazione temporanea di residenza oppure di residenza e lavoro.

I titolari di questi permessi sono autorizzati a chiedere un'autorizzazione di residenza o di residenza e lavoro, nel rispetto dei requisiti legali previsti (art. 130, comma 4, del regio decreto n. 557/2011).

L'autorizzazione concessa di norma è valida per un anno (ad eccezione dei minori sottoposti a trattamenti medici) ed è prorogabile. Ai fini del rinnovo, l'art. 31, comma 7, della legge n. 4/2000 dispone che verranno eventualmente valutati: a) i precedenti penali, considerando la presenza di indulti o le situazioni di sospensione condizionale della pena o di sospensione della pena detentiva; b) l'inosservanza degli obblighi dell'individuo in materia fiscale e previdenziale. Inoltre, si terrà conto, in particolare, dello sforzo di integrazione manifestato dal cittadino straniero e che milita a favore del rinnovo, sforzo che dovrà essere dimostrato tramite un rapporto positivo emesso dalla Comunità autonoma.

⁴⁹ La norma disciplina il soggiorno temporaneo (fino a 90 giorni) di minori nell'ambito di programmi umanitari.

2. L'accoglienza degli stranieri

2.1. I diritti riconosciuti dall'ordinamento agli stranieri

L'art. 13, comma 1, Cost. stabilisce che “[g]li stranieri godono in Spagna delle libertà pubbliche garantite dal presente Titolo [I] nei termini stabiliti dai trattati e dalla legge”.

La giurisprudenza costituzionale⁵⁰ sulla titolarità dei diritti fondamentali da parte degli stranieri distingue tre categorie di diritti.

i) La prima categoria è costituita dai diritti cui non possono accedere in alcun caso gli stranieri, perché escluso dalla Costituzione stessa. È ciò che accade con il diritto di elettorato nelle elezioni politiche nazionali e autonome (art. 13, comma 2, e 23 Cost.) e con il diritto di accesso in condizioni di eguaglianza alle funzioni e alle cariche pubbliche (art. 23 Cost.).

ii) La seconda categoria include i diritti direttamente collegati alla dignità umana di cui all'art. 10, comma 1, Cost. Sono, quindi, esercitabili da tutte le persone e, quindi, aperti al loro godimento da parte degli stranieri, a prescindere dalla loro situazione amministrativa.

Fino a questo momento, il Tribunale costituzionale ha incluso in questo gruppo: il diritto alla vita e all'integrità fisica e morale (art. 15 Cost.), il diritto all'intimità (art. 18, comma 1, Cost.) e la libertà ideologica (art. 16 Cost.); il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 17 Cost.), con la correlativa garanzia dell'*habeas corpus*; il diritto alla protezione dei dati personali (art. 18, comma 4, Cost.); il diritto di riunione e di manifestazione (art. 21 Cost.); il diritto di associazione (art. 22 Cost.); il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 24

⁵⁰ Per uno studio approfondito e critico della giurisprudenza costituzionale fino all'anno 2016, v. A. ASÚA BATARRITA – I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Derecho a tener derechos: participación y cohesión social en el sistema constitucional español. Prestaciones sociales y ciudadanía*, relazione spagnola all'Incontro trilaterale con la Corte costituzionale italiana ed il Tribunale costituzionale portoghese (Roma, 6-8 ottobre 2016), <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/40/ponenciaespa%C3%B1a2016.pdf>. Di recente, su questa materia, v. S. CUADRÓN AMBITE, *Extranjeros en frontera. Un estudio jurídico-práctico del reconocimiento, protección y límites del derecho de entrada en España*, Dykinson, Madrid, 2018; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Derecho de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; C. IZQUIERDO SANS, *Artículo 13.1: Los derechos fundamentales de los extranjeros*, in AA.VV., *Comentarios a la Constitución española*, cit., vol. 1, 275-287.

Cost.) e, in particolare, il diritto al patrocinio gratuito; il diritto all'istruzione (art. 27 Cost.); la libertà sindacale ed il diritto di sciopero (art. 28 Cost.).

iii) Nella terza categoria sono ricompresi tutti i diritti che ammettono limitazioni specifiche associate alla cittadinanza dei loro titolari, purché tale limitazione sia prevista nei trattati internazionali o nella legge.

Finora il Tribunale costituzionale ha classificato in questo gruppo: il diritto all'eguaglianza (art. 14 Cost.); il diritto alla libertà di residenza e di circolazione (art. 19 Cost.); il diritto al lavoro (art. 35 Cost.); il diritto all'accesso al sistema pubblico di previdenza sociale (art. 41 Cost.); il diritto alla tutela della salute (art. 43 Cost.).

Il legislatore, può, quindi, nell'esercizio della sua libertà di configurazione, escludere gli stranieri in situazione irregolare dalla titolarità dei diritti classificati nel terzo gruppo. Ad esempio, la legge organica n. 4/2000 richiede il soggiorno legale per accedere al diritto al lavoro e alla previdenza sociale (art. 10), all'assistenza sanitaria (art. 12)⁵¹, agli aiuti in materia di abitazione (art. 13), al diritto alle prestazioni ed ai servizi di previdenza sociale (art. 14, comma 1, paragrafo 2), al diritto alla vita familiare e all'intimità familiare (art. 16) e al diritto al ricongiungimento familiare (art. 17).

Lo *status* degli stranieri è disciplinato nel Titolo I della legge organica n. 4/2000⁵². Il regio decreto n. 162/2014, del 14 marzo, recante il regolamento sul funzionamento e sul regime interno dei centri di internamento di stranieri, esplicita che gli stranieri ivi residenti in attesa di essere rimpatriati sono titolari dei diritti che l'ordinamento spagnolo riconosce agli spagnoli, con le necessarie limitazioni derivate dal contenuto e finalità della misura di internamento⁵³.

⁵¹ Alcune Comunità autonome hanno cercato di ovviare a tale esclusione, nonostante fosse stata dichiarata legittima dal Tribunale costituzionale nel 2016. La STC 134/2017, del 16 novembre, ha dichiarato incostituzionali, per violazione delle competenze dello Stato, le norme basche che riconoscevano l'assistenza sanitaria agli immigrati senza permesso di soggiorno iscritti all'anagrafe e con domicilio nel suo territorio per almeno un anno. Nello stesso senso v. anche le SSTC 2/2018, dell'11 gennaio (riguardante le norme dell'Estremadura); 17/2018 e 18/2018, del 22 febbraio (sulle norme della Navarra).

⁵² Il capitolo I (artt. 4-15) disciplina i diritti e le libertà di cui sono titolari; il capitolo II (artt. 16-19), il ricongiungimento familiare; il capitolo III (artt. 20-24), le cc.dd. garanzie giuridiche, e il capitolo IV (art. 23-24), sancisce alcune misure per prevenire la discriminazione.

⁵³ V. gli artt. 16, 17, 19 e 20.

2.2. La protezione offerta dall'ordinamento agli stranieri in situazione di debolezza

L'art. 5 della legge n. 12/2009 ha equiparato la tutela offerta ai beneficiari del diritto di asilo e della protezione sussidiaria, la cui principale manifestazione è il principio di *non-refoulement* ed il divieto di espulsione. Spettano loro, inoltre, le misure previste dall'art. 36, dalle norme eurounitarie e dai trattati internazionali ratificati dalla Spagna con la legge stessa.

L'art. 18 della legge specifica quali sono i diritti (nonché gli obblighi)⁵⁴ nel corso del procedimento: diritto a essere muniti di documentazione che provi la loro condizione di richiedente la protezione internazionale; diritto alla assistenza giuridica gratuita e ad un interprete; diritto a comunicare la loro situazione all'UNHCR; diritto alla sospensione di qualsiasi procedimento di respingimento, espulsione o estradizione; diritto a conoscere il contenuto del loro fascicolo in qualsiasi momento; diritto all'assistenza sanitaria e a ricevere prestazioni sociali specifiche. Le specifiche condizioni per l'esercizio di questi diritti sono disciplinate agli artt. 16, 17, 19, 33 e 34 della legge.

Ai sensi dell'art. 36, dalla concessione del diritto di asilo o della protezione sussidiaria discende il riconoscimento dei diritti previsti nella Convenzione di Ginevra, nella normativa in materia di stranieri ed immigrazione e nel diritto eurounitario. Dalla medesima concessione discendono, altresì: la protezione contro il respingimento; l'accesso all'informazione sui diritti e sugli obblighi connessi alla protezione internazionale in una lingua comprensibile per il beneficiario; il permesso di residenza e di lavoro permanente; il rilascio di documenti di identità e di viaggio ai rifugiati e, quando sia necessario, ai beneficiari della protezione sussidiaria; l'accesso ai servizi pubblici di impiego; l'accesso all'istruzione, all'assistenza sanitaria, all'abitazione, all'assistenza sociale e ai servizi sociali, ai diritti riconosciuti alle vittime della violenza di genere e, se del caso, alla previdenza sociale e ai programmi di integrazione; l'accesso alla formazione permanente o professionale e a svolgere tirocini, nonché l'accesso ai procedimenti di riconoscimento dei diplomi e dei certificati

⁵⁴ I richiedenti la protezione internazionale sono chiamati a cooperare con le autorità spagnole nel procedimento per la concessione della protezione internazionale, a presentare il prima possibile tutti gli elementi che, insieme con la dichiarazione, contribuiscono a giustificare la richiesta; devono altresì permettere che siano loro prese le impronte digitali, che vengano fotografati e, se del caso e previa informazione, devono consentire che siano registrate le loro dichiarazioni. Inoltre, sono tenuti a comunicare il loro domicilio in Spagna, nonché le relative variazioni; a informare le autorità competenti delle circostanze rilevanti ai fini della richiesta e a comparire dinanzi a tali autorità quando ne venga fatta richiesta.

accademici e professionali e ad altre prove di qualifica ufficiali rilasciate all'estero; la libertà di circolazione; l'accesso ai programmi di integrazione e di aiuto al ritorno volontario; il mantenimento dell'unità familiare e a partecipare ad appositi programmi di sostegno.

Il rifugiato ha una via di accesso privilegiata alla cittadinanza dopo 5 anni di residenza in Spagna⁵⁵, ciò di cui non gode chi beneficia della protezione sussidiaria.

Con l'approvazione della legge n. 12/2009 si è elevato a rango di legge il sistema spagnolo di accoglienza, ma molti aspetti della sua concretizzazione dipendono ancora dall'approvazione del futuro regolamento di attuazione. Il programma di accoglienza, della durata di circa 18 mesi, è strutturato in tre fasi: accoglienza, integrazione e autonomia.

Per quanto riguarda la rete pubblica di assistenza, l'amministrazione gestisce alcuni Centri di accoglienza ai rifugiati (CAR), che forniscono vitto, alloggio e assistenza psicosociale urgente e primaria, nonché altri servizi sociali per i beneficiari della protezione internazionale che non hanno mezzi di sussistenza. Il numero di posti disponibili in queste strutture è peraltro molto ristretto. Anche i *Centros de Estancia Temporal* di Ceuta e Melilla (CETI) accolgono dei richiedenti la protezione internazionale, nonostante non siano stati creati a tale scopo.

In seguito all'aumento del numero dei richiedenti la protezione internazionale si è optato per elevare il numero di posti nei dispositivi di accoglienza gestiti da organizzazioni non governative e sottoposti al controllo dell'amministrazione.

La – scarna – giurisprudenza costituzionale sul diritto di asilo ha dichiarato che i suoi titolari godono, oltre ai diritti collegati al loro *status*, dei diritti fondamentali riconosciuti agli stranieri, nonché dei diritti riconosciuti dal diritto eurounitario e dai trattati internazionali ratificati e pubblicati dalla Spagna⁵⁶. Tra tali diritti non è ricompreso il diritto di fare ingresso liberamente nel Paese per richiedere rifugio, ma semplicemente quello di circolare sul territorio spagnolo, e di entrare e uscire dopo il riconoscimento di tale condizione (art. 19 Cost.). Il Tribunale costituzionale ha confermato la legittimità del “trattenimento” in *dependencias adecuadas* dei richiedenti asilo nei posti di frontiera.

⁵⁵ L'art. 22, comma 1, del Codice civile così recita: “*para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes*”.

⁵⁶ V., per tutte, la STC 53/2002, del 27 febbraio.

3. L'allontanamento dal territorio e la cessazione e revoca della protezione speciale

L'art. 28, comma 3, della legge organica n. 4/2000 prevede l'allontanamento obbligatorio dalla Spagna in caso di: espulsione giudiziaria decretata ai sensi del Codice penale; espulsione o *devolución* amministrativa; rigetto amministrativo delle richieste inoltrate per rimanere sul territorio spagnolo o mancanza di autorizzazione per trovarsi in Spagna; scadenza del termine per il ritorno nel proprio paese di origine delle persone accolte nei programmi di ritorno volontario.

Il Titolo IV della legge n. 12/2009 disciplina la cessazione e la revoca della protezione internazionale (artt. 42-45).

3.1. L'espulsione

3.1.1. L'espulsione amministrativa

Le infrazioni gravi di cui all'art. 53 della legge organica n. 4/2000 sono sanzionate con un'ammenda da 501 fino a 10.000 euro, e quelle molto gravi di cui all'art. 54, con un'ammenda da 10.001 fino a 100.000 euro. Tuttavia, l'art. 57 ha previsto che, trattandosi di infrazioni molto gravi⁵⁷ o di alcune fattispecie di infrazioni gravi – art. 53, comma 1, paragrafi *a)*, *b)*, *c)*, *d)* e *f)*⁵⁸ –, la sanzione

⁵⁷ Sono infrazioni molto gravi: il partecipare ad attività che compromettano la sicurezza dello Stato e le relazioni internazionali della Spagna, o l'essere coinvolto in attività contrarie all'ordine pubblico ritenute molto gravi dalla legge organica n. 4/2015, del 30 marzo, sulla protezione della sicurezza dei cittadini (<https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/4/con>); l'indurre, il promuovere o il facilitare con fine di lucro, individualmente o partecipando ad organizzazioni criminali, l'immigrazione clandestina, sempre che il fatto non costituisca reato; la realizzazione di condotte di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nei termini previsti dall'art. 23, quando il fatto non costituisca reato; l'assunzione di lavoratori stranieri senza autorizzazione di residenza e lavoro, quando il fatto non costituisca reato; l'operare, ottenendone un lucro, un'iscrizione fasulla all'anagrafe; il simulare un rapporto di lavoro, ottenendone un lucro; la commissione di una terza infrazione grave sempre che nell'anno precedente si sia stati sanzionati per 2 infrazioni gravi della stessa natura; l'inadempimento di certi obblighi dei trasportisti collegati al controllo dei documenti dei passeggeri.

⁵⁸ Si tratta dei seguenti illeciti: *a)* il trovarsi irregolarmente nel territorio spagnolo; *b)* il lavorare in Spagna senza aver ottenuto l'autorizzazione di lavoro o l'autorizzazione amministrativa previa per lavorare, quando l'interessato non abbia un'autorizzazione di residenza valida; *c)* l'omettere dolosamente o incorrere in falsità grave nell'adempimento dell'obbligo di porre a conoscenza delle autorità competenti i cambiamenti che riguardano la cittadinanza, lo stato civile o

dell'ammenda possa essere sostituita con l'espulsione dal territorio, in attenzione alle esigenze del principio di proporzionalità, in seguito al corrispondente provvedimento e con una decisione motivata (art. 57, comma 1). L'ammenda e l'espulsione non sono cumulabili, ma alternative.

Il Tribunale costituzionale ha confermato in passato la legittimità della misura di espulsione amministrativa⁵⁹.

L'interpretazione dell'art. 57, comma 1, da parte del Tribunale supremo è attualmente in fase di revisione, per adeguarla alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE⁶⁰.

il domicilio; oppure incorrere in falsità nella dichiarazione dei dati obbligatori per essere iscritti all'anagrafe, quando il fatto non costituisca reato; d) l'inottemperanza ad eventuali misure di pubblica sicurezza di presentazione periodica o di allontanamento dalle frontiere o dai nuclei di popolazione singolarmente determinati conformemente a quanto stabilito nella legge; f) il coinvolgimento dello straniero in attività suscettibili di arrecare pregiudizio all'ordine pubblico e ritenute gravi dalla legge organica n. 4/2015, del 30 marzo, di protezione della sicurezza dei cittadini.

⁵⁹ Il Tribunale costituzionale si è pronunciato in diverse occasioni sulla legittimità in astratto della misura di espulsione di uno straniero irregolare. V., tra le altre, le SSTC 94/1993, del 22 marzo; 116/1993, del 29 marzo; 24/2000, del 31 gennaio; e gli AATC 409/2007, del 6 novembre, e 454/2007, del 12 dicembre. In sede di *amparo*, ha tuttavia ribadito che l'espulsione non è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione; l'imposizione della misura deve rispettare i requisiti e criteri di valutazione imposti dalla legge organica n. 4/2000 (v. per tutte, la STC 140/2009, del 15 giugno).

⁶⁰ Per giurisprudenza consolidata del Tribunale supremo, la mera irregolarità del soggiorno di uno straniero non poteva provocare la sua espulsione dal territorio nazionale; in linea di principio, si doveva sanzionare con l'ammenda. Tuttavia, nella sentenza del 23 aprile 2015 (causa C-38/14, *Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa c. Samir Zaizoune*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-38/14&language=IT>), la Corte di giustizia ha dichiarato che “la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. i 6, paragrafo 1, e 8, paragrafo 1, letti in combinato disposto con l'art. 4, paragrafi 2 e 3, dev'essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nel procedimento principale [l'art. 57, comma 1, della legge organica n. 4/2000], che impone, in caso di soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi nel territorio di tale Stato, a seconda delle circostanze, o un'ammenda o l'allontanamento, misure queste applicabili l'una ad esclusione dell'altra”.

Nel 2018, il Tribunale supremo ha chiarito che, nei casi di soggiorno irregolare, si deve adottare la misura di espulsione, salvo che proceda l'applicazione delle eccezioni previste negli artt. 5 e 6, commi 2-5, della direttiva 2008/115/CE: “*al interpretar la ley nacional debemos estar a lo señalado por la Directiva y lo resuelto por la sentencia del citado TJUE [...]. Ello implica que no sólo los supuestos de los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva permiten no adoptar una decisión de retorno (la expulsión en nuestro ordenamiento), sino que debemos tener*

Costituirà una causa di espulsione, previo avvio del corrispondente procedimento, anche il fatto che lo straniero sia stato condannato, in Spagna o all'estero, per una condotta dolosa che costituisca in Spagna un reato sanzionato con pena privativa di libertà superiore ad un anno⁶¹, a meno che i precedenti penali siano stati cancellati (art. 57, comma 2).

«debidamente en cuenta» el interés superior del niño, la vida familiar (el arraigo familiar en nuestro ordenamiento), y el estado de salud del extranjero, para ponderar si aplicando el principio de proporcionalidad es procedente la expulsión o la sanción de multa, la cual está prevista en nuestra Ley» (sentenza del 12 giugno 2018 della sala contenzioso-amministrativa, ric. n. 2958/2017, FD 1). V. anche le sentenze del 21 gennaio 2019 (ric. n. 4856/2017), e dell'8 febbraio 2019 (ric. n. 4666/2017).

Sull'impellente necessità di novellare l'art. 57, v. F. DE LA PEÑA PITA, *La definitiva clarificación del régimen de expulsión de los extranjeros en situación irregular*, in *Diario La Ley*, n. 5657, 2019, <http://www.icasv-bilbao.com/images/actualidad/Expulsion%20extranjeros.pdf>.

⁶¹ La STC 236/2007, del 7 novembre, ha giudicato un ricorso in via principale presentato dal Parlamento della Navarra nei confronti della novella che, nell'anno 2000, ha autorizzato l'espulsione dello straniero che avesse commesso un reato doloso punito con pena privativa di libertà superiore ad un anno. Ad avviso del ricorrente, la disciplina violava il principio del *ne bis in idem*, in quanto agli stessi fatti avrebbe corrisposto una sanzione amministrativa (l'espulsione) ed un'altra di carattere penale (la reclusione). Il Tribunale costituzionale ha disatteso la prospettazione, dichiarando che le due misure non rispondono allo stesso fondamento, poiché perseguono la protezione di beni giuridici differenti: la condanna penale rientra nell'ambito della politica criminale, mentre l'espulsione rientra nella politica sulla condizione dello straniero e sul controllo dei flussi migratori. La normativa impugnata, pertanto, non è stata dichiarata incostituzionale.

Il Tribunale costituzionale ha accolto, invece, alcuni ricorsi di *amparo* quando la misura di espulsione ex art. 57, comma 2, è stata adottata con un certo automatismo, senza prendere in considerazione le concrete situazioni degli interessati, e non è stata corretta dagli organi giudiziari. V., per tutte, le SSTC 131/2016, del 18 luglio; 201/2016, del 28 novembre, e 14/2017, del 30 gennaio (*«la expulsión del extranjero con residencia de larga duración supone «una clara limitación a derechos fundamentales del actor que, como consecuencia de acordarse su expulsión del territorio nacional, se ha visto privado de su autorización de residencia, lo que implica la alteración de su propia condición de ciudadano y de la posibilidad del ejercicio de los derechos y libertades inherentes a la misma, aparte de las consecuencias que la medida tiene en su vida familiar»* (STC 131/2016, de 18 de junio, FJ 6), *lo que hace que sea extensible a dicha medida ese deber constitucional de motivación al margen de su eventual naturaleza jurídica sancionadora*»; FJ 5).

Inoltre, nella STC 186/2013, del 4 novembre, il Tribunale ha dichiarato che, nonostante il diritto alla vita familiare di cui all'art. 8, comma 1, CEDU non coincida con il diritto fondamentale all'intimità familiare di cui all'art. 18, comma 1, Cost., i giudici ordinari, prima di applicare l'art. 57, comma 2, sono tenuti a verificare se, considerate le circostanze dei casi di specie, il sacrificio

Ai sensi dell'art. 57, comma 4, l'espulsione comporta la revoca di ogni titolo di soggiorno e di autorizzazione al lavoro, nonché l'immediata archiviazione di ogni procedimento in corso relativo alla richiesta di residenza o di lavoro in Spagna dell'interessato.

Inoltre, trattandosi delle infrazioni di cui all'art. 53, comma 1, paragrafi *a)* e *b)*, se lo straniero ha un'autorizzazione alla residenza valida in altro Stato membro, viene avvertito dell'obbligo di recarsi immediatamente lì. Qualora non lo rispetti, si darà inizio al procedimento di espulsione.

L'art. 57, comma 5, stabilisce che la sanzione dell'espulsione, di regola⁶², non potrà essere imposta agli stranieri che si trovino nei seguenti casi: i nati in Spagna che abbiano ivi risieduto legalmente negli ultimi 5 anni; coloro che hanno la residenza permanente (prima di decretare l'espulsione di un soggiornante di lungo periodo debbono valutarsi: il tempo di permanenza in Spagna ed i vincoli creati, l'età, le conseguenze per l'interessato e la sua famiglia, ed i vincoli con il paese verso il quale sarà espulso)⁶³; gli spagnoli d'origine che abbiano perso successivamente la cittadinanza spagnola; chi beneficia di una prestazione per incapacità lavorativa permanente conseguente ad un incidente di lavoro avvenuto

che l'espulsione comporta per la convivenza familiare è proporzionale alla finalità della norma, che è quella di assicurare l'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini.

La Corte di Strasburgo ha di recente condannato la Spagna per violazione dell'art. 8 CEDU proprio perché in due procedimenti di espulsione non erano state ponderate adeguatamente le anzidette circostanze. V. la sentenza del 18 dicembre 2018 (*Saber e Boughassal c. Spagna*), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189055>.

⁶² Si eccettuano dalla regola i casi di infrazione di cui all'art. 54, comma 1, lettera *a)*, o quando si commette di nuovo, entro il termine di un anno, un'infrazione della stessa natura sanzionabile con l'espulsione.

⁶³ Secondo la giurisprudenza prevalente dei Tribunali superiori di giustizia, il radicamento dello straniero doveva essere valutato unicamente nel contesto di decisioni di allontanamento adottate per sanzionare determinate violazioni amministrative e non in quello di decisioni adottate nei confronti di un soggiornante di lungo periodo condannato ad una pena privativa della libertà personale superiore a un anno. La Corte di giustizia dell'UE si è espressa in via pregiudiziale su questo particolare e ha dichiarato che: "l'art. 12 della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa di uno Stato membro che, come interpretata da una parte degli organi giurisdizionali di tale Stato, non prevede l'applicazione delle condizioni di tutela contro l'allontanamento di un cittadino di uno Stato terzo soggiornante di lungo periodo con riferimento a tutte le decisioni amministrative di allontanamento, indipendentemente dalla natura o dalle modalità giuridiche di tale misura" (sentenza del 7 dicembre 2017, causa C-636/16, *Wilber López Pastuzano c. Delegación del Gobierno en Navarra*, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0636&lang1=it&type=TEXT&ancre=>).

o ad una malattia professionale contratta in Spagna, nonché i beneficiari di una prestazione contributiva per disoccupazione o di una prestazione economica assistenziale di natura pubblica destinata al loro inserimento o reinserimento sociale o lavorativo.

Non si potrà imporre o, se del caso, dare esecuzione alla sanzione dell'espulsione nei confronti del coniuge dello straniero che si trovi in una delle situazioni anteriormente descritte e che abbia risieduto legalmente in Spagna durante più di 2 anni, né nei confronti degli ascendenti e dei figli minorenni o maggiorenni affetti da disabilità che non possano provvedere alle proprie necessità a carico dello straniero.

Inoltre, l'espulsione non può essere eseguita se viola il principio di *non-refoulement* o, trattandosi di donne in stato di gravidanza, quando la misura possa supporre un rischio per la gravidanza stessa o per la salute della madre (art. 57, comma 6).

Quando lo straniero sia imputato in un procedimento giudiziale per un reato o una contravvenzione per cui la legge preveda una pena privativa di libertà inferiore a 6 anni o una pena di diversa natura⁶⁴, il giudice, sentito il pubblico ministero, autorizzerà la sua espulsione, a meno che, in modo motivato, apprezzi l'esistenza di circostanze eccezionali che ne giustifichino il diniego (art. 57, comma 7).

Ulteriori particolarità si riferiscono a residenti di lunga durata o beneficiari di protezione internazionale in altri Stati membri (art. 57, commi 10 e 11).

Il provvedimento di espulsione è accompagnato da un divieto temporaneo di reingresso sul territorio spagnolo per una durata che, in base alle singole circostanze del caso, non può essere superiore a 5 anni⁶⁵ (art. 58, comma 1). In casi di grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la sicurezza nazionale o la salute pubblica, il limite massimo sarà di 10 anni (art. 58, comma 2).

⁶⁴ Questa disposizione non si può applicare se si tratta di reati di cui agli artt. 312, comma 1, 313, comma 1, e 318 *bis* del Codice penale (reati contro i diritti dei lavoratori). In questi casi, l'espulsione sarà eseguita una volta compiuta la pena privativa di libertà.

⁶⁵ L'espulsione comporta il divieto di ingresso nel paese e si esclude la possibilità di avere un visto di ingresso, per la durata della sanzione (art. 26 della legge organica n. 4/2000).

Se lo straniero viola il divieto di ingresso non sarà necessario un procedimento di espulsione; la fattispecie è causa di *devolución* e dalla esecuzione di questa riprenderà a decorrere il termine del precedente divieto di ingresso (art. 58, commi 3, paragrafo *a*, e 7).

Il divieto di reingresso non può essere imposto se lo straniero decide di abbandonare la Spagna durante l'*iter* del procedimento sanzionatorio per le infrazioni di cui all'art. 53, comma 1, paragrafi *a)* e *b)*, oppure può essere revocato se lo straniero abbandona il territorio nazionale entro il termine di adempimento volontario previsto nel decreto di espulsione (art. 58, comma 3).

3.1.2. L'espulsione nel Codice penale

L'art. 89 della legge organica n. 10/1995⁶⁶, del 23 novembre, recante il Codice penale, riguarda la sostituzione⁶⁷ della pena dello straniero che commette reato. La disposizione è stata sottoposta ad una profonda riforma nel 2015.

Le pene privative della libertà personale superiori ad un anno inflitte ad uno straniero saranno sostituite con l'espulsione dal territorio spagnolo. Eccezionalmente, quando ciò sia necessario per garantire la difesa dell'ordine giuridico e per ripristinare la fiducia nella validità della norma violata dal reato, il giudice potrà decidere l'esecuzione di una parte della pena (che non potrà superare i due terzi della sua durata) e la sostituzione del resto della pena con l'espulsione dal territorio spagnolo. In ogni caso, quando sia riconosciuta la semilibertà o acceda alla libertà condizionale, il resto della pena sarà sostituito dall'espulsione (art. 89, comma 1).

Quando si imponga una pena detentiva superiore a 5 anni, o diverse pene che superino questa durata, sarà l'autorità giudiziaria a decidere l'esecuzione totale o parziale della pena. In quest'ultimo caso, l'esecuzione del resto della pena si sostituirà con l'espulsione, quando l'interessato abbia espiato la parte della pena determinata, acceda alla semilibertà o alla libertà condizionale (art. 89, comma 2).

Non si fa luogo alla sostituzione quando, in considerazione delle circostanze di fatto e personali dell'autore (in particolare del radicamento nel territorio), l'espulsione difetti di proporzionalità (art. 89, comma 4)⁶⁸.

⁶⁶ Il testo consolidato è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

⁶⁷ Quanto alla natura giuridica dell'espulsione di cui all'art. 89, il Tribunale costituzionale sostiene, nell'ATC 106/1997, del 17 aprile, che, a stretto rigore, non si può affermare che sia una pena, in quanto non è menzionata nell'elenco stabilito dall'art. 33 del codice penale, né, dato il suo carattere puntuale o di esaurimento in un solo atto, può considerarsi adeguata al compimento delle finalità preventivo-speciali, che non sono in assoluto garantite dal semplice ritorno del condannato straniero nel suo paese. Respingono ugualmente la configurazione dell'espulsione come pena le SSTC 242/1994, del 20 luglio; e 203/1997, del 25 novembre.

⁶⁸ L'art. 89, comma 4, pone regole specifiche per i cittadini dell'UE.

Si impone un divieto di reingresso tra 5 e 10 anni dalla data dell'espulsione, una volta valutate la durata della pena sostituita e le circostanze personali del reo (art. 89, comma 5).

Se lo straniero rientra in Spagna prima, deve scontare le pene sostituite, a meno che il giudice non riduca la durata perché il compimento completo della pena non è più necessario per garantire la difesa dell'ordine giuridico e per ripristinare la fiducia nella validità della norma violata dal reato, in relazione al tempo trascorso dall'espulsione ed alle circostanze dell'inadempimento del divieto di ritorno. Se lo straniero è sorpreso alla frontiera, può essere espulso direttamente dall'autorità governativa e si comincia a computare di nuovo e integralmente il termine di divieto di reingresso (art. 89, comma 7).

L'espulsione così disposta comporta l'archiviazione di qualsiasi procedimento amministrativo che abbia ad oggetto la concessione di autorizzazioni a risiedere o a lavorare in Spagna (art. 89, comma 6).

La sostituzione della pena dell'espulsione non si applica agli stranieri condannati per i delitti di cui agli artt. 177 *bis* (tratta di essere umani), 312, 313 e 318 *bis* (reati contro i diritti dei lavoratori).

Se lo straniero non abbia ancora cominciato a scontare la pena detentiva, l'autorità giudiziaria potrà decidere il suo ingresso in un centro di internamento per stranieri. E, se decisa la sostituzione, l'espulsione non potesse essere eseguita, si procederà alla esecuzione della pena originariamente imposta o del periodo che resti, o si decreterà la sospensione dell'esecuzione.

L'art. 108⁶⁹ del Codice penale, novellato nel 2003, prevede che, quando lo straniero irregolare debba essere sottoposto ad una misura di sicurezza, questa può essere sostituita dall'espulsione dal territorio nazionale.

⁶⁹ L'art. 108 così recita:

“1. Se il soggetto è uno straniero non legalmente residente in Spagna, il giudice o il tribunale accorda nella sentenza, sentita l'accusa, l'espulsione dal territorio nazionale in sostituzione delle misure di sicurezza che gli siano applicabili, a meno che il giudice o il tribunale, sentito il pubblico ministero, eccezionalmente e motivatamente, ritenga che la natura del reato giustifichi l'esecuzione della misura di sicurezza in Spagna.

L'espulsione così accordata comporta l'archiviazione di qualsiasi procedimento amministrativo che abbia ad oggetto l'autorizzazione a risiedere o a lavorare in Spagna.

Nell'ipotesi che, accordata la sostituzione della misura di sicurezza con l'espulsione, questa non potesse essere portata a termine, si procederà all'esecuzione completa della misura di sicurezza originariamente imposta.

2. Lo straniero non potrà ritornare in Spagna per un periodo di 10 anni, computati dalla data della sua espulsione.

3.2. La cessazione e la revoca della protezione internazionale

L'art. 42, comma 1, della legge n. 12/2009 prevede che perde la condizione di rifugiato: l'interessato che ne faccia esplicita richiesta; chi abbia deciso volontariamente di affidarsi di nuovo alla protezione dello Stato di cui è cittadino; chi, avendo perso la cittadinanza del paese d'origine, la abbia volontariamente recuperata; chi abbia acquisito una nuova cittadinanza e goda della protezione di quello Stato; chi si stabilisca di nuovo, volontariamente, nello Stato dove aveva timore di essere perseguitato; chi lasci il territorio spagnolo e stabilisca la sua residenza in un altro Stato; chi non possa più continuare a rifiutare la protezione del paese di cui è cittadino perché siano venute meno le circostanze in base alle quali gli era stato riconosciuto lo *status* di rifugiato⁷⁰; se apolide, chi possa tornare nel paese in cui risiedeva precedentemente perché le circostanze in cui è stato riconosciuto come rifugiato sono venute meno.

La condizione di beneficiario della protezione sussidiaria cessa, invece: quando l'interessato ne faccia esplicita richiesta; quando abbia lasciato il territorio spagnolo e abbia fissato la sua residenza in un altro paese; quando le circostanze che hanno portato al riconoscimento del suo *status* non sussistano più o rendano non più necessaria la tutela dello Stato spagnolo (art. 43, comma 1, della legge n. 12/2009).

La cessazione dello *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria non impedisce che l'interessato resti in Spagna in conformità con la legislazione in materia di condizione di straniero e di immigrazione. A tal fine, sarà preso in considerazione il periodo di tempo in cui gli interessati hanno risieduto legalmente nel paese (artt. 42, comma 2, e 43, comma 2).

La disciplina della revoca della condizione di beneficiario della protezione internazionale è contenuta nell'art. 44 della legge n. 12/2009.

La revoca sia ha quando: *a*) concorre una delle cause di esclusione previste dagli artt. 8, 9 (v. *supra* par. 2.2.2.), 11 e 12 (v. *supra* par. 2.2.3.); *b*) il beneficiario ha alterato od omesso fatti, oppure ha utilizzato documenti falsi, che sono stati decisivi per la concessione del suo *status*; *c*) il beneficiario costituisce, per fondate

3. Lo straniero che cercasse di violare una decisione giudiziale di espulsione e di divieto di ingresso cui si riferiscono i commi precedenti sarà *devuelto* dall'autorità governativa, iniziandosi a computare di nuovo, integralmente, il termine di divieto di ingresso”.

⁷⁰ Lo Stato spagnolo si accerterà prima che il cambiamento sia rilevante e che non sia meramente temporaneo.

ragioni, un pericolo per la sicurezza della Spagna o, essendo stato condannato con sentenza definitiva per un reato grave, costituisce una minaccia per la comunità.

La revoca della protezione internazionale comporterà l'immediata applicazione della legislazione in materia di condizione di straniero e di immigrazione e, se del caso, l'inizio del corrispondente procedimento amministrativo di espulsione, conformemente all'art. 57 della legge organica n. 4/2000.

Cionondimeno, né la revoca né un'eventuale espulsione potranno comportare il trasferimento dell'interessato verso un paese dove sussista un pericolo per la sua vita o per la sua libertà, o dove possa essere esposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti o, se del caso, dove non sia protetto efficacemente dal ritorno al paese che lo ha perseguitato o che ha generato il rischio di persecuzione.