

Ius migrandi

Trent'anni di politiche e legislazione
sull'immigrazione in Italia

A cura di **Monia Giovannetti**
e **Nazzarena Zorzella**



Open Access

FRANCOANGELI



Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

FrancoAngeli Open Access è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più:

http://www.francoangeli.it/come_pubblicare/pubblicare_19.asp

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Ius migrandi

Trent'anni di politiche e legislazione
sull'immigrazione in Italia

A cura di **Monia Giovannetti**
e **Nazzarena Zorzella**

FRANCOANGELI

Il volume è stato pubblicato con il contributo di ASGI – Associazione per gli studi giuridici sull’immigrazione – e di Magistratura Democratica.

Progetto grafico di copertina di Elena Pellegrini

Copyright © 2020 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Pubblicato con licenza *Creative Commons Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate 4.0 Internazionale* (CC-BY-NC-ND 4.0)

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>

Copyright © 2020 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy. ISBN 9788835104551

Indice

Prefazione, di <i>Lorenzo Trucco e Riccardo De Vito</i>	pag.	9
Presentazione, di <i>Monia Giovannetti e Nazzarena Zorzella</i>	»	11
Introduzione. Le politiche contro i migranti tra disumanità e illegalità, di <i>Luigi Ferrajoli</i>	»	17

Parte I

Immigrazione, politiche e legislazione in Europa e in Italia

1989-2019: lo sviluppo dell'immigrazione straniera in Italia in una prospettiva storica, di <i>Michele Colucci</i>	»	33
Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio, di <i>Chiara Favilli</i>	»	55
L'impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale, di <i>Alessia Di Pascale</i>	»	81
30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura, di <i>Massimo Pastore e Nazzarena Zorzella</i>	»	104
Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, di <i>Lucia Gennari, Cristina Laura Cecchini e Giulia Crescini</i>	»	133
Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale, di <i>Angelo Caputo</i>	»	164
1989-2019: 30 anni di antirazzismo in Italia, di <i>Filippo Miraglia e Grazia Naletto</i>	»	181
Genere, migrazioni, diritto, di <i>Enrica Rigo</i>	»	210

Parte II

Il Diritto dell'immigrazione in Italia

Capitolo I. L'ingresso e il soggiorno

L'ingresso per lavoro: l'irrazionalità del sistema e le sue conseguenze al tempo delle fake news e della retorica nazionalista, di <i>William Chiaromonte</i>	pag. 229
L'ingresso per lavoro: la decretazione annuale dei flussi. Criteri ed evoluzione normativa, di <i>Marco Paggi</i>	» 251
Il diritto all'unità familiare nel contesto nazionale ed europeo, di <i>Anna Cattaruzzi e Elisa Chiaretto</i>	» 275
Il diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU e la sua applicazione nell'ordinamento italiano, di <i>Chiara Favilli e Marcella Ferri</i>	» 299
Minori stranieri non accompagnati: linee evolutive del quadro normativo e questioni aperte, di <i>Claudio Cottatellucci</i>	» 327
La condizione dei soggiornanti di lungo periodo, di <i>Francesco Di Pietro</i>	» 346

Capitolo II. Le politiche di integrazione e i diritti di cittadinanza

Le politiche di integrazione, di <i>Francesca Biondi Dal Monte</i>	» 367
Tra Piani, Accordi e discorsi morali e securitari: la via italiana alla civic integration, di <i>Vincenzo Carbone, Enrico Gargiulo e Maurizia Russo Spina</i>	» 390
Lavoro, welfare e immigrazione: reddito universale di residenza vs limitazioni all'accesso alla miseria del presente, di <i>Dario Belluccio</i>	» 410
Il diritto all'istruzione dei figli dell'immigrazione, di <i>Fiorella Farinelli</i>	» 430
Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione, di <i>Alessandra Algostino</i>	» 450
La cittadinanza ai tempi del sovranismo tra regressione della cultura giuridica e riforme legislative "progressiste", di <i>Antonello Ciervo</i>	» 469

Le nuove, arretrate, frontiere della tutela giurisdizionale dello straniero non UE, di <i>Luca Minniti</i>	pag. 487
Lo spazio urbano e la mendicizia, di <i>Giacomo Pailli</i>	» 505

Capitolo III. Il diritto antidiscriminatorio

L'infinito conflitto tra divieti di discriminazione e welfare "selettivo", di <i>Alberto Guariso</i>	» 527
La tutela giurisdizionale antidiscriminatoria nell'accesso ai diritti sociali degli stranieri, di <i>Martina Flamini</i>	» 546

Capitolo IV. La disciplina delle espulsioni e il diritto penale speciale dell'immigrazione

L'Europa a due libertà. L'impatto della Direttiva rimpatri sulla politica italiana di trattenimento ed espulsione degli stranieri, di <i>Maurizio Veglio</i>	» 567
Espulsioni amministrative, respingimenti e trattenimenti: analisi dell'evoluzione normativa alla luce della giurisprudenza costituzionale, di <i>Guido Savio</i>	» 586
La criminalizzazione dello straniero irregolare: uno sguardo d'insieme sul ventennio appena trascorso, di <i>Luca Masera</i>	» 611

Parte III Le frontiere del diritto

L'evoluzione della normativa relativa allo sfruttamento lavorativo dei migranti/caporalato e fattispecie correlate, di <i>Lorenzo Trucco</i>	» 639
Le frontiere del diritto: gli artt. 18 e 18 bis TU 286/98 in una prospettiva di genere e femminista, di <i>Ilaria Boiano e Cristina Laura Cecchini</i>	» 662
Il contrasto alla tratta di persone a partire dal Consiglio europeo di Tampere 1999: attualità e criticità, di <i>Marco Borraccetti</i>	» 686
Il sistema anti-tratta italiano compie venti anni. L'evoluzione delle misure legislative e di assistenza per le vittime e le interconnessioni con il sistema della protezione internazionale, di <i>Francesca Nicodemi</i>	» 703
Dimenticare i rom? Riflessioni su cultura giuridica e antiziganismo in venti anni che non hanno lasciato il segno, di <i>Alessandro Simoni</i>	» 729

Parte IV
Asilo e protezione internazionale

L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale, di <i>Paolo Bonetti</i>	pag. 751
La protezione umanitaria prima e dopo il decreto legge n. 113 del 2018, di <i>Maria Acierno</i>	» 805
L'accoglienza di richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione, di <i>Monia Giovannetti</i>	» 821
I minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo, di <i>Erminia S. Rizzi</i>	» 852

Parte V
Lo scenario futuro

Natura della rivista e suo ruolo nel dibattito pubblico e scientifico: “quello che è stato” e “quello che dovrà essere”. Passato e (possibile) futuro, di <i>Bruno Nascimbene</i>	» 869
I diritti, i giuristi, l'establishment, di <i>Livio Pepino</i>	» 880
Gli autori	» 893

Il diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU e la sua applicazione nell'ordinamento italiano

di Chiara Favilli e Marcella Ferri*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Diritto alla vita familiare e ricongiungimento familiare. – 3. I limiti all'espulsione derivanti dal diritto alla vita familiare. – 4. I limiti all'espulsione derivanti dal diritto alla vita privata. – 5. La particolare condizione degli stranieri non regolarmente soggiornanti. – 6. (segue) e degli stranieri in attesa di rilascio di un permesso di soggiorno. – 7. Art. 8 CEDU e integrazione sociale: verso l'applicazione diretta in Italia dopo l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari? – 8. Il diritto alla vita privata e familiare tra CEDU, Unione europea e Costituzione italiana.

1. Introduzione

Nonostante che nella Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) scarseggino disposizioni specificamente riferite agli stranieri, la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) è giunta a individuare alcuni limiti alla libertà degli Stati di ammettere e allontanare le persone nel e dal proprio territorio. Tali limiti sono stati enucleati attraverso la c.d. protezione *par ricochet*, grazie ad una particolare interpretazione degli articoli relativi al diritto alla vita (art. 2 CEDU), al diritto a non subire atti di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) e al diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), del quale ultimo ci si occuperà in questo contributo.

La Corte ha sempre affermato che il diritto alla vita privata e familiare non implica un obbligo generale degli Stati di rispettare la scelta operata dagli

* Chiara Favilli è professore associato di diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze; Marcella Ferri è assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso il medesimo Dipartimento. Devono attribuirsi a Chiara Favilli i paragrafi IV e VII, a Marcella Ferri i paragrafi II, III, V e VI; l'Introduzione e il paragrafo VIII sono il frutto del lavoro congiunto di entrambe le Autrici.

stranieri circa il Paese in cui risiedere¹, specificando che neppure nell'ipotesi in cui l'esistenza di una vita familiare, costituita nelle more di un soggiorno irregolare nello Stato, configuri ormai un "*fait accompli*", lo straniero che abbia violato le leggi in materia migratoria può vantare un'aspettativa legittima a vedersi riconosciuto il diritto di soggiornare in quello Stato. Tuttavia, pur nell'ambito dell'ampio margine di apprezzamento da riconoscersi al riguardo alle autorità nazionali, i poteri degli Stati in materia di immigrazione incontrano dei limiti significativi, derivanti, tra gli altri, proprio dal diritto alla vita privata e familiare. La nozione di vita familiare è interpretata dalla giurisprudenza secondo una concezione piuttosto restrittiva, tale da ricomprendere esclusivamente il coniuge, cui è equiparato il convivente *more uxorio*, e i figli minori. Il rapporto tra genitori e figli maggiorenni e, più in generale, i rapporti con parenti diversi dai figli minori, è invece ricondotto dalla Corte alla nozione di famiglia solo qualora sussistano «further elements of dependency, involving more than the normal, emotional ties»²; in via sussidiaria, tali rapporti possono invece rilevare ai fini dell'esistenza della vita privata³. Al di là di questa ipotesi limite, la Corte riconduce alla nozione di vita privata, più latamente intesa, la totalità dei legami sociali, culturali ed economici costituiti dal migrante con i membri della comunità in cui vive.

1. Come evidenziato dalla Corte nel caso *Jeunesse v. the Netherlands*, tale diritto implica che «is the duty of aliens such as the applicant to submit to immigration controls and procedures and leave the territory of the Contracting State when so ordered if they are lawfully denied entry or residence» e «in principle, Contracting States have the right to require aliens seeking residence on their territory to make the appropriate request from abroad»; *Jeunesse v. the Netherlands* [GC], App. No. 12738/10, 3 ottobre 2014, par. 100 e 101.

2. Commissione europea dei diritti umani, App. No. 10375/83, 10 dicembre 1984, par. 196; tra le sentenze della Corte, si vedano, *inter alia*, *Kwakié-Nti et Dufie v. the Netherlands* (déc.), App. No. 31519/96, 7 novembre 2000; *Ezzouhdi v. France*, App. No. 47160/99, 13 febbraio 2001, par. 34; *Benhebba v. France*, App. No. 53441/99, 10 luglio 2003, par. 36; *Slivenko v. Latvia* [GC], App. No. 48321/99, 9 ottobre 2003, par. 97; *F.N. v. the United Kingdom* (dec.), App. No. 3202/09, 17 settembre 2013, par. 36; *A.S. v. Switzerland*, App. No. 39350/13, 30 giugno 2015, par. 49.

3. Una maggiore considerazione dei legami tra parenti adulti è operata con riferimento a quei giovani, da poco divenuti maggiorenni, che vivano ancora con la famiglia di origine e non abbiano costituito un proprio nucleo familiare. In relazione a costoro, la Corte ha ammesso la possibilità di ricondurre i legami esistenti con i genitori, nonché con i parenti più prossimi, non solo alla vita privata, ma anche a quella familiare; cfr. al riguardo, *El Boujaïdi v. France*, App. No. 25613/94, 26 settembre 1997, par. 33; *Bouchelkia v. France*, App. No. 23078/93, 29 gennaio 1997, par. 41; *Ezzouhdi v. France*, *cit.*, par. 26; in tali casi la Corte ha fatto riferimento tanto alla vita privata, quanto a quella familiare. Particolarmente significativa la pronuncia relativa al caso *Maslov v. Austria*, in cui la Corte ha ricondotto tali ipotesi alla sola vita familiare, in ciò discostandosi da alcune pronunce precedenti, in cui la Corte aveva riconosciuto tali ipotesi rilevanti in relazione tanto alla vita familiare, quanto a quella privata; *Maslov v. Austria* [GC], App. No. 1638/03, 23 giugno 2008, par. 62.

In questo lavoro, la giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU sarà esaminata con specifico riferimento agli obblighi derivanti in capo agli Stati nei confronti degli stranieri, tanto in relazione al diritto alla vita familiare, quanto di quello alla vita privata. Dopo un imprescindibile richiamo ai profili di rilevanza del diritto alla vita familiare con riguardo al mancato rilascio di titoli di soggiorno per ricongiungimento familiare, l'analisi si concentrerà sui limiti che l'art. 8 CEDU pone ai provvedimenti di allontanamento dello straniero. L'esame avrà ad oggetto la diversa configurazione che tali limiti assumono con riguardo ai soggetti cui sia stato riconosciuto il diritto di risiedere legalmente nel territorio dello Stato ospite (c.d. *settled migrants*), e in relazione a coloro che vivono in modo illegale nel territorio dello Stato o la cui presenza sia ammessa nelle more della procedura per il rilascio di un permesso di soggiorno o per il riconoscimento della protezione internazionale. Stante la vastità della giurisprudenza in merito, particolare attenzione sarà prestata alle pronunce in cui la Corte ha attribuito rilevanza al profilo della *vita privata*, onde enucleare i limiti all'allontanamento dello straniero che *sia privo di legami familiari* nello Stato di accoglienza. Proprio tali limiti risultano interessati in Italia dall'abrogazione del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie da parte del d.l. 113/2018, il che impone di interrogarsi sulle perduranti modalità di applicazione di tale obbligo internazionale nell'ordinamento italiano.

2. Diritto alla vita familiare e ricongiungimento familiare

Il diritto alla vita familiare degli stranieri è stato preso in esame dalla Corte innanzitutto con riferimento alle decisioni di diniego di titoli di soggiorno per ricongiungimento familiare. Fin dalle prime pronunce al riguardo, la Corte, ribadendo il diritto degli Stati di controllare l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio, ha affermato che l'art. 8 CEDU non implica un obbligo degli Stati di rispettare la scelta operata da una coppia di coniugi circa il luogo in cui stabilire la propria comune residenza e, pertanto, non consente di enucleare un diritto al ricongiungimento familiare con il coniuge. D'altra parte, anche con riferimento agli altri familiari, e in particolare ai figli minori, la Corte mira ad accertare se le autorità nazionali, nell'ambito dell'ampio margine di apprezzamento loro riconosciuto, abbiano operato un corretto bilanciamento tra il diritto alla vita familiare dei soggetti coinvolti e l'interesse generale che lo Stato mira a tutelare. Ne consegue, pertanto, l'inesistenza, a diritto vigente, di un diritto dello straniero a scegliere dove costituire la propria vita familiare.

Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, il richiamato bilanciamento deve essere svolto tenendo conto di una pluralità di fattori, quali la tempestività della domanda di ricongiungimento, l'età del figlio e la circostanza che esso abbia bisogno delle cure del genitore, la solidità dei legami linguistici e

culturali del figlio nel Paese di origine e dunque la possibilità per quest'ultimo di continuare agevolmente a viverci e, più in generale, la presenza di «insurmountable obstacles» (o «major impediments») dello straniero a sviluppare la vita familiare nel Paese di origine. La valutazione che la Corte opera in riferimento a questi fattori e, in particolare a quest'ultimo, solleva alcune perplessità. Come rilevato in dottrina, la possibilità dello straniero di ricostituire la propria unità familiare nel Paese di origine pare assumere un'importanza eccessiva, che non consente di tenere adeguatamente conto delle difficoltà legate alla scelta di abbandonare il Paese di accoglienza per rientrare in quello di origine⁴. Tale approccio, anziché consentire la piena realizzazione del diritto alla vita familiare del migrante, rischia invece di porre di fatto lo straniero di fronte ad una scelta, talvolta giudicata «unreasonable» dalla stessa Corte⁵, tra la propria vita familiare e la posizione economica e sociale faticosamente raggiunta a seguito dell'esperienza migratoria. La medesima criticità è riscontrabile in quelle pronunce in cui i giudici di Strasburgo hanno posto un'enfasi particolare sulla circostanza che l'unità familiare, che si richiede di ricostituire nello Stato di accoglienza, sia stata definitivamente compromessa a seguito della decisione, definita *volontaria*, dello straniero di abbandonare il proprio Paese di origine e, conseguentemente, la propria famiglia.

Una maggiore attenzione della Corte rispetto agli interessi coinvolti nei casi di ricongiungimento familiare si può riscontrare a partire dalla celebre sentenza *Sen v. the Netherlands*⁶. Il caso riguardava il diniego del permesso di soggiorno a titolo di ricongiungimento, richiesto per la propria figlia da due cittadini turchi i quali, dopo averla lasciata nel Paese di origine ed essersi stabiliti nei Paesi Bassi, qui avevano avuto altri due figli. Proprio la presenza di due nuovi figli, nati nello Stato di accoglienza e completamente estranei al contesto del Paese di origine, ha condotto la Corte a rilevare una violazione dell'art. 8, giungendo peraltro ad una soluzione opposta a quella cui era pervenuta in un caso analogo qualche anno prima⁷. I giudici, pur enfatizzando i forti legami familiari e culturali che la primogenita aveva con la Turchia, hanno posto l'accento sugli ostacoli connessi ad un ritorno dell'intero nucleo familiare nel Paese di origine: tale ritorno, infatti, pur consentendo alla coppia di ricostituire la propria unità familiare, avrebbe d'altra parte determinato un totale sradicamento dei due figli più piccoli, perfettamente inseriti nell'ambiente sociale e culturale olandese e, al contrario, privi di qualsiasi legame con quello turco.

La sentenza *Sen* ha aperto una nuova stagione della giurisprudenza in materia di ricongiungimento familiare in cui, tuttavia, permangono ancora signi-

4. Al riguardo cfr. Spatti M., *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, p. 175.

5. *Ebrahim and Ebrahim v. the Netherlands* (dec.), App. No. 59186/00, 18 marzo 2003.

6. *Sen v. the Netherlands*, App. No. 31465/96, 21 dicembre 2011.

7. *Gul v. Switzerland*, App. No. 23218/94, 19 febbraio 1996.

ficative contraddizioni. Tali contraddittorietà, peraltro, sembrano caratterizzare più in generale l'intera materia del ricongiungimento familiare in cui, come rilevato in dottrina, i giudici di Strasburgo, pur dimostrando talvolta alcune considerevoli aperture, sembrano voler privilegiare le prerogative statuali di controllo dei flussi migratori, a discapito dei diritti dei soggetti, anche minori, coinvolti⁸.

Al riguardo occorre innanzitutto richiamare il ruolo assunto dal principio dei *best interests of the child* nella giurisprudenza successiva alla pronuncia *Sen*. Esso è stato, in particolare, valorizzato a partire dalla pronuncia *Tuquabo-Tekle et al. v. the Netherlands*⁹, relativa ad un caso in cui, a differenza di quello esaminato in *Sen*, la figlia rimasta nel Paese di origine aveva già 15 anni al momento della presentazione della richiesta di ricongiungimento. La Corte si è particolarmente interrogata su questo punto alla luce del fatto che, in casi passati, aveva escluso l'esistenza di una violazione dell'art. 8 in relazione al rifiuto di richieste di ricongiungimento relative a minori i quali, al momento dell'eventuale accoglimento della domanda, avrebbero raggiunto un'età e un'indipendenza tali da non rendere più necessarie le cure dei genitori e da consentire un ulteriore radicamento linguistico e culturale con il Paese di origine. Nella pronuncia *Tuquabo-Tekle* la Corte, pur non richiamando espressamente il principio dei *best interests of the child*, ha evidenziato che l'età della ragazzina rendeva ancor più opportuno («pertinent») il ricongiungimento con i genitori stante il fatto che, una volta raggiunta questa età, la nonna, cui era stata affidata, l'avrebbe allontanata da scuola e data in matrimonio, in conformità ai costumi locali. Nella giurisprudenza successiva è possibile tuttavia riscontrare alcune contraddittorietà riguardo alla rilevanza attribuita al principio dei *best interests of the child*: infatti, nonostante esso sia stato espressamente richiamato, ribadendo il consenso ad esso riconosciuto a livello internazionale, la Corte ha al tempo stesso affermato che esso non può essere concepito come «a “trump card” which requires the admission of all children who would be better off living in a Contracting State»¹⁰.

Paradigmatica al riguardo la decisione *Berisha v. Switzerland*¹¹ relativa ad una coppia di cittadini kossovari e residenti in Svizzera, insieme alla quarta

8. Del Guercio A., «Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nell'ordinamento dell'Unione europea», in Caligiuri A., Cataldi G., Napoletano N. (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Cedam, Padova, 2010, pp. 387-413, v. in particolare pp. 398 e 400; Docquir P.F., *Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers: vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour?*, «Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme», 60, 2004, pp. 921-950, in particolare pp. 925-926.

9. *Tuquabo-Tekle et al. v. the Netherlands*, App. No. 60665/00, 1° dicembre 2005.

10. *I.A.A. and Others v. the United Kingdom* (dec.), App. No. 25960/13, 8 marzo 2016, par. 46.

11. *Berisha v. Switzerland*, App. No. 948/12, 30 luglio 2013.

figlia, che dopo aver fatto entrare clandestinamente in territorio svizzero i tre figli, originariamente rimasti in Kosovo, si videro negare il permesso di soggiorno richiesto per ottenerne il ricongiungimento.

Enfatizzando i forti legami linguistici e sociali dei figli con il Paese di origine, l'età raggiunta da due dei tre figli, rispettivamente di 19 e 17 anni, e la possibilità per i genitori di supportare la figlia più piccola recandosi in Kosovo, la Corte ha ritenuto che le autorità svizzere avessero operato un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco. La decisione risulta tuttavia ampiamente criticabile laddove pone in una posizione del tutto secondaria tanto il rapporto di dipendenza esistente tra i due figli maggiori e i genitori – rapporto ulteriormente aggravato dai problemi di salute di una dei due figli –, quanto il principio dei *best interests of the child* della figlia più piccola. La bambina, infatti, giunta in Svizzera in tenerissima età, non aveva sviluppato alcun legame sociale, culturale e linguistico con il Paese di origine e, al suo rientro in esso, si sarebbe trovata priva di qualsiasi supporto da parte della famiglia, non essendo i fratelli più grandi ancora in grado di occuparsi di lei. Benché certamente la decisione della Corte sia espressione del principio, peraltro non esplicitamente richiamato dai giudici, secondo cui il soggiorno irregolare di un migrante non possa essere opposto allo Stato come “*fait accompli*”, non si può non condividere l'opinione dei giudici dissenzienti secondo cui una condotta illegale dei genitori non può compromettere l'unità familiare dei figli, a discapito dei loro *best interests*.

In secondo luogo, come già rilevato, la pronuncia *Sen* ha posto in evidenza che la scelta di abbandonare il Paese di origine non deve essere interpretata come una rinuncia definitiva alla propria unità familiare. Si tratta di un altro aspetto che, pur essendo stato ulteriormente sviluppato nella giurisprudenza successiva, ha condotto a esiti non sempre condivisibili. In talune pronunce, nel solco di quanto affermato in *Sen*, la Corte ha sensibilmente ridimensionato il carattere volontario precedentemente attribuito alla scelta, operata dal genitore migrante, di lasciare il figlio nel Paese di origine, giungendo finanche ad escludere totalmente l'esistenza di una libera scelta quando il ricongiungimento sia richiesto da un rifugiato¹². Non si può peraltro mancare di segnalare che, in altre pronunce, lo spunto offerto dalla sentenza *Sen* è stato invece richiamato dai giudici al fine di condurre una puntigliosa indagine sulle circostanze dell'esperienza migratoria e perfino sulle tempistiche della presentazione della domanda di ricongiungimento al fine di sindacare l'autenticità delle intenzioni dei genitori di revocare la

12. Particolarmente rilevante al riguardo la pronuncia *El Ghatet v. Switzerland* in cui, nonostante la richiesta di asilo presentata dal ricorrente fosse stata respinta dalle autorità, la Corte ha affermato la necessità di adottare una particolare cautela nel valutare l'esistenza di una libera volontà di lasciare il proprio Paese; *El Ghatet v. Switzerland*, App. No. 56971/10, 8 novembre 2016.

decisione di compromettere l'unità familiare, lasciando i figli nel Paese di origine¹³.

La giurisprudenza in materia di ricongiungimento, pur nella sua contraddittorietà, tende a dimostrarsi maggiormente «severa» e «restrittiva»¹⁴ rispetto a quella che riguarda l'espulsione di stranieri, già presenti nel territorio dello Stato, nei cui confronti siano adottati dei provvedimenti di allontanamento a seguito di condanne penali. Questa maggiore severità, oltre ad esprimersi negli esiti, si manifesta nella struttura del controllo di ragionevolezza: come evidenziato da alcuni Autori, infatti, il mancato rispetto della vita familiare derivante dal diniego di rilascio di un titolo di soggiorno per ricongiungimento familiare, non è valutato dalla Corte alla stregua dell'interferenza derivante alla vita familiare a seguito dell'espulsione dello straniero già presente nel territorio dello Stato. Come si vedrà nei paragrafi successivi, in questo secondo caso, l'interferenza è esaminata alla luce dei criteri di legittimità della limitazione del diritto alla vita privata e familiare, definiti dal paragrafo 2 dell'art. 8¹⁵.

Particolarmente esemplificative del *favor* di cui si è detto nei confronti degli stranieri che siano già regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato convenuto, sono le pronunce relative agli stranieri che, pur non essendo più residenti nel territorio dello Stato, lo siano stati in passato e chiedano un nuovo titolo di soggiorno al fine di ricongiungersi con i familiari rimasti nello Stato¹⁶. Un analogo atteggiamento di favore è dimostrato dalla Corte in

13. *I.A.A. and Others v. the United Kingdom* (dec.), *cit.*, par. 43: «Rather, the Court will look carefully at the facts of the case in order to determine whether the parents always intended for the child to join them». In tale occasione, la Corte è giunta a ritenere legittimo il rifiuto della richiesta di ricongiungimento poiché questa era stata presentata da una donna in relazione ai figli nati da una precedente relazione e rispetto al cui ricongiungimento il suo nuovo *partner* si era inizialmente opposto; «she [the mother] appears to have made a conscious decision to leave her children in Somalia in order to join her new husband in the United Kingdom, knowing that he would not agree to the children joining them»; si veda anche *Ramos Andrade v. the Netherlands* (dec.), App. No. 53675/00, 6 luglio 2004.

14. Entrambe le espressioni sono di Spatti M., *op. cit.*, rispettivamente pp. 174 e 177; al riguardo si veda anche Lambert H., *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2007, p. 67 ss.; *Id.*, *The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion*, «International Journal of Refugee Law», 3, 1999, pp. 427-450; Storey H., *The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg*, «The International and Comparative Law Quarterly», 2, 1990, pp. 328-344, v. in particolare p. 336 ss.

15. In tal senso Evola M., *La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani*, «Diritti umani e diritto internazionale», 2, 2010, pp. 279-308, in particolare p. 292.

16. Particolarmente esemplificativa al riguardo la pronuncia *Osman v. Denmark* relativa ad una giovane ragazzina somala che, dopo aver vissuto in Danimarca con i genitori e i fratelli ed essere stata successivamente inviata dal padre in un campo profughi in Kenya per occuparsi della nonna, si vide poi negare il rilascio di un nuovo permesso di soggiorno.

relazione a provvedimenti di espulsione adottati a seguito del venir meno del rapporto matrimoniale in virtù del quale lo straniero aveva titolo a soggiornare all'interno dello Stato. In tali casi¹⁷, l'ingerenza sulla vita familiare della persona soggetta ad espulsione e dei figli nati dalla precedente unione a seguito dell'allontanamento, è stata valutata dalla Corte alla luce dei parametri previsti dall'art. 8 (2), giungendo talvolta a considerare altresì le conseguenze del provvedimento di espulsione sulla procedura giudiziaria relativa alla definizione del diritto di visita del soggetto espulso che, a seguito del provvedimento, si vede impossibilitato a partecipare pienamente a tale procedura¹⁸.

3. I limiti all'espulsione derivanti dal diritto alla vita familiare

Un terreno classico di applicazione dell'art. 8 da parte della Corte EDU è quello degli stranieri regolarmente residenti nel territorio dello Stato di accoglienza e destinatari di provvedimenti di espulsione adottati a seguito di una condanna penale. È proprio in tali ipotesi che la disposizione dell'art. 8 entra in gioco, ponendo un obbligo di verifica delle conseguenze del provvedimento espulsivo non solo sui rapporti familiari, ma altresì con riguardo a quel complesso di rapporti sociali, culturali ed economici che concorrono a definire la vita creata dallo straniero nello Stato di accoglienza.

Per quanto riguarda il profilo specifico della vita familiare, come riconosciuto dalla Corte fin dalla sentenza *Moustaquim v. Belgium*¹⁹, qualora la

no per rientrare nel territorio danese e ricongiungersi con la famiglia. Pur rilevando che la fattispecie non avesse ad oggetto un'espulsione a seguito di condanna penale, la Corte ha richiamato la giurisprudenza elaborata in relazione a tali casi e, seguendo l'*iter* argomentativo tipico di tale casistica, ha proceduto a valutare se la misura fosse compatibile con i criteri previsti dall'art. 8(2) e ha posto particolare attenzione al fatto che, avendo la ricorrente vissuto in Danimarca fin da bambina, il rinnovo del permesso di soggiorno scaduto avrebbe potuto esserle legittimamente negato solo in presenza di «serious reasons». La Corte ha rilevato che le autorità statali avrebbero dovuto tenere conto del fatto che l'allontanamento della ricorrente dalla Danimarca le era stato imposto dal padre in evidente dispregio dei suoi interessi e del suo specifico diritto alla vita privata e familiare; risulta particolarmente rilevante – ed espressione del *favor* nei confronti dei migranti già stabilitisi in uno Stato – il fatto che la conclusione della Corte non sia stata in alcun modo influenzata dalla circostanza che, durante la sua permanenza in Kenya, la ragazza avesse avuto contatti molto limitati con la madre, non essendo questa mai andata a trovarla; i giudici hanno riconosciuto che tale aspetto non era necessariamente espressione del mancato interesse a mantenere la propria vita familiare e avrebbe potuto dipendere da altri fattori, quali le difficoltà economiche e pratiche legate al viaggio; *Osman v. Denmark*, App. No. 38058/09, 14 giugno 2011.

17. *Berrehab v. the Netherlands*, App. No. 10730/84, 21 giugno 1988; *Ciliz v. the Netherlands*, App. No. 29192/95, 11 luglio 2000.

18. *Ciliz v. the Netherlands*, cit.

19. *Moustaquim v. Belgium*, App. No. 12313/86, 18 febbraio 1991.

famiglia dello straniero oggetto del provvedimento di allontanamento viva nel territorio dello Stato, da esso deriva un'ingerenza nella sua vita familiare la cui legittimità deve essere valutata alla stregua dei criteri previsti dall'art. 8(2) CEDU. *Nulla quaestio* circa l'obiettivo legittimo, perseguito dal provvedimento di espulsione, di tutela dell'ordine pubblico. Per valutare la necessità dello stesso in una società democratica, la Corte deve invece procedere a considerare la proporzionalità della misura alla luce dei diversi interessi in gioco. Stante la complessità di tale valutazione e gli esiti talvolta incerti e contraddittori cui essa ha condotto²⁰, i giudici di Strasburgo hanno avvertito l'esigenza di definire con precisione i criteri di cui tenere conto al fine di valutare se il provvedimento di espulsione sia espressione di un adeguato temperamento tra l'interesse dello Stato a tutelare l'ordine pubblico e il diritto dell'espellendo e dei membri della sua famiglia a vedere tutelata la propria vita familiare. Tali criteri, noti come “*criteri Boultif*” prendono il nome dalla sentenza *Boultif v. Switzerland*²¹ in cui sono stati per la prima volta individuati dalla Corte.

In tale occasione, i giudici di Strasburgo hanno affermato la necessità di valutare la proporzionalità della misura considerando, in particolare: la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell'interessato nel Paese da cui deve essere espulso; il tempo trascorso da quando è stato commesso il reato e la condotta dell'espellendo durante tale periodo; la nazionalità delle persone su cui si producono le conseguenze, anche indirette, del provvedimento; la situazione familiare del ricorrente e l'esistenza e la durata di un eventuale rapporto matrimoniale; altri fattori volti ad attestare l'esistenza di una vita familiare nell'ambito dell'unione matrimoniale; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all'epoca della creazione del legame familiare; la presenza di figli e, nel caso, la loro età; l'entità delle difficoltà che il coniuge incontrerebbe nel Paese verso il quale il soggetto sarebbe espulso.

Questi criteri²² sono stati ulteriormente sviluppati nella sentenza della Grande Camera *Üner v. the Netherlands*²³. A differenza del caso *Boultif*, in cui l'espulsione avrebbe inciso sulla vita familiare, oltre che del ricorrente, della moglie di nazionalità svizzera, nella pronuncia *Üner* la Corte si è trovata a dover valutare le conseguenze che il provvedimento avrebbe avuto sui figli minorenni dell'espellendo i quali, nati e cresciuti nello Stato di accoglienza,

20. Al riguardo si veda Spatti M., *op. cit.*, pp. 144-145.

21. *Boultif v. Switzerland*, App. No. 54273/00, 2 agosto 2001, par. 46; la sentenza era relativa a un cittadino algerino che, dopo il trasferimento in Svizzera e il matrimonio con una cittadina svizzera, era stato oggetto di un provvedimento di allontanamento da parte delle autorità nazionali, a seguito di una condanna per furto aggravato.

22. In senso analogo si vedano *inter alia* anche *Cherif v. Italy*, App. No. 1860/07, 7 aprile 2009; *Hamidovic v. Italy*, App. No. 31956/05, 4 dicembre 2012; *Ejimson v. Germany*, App. No. 58681/12, 1° marzo 2018.

23. *Üner v. the Netherlands* [GC], App. No. 46410/99, 18 ottobre 2006.

erano privi di qualsiasi legame con il Paese di origine del padre. In considerazione di ciò, la Grande Camera, esplicitando alcuni criteri che, come da essa stessa affermato, erano in già impliciti in quelli *Boultif*, ha fatto specifico riferimento alla necessità di tenere in considerazione:

- the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled; and
- the solidity of *social, cultural and family ties* with the host country and with the country of destination²⁴.

Il richiamo operato ai legami sociali e culturali è particolarmente rilevante per un duplice ordine di motivazioni. In primo luogo, la circostanza che la Corte vi abbia fatto riferimento nonostante nello specifico caso di specie il provvedimento di espulsione rilevasse esclusivamente sulla vita familiare, conferma che anche l'elemento della vita privata può acquisire rilevanza in relazione all'espulsione dello straniero²⁵. In secondo luogo, richiamando la circostanza che il protrarsi della durata del soggiorno in un determinato Paese consente di consolidare in modo sempre più significativo il legame con esso, a discapito di quello con il Paese di origine, la Corte ha posto l'accento sulla «special situation»²⁶ degli stranieri che hanno trascorso la maggior parte o addirittura la totalità della loro infanzia nel Paese ospite.

Qualche ulteriore specificazione merita altresì il duplice rilievo assunto dal principio dei *best interests of the child* in relazione ai provvedimenti di espulsione. Tale principio ha trovato applicazione non solo a fini della valutazione delle conseguenze dell'espulsione in capo ai figli minori dell'espellendo (situazione alla *Üner*), ma altresì con riferimento alle ipotesi in cui l'espulsione riguardi direttamente un minore o – ben più significativamente – un soggetto ormai maggiorenne che, tuttavia, è oggetto di un provvedimento di espulsione in ragione di reati commessi quando non aveva ancora raggiunto la maggiore età. Questa specifica situazione è stata presa in esame nella pronuncia *Maslov v. Austria*. La peculiarità del caso ha offerto alla Corte, nella composizione della Grande Camera, l'occasione per operare alcune specificazioni rispetto ai criteri precedentemente enucleati nelle sentenze *Boultif* e *Üner*, evidenziando il ruolo che l'età del soggetto può svolgere ai fini della loro applicazione. L'aspetto maggiormente rilevante della sentenza risiede proprio nell'importanza riconosciuta dalla Corte al principio dei *best interests of the child* ai fini della valutazione del criterio della natura e della gravità del reato commesso. Richiamando la Convenzione delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo, la Corte ha evidenziato che l'obbligo di tenere conto di tale principio con ri-

24. *Üner v. the Netherlands* [GC], cit., par. 58.

25. *Infra*, par. IV.

26. *Üner v. the Netherlands* [GC], cit., par. 58.

ferimento al giovane che delinque impone di promuoverne la reintegrazione sociale, la quale verrebbe ad essere significativamente pregiudicata a causa di un provvedimento di espulsione tale da comprometterne le relazioni sociali e familiari del giovane. Benché, anche con specifico riferimento all'ipotesi in cui il reato sia stato commesso da un minorenni, giunto in giovanissima età nel Paese di accoglienza, la natura e la gravità dei reati commessi costituisca solo uno dei criteri di cui la Corte deve tenere conto, il principio dei *best interests of the child* rileva significativamente sulla sua applicazione²⁷. L'incidenza del principio in questione è tale da aver condotto la Corte ad affermare, a partire dalla pronuncia *Maslov*, che l'espulsione di uno straniero c.d. di seconda generazione possa considerarsi legittima solo in presenza di «very serious reasons»²⁸, specialmente quando il reato all'origine della misura di espulsione sia stato commesso in giovane età²⁹. L'individuazione di ragioni tali da giustificare l'allontanamento in queste specifiche situazioni deve ritenersi ancor più difficile – e pressoché impossibile –, qualora il reato commesso sia di lieve gravità.

4. I limiti all'espulsione derivanti dal diritto alla vita privata

Come già accennato, anche il diritto alla vita privata, analogamente al diritto alla vita familiare, può costituire un limite al potere dello Stato di allontanare uno straniero stabilmente residente. Il principio è stato chiaramente affermato nella già richiamata sentenza *Üner*, nella quale la Grande Camera della Corte ha chiarito che l'art. 8 CEDU si applica a tutti gli stranieri presenti nel territorio, valorizzandone oltre alla vita familiare anche quella privata, la quale ricomprende «the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living»³⁰.

Nello stesso senso la Corte si era peraltro già espressa in precedenti pronunce. Significativi spunti al riguardo sono rinvenibili nella sentenza adottata dalla Grande Camera della Corte sul caso *Slivenko v. Latvia*³¹, relativo all'espulsione della famiglia di un militare dell'esercito sovietico, in seguito al ritiro delle forze armate sovietiche dalla Lettonia. In primo luogo, la Corte ha evidenziato che, avendo il provvedimento di espulsione come destinatari l'intero nucleo familiare, l'art. 8 avrebbe rilevato con riguardo al solo profilo del diritto alla vita privata. In secondo luogo, nel giungere a riconoscere una

27. *Zakharchuk v. Russia*, App. No. 2967/12, 17 dicembre 2019, par. 49.

28. *Maslov v. Austria*, cit., par. 75.

29. Al riguardo si veda anche *Levakovic v. Denmark*, App. No. 7841/14, 23 ottobre 2018, par. 44.

30. *Üner v. the Netherlands* [GC], cit., par. 59.

31. *Slivenko v. Latvia* [GC], cit.

violazione di tale diritto, la Grande Camera ha, tra gli altri, considerato il fatto che la moglie e la figlia del militare avevano trascorso la quasi totalità della loro vita in Lettonia e qui avevano creato una pluralità di legami personali, sociali ed economici, destinati ad essere irrimediabilmente compromessi dall'espulsione.

Con specifico riferimento alla violazione del diritto alla vita privata derivante da un provvedimento di allontanamento a seguito di condanna penale, la Corte aveva avuto occasione di pronunciarsi nella sentenza *Benhebbba v. France*³², relativa all'allontanamento disposto nei confronti di un cittadino algerino, giunto in Francia all'età di due anni che, al momento dell'espulsione, non aveva ancora creato un suo nucleo familiare nello Stato di accoglienza. Benché con specifico riferimento al caso di specie, la Corte sia giunta a negare l'esistenza di una violazione dell'art. 8, il caso ha offerto l'occasione per specificare la rilevanza dei criteri enucleati nel caso *Boultif* in relazione alla peculiare ipotesi di stranieri di seconda generazione. Ad avviso dei giudici, in relazione agli immigrati di seconda generazione, che abbiano costituito nello Stato di accoglienza una propria famiglia, devono trovare applicazione i criteri *Boultif*, già analiticamente richiamati³³. In relazione invece a coloro che non abbiano ancora una propria vita familiare nello Stato, devono applicarsi solo i primi tre di questi criteri, cui dovrà aggiungersi un ulteriore fattore relativo ai «liens particuliers que ces immigrés ont tissés avec leur pays d'accueil où ils ont passé l'essentiel de leur existence»³⁴. Tale aspetto deve essere oggetto di valutazione in considerazione del fatto che è nel Paese di accoglienza che gli stranieri di seconda generazione hanno sviluppato la maggior parte dei loro legami sociali e costruito la propria identità, a discapito del Paese di origine con cui spesso non hanno più alcun rapporto.

La rilevanza riconosciuta alle relazioni sociali dello straniero emerge altresì, *a contrario*, nei casi in cui la Corte ha valutato negativamente la circostanza che l'espellendo non abbia relazioni sociali consolidate al di fuori del proprio nucleo familiare³⁵. Questo elemento si ricollega, peraltro, all'accresciuta

32. *Benhebbba v. France*, cit.

33. Cit., par. III.

34. *Benhebbba v. France*, cit., par. 33. Al riguardo si veda anche la sentenza *Maslov v. Austria* [GC], cit. Si tratta di un principio ormai estremamente consolidato nella giurisprudenza della Corte; al riguardo, cfr. *inter alia*, *Emre v. Switzerland*, App. No. 42034/04, 22 maggio 2008; *Samsonnikov v. Estonia*, App. No. 52178/10, 3 luglio 2012; *Baj Sultanov v. Austria*, App. No. 54131/10, 12 giugno 2012; *Shala v. Switzerland*, App. No. 52873/09, 15 novembre 2012; *Kissiwa Koffi v. Switzerland*, App. No. 38005/07, 15 novembre 2012. *Hassanbasic c. Suisse*, App. No. 52166/09, 11 giugno 2013.

35. *Mutlag v. Germany*, App. No. 40601/05, 25 marzo 2010, par. 58: «La Cour note cependant qu'il ne ressort ni des observations ni des documents présentés à l'appui de la requête que le requérant a établi des relations sociales outre que celles avec sa famille et sa thérapeute».

rilevanza che il comportamento recidivo del soggetto sta assumendo nella valutazione operata dalla Corte ai fini di accertare la natura proporzionata della misura di espulsione a seguito di condanne penali³⁶.

La recidiva, infatti, è talvolta interpretata come espressione dell'incapacità del soggetto di integrarsi costruttivamente nella società ospite, creando relazioni sociali solide e fruttuose³⁷.

Anche nell'applicazione di questo segmento del diritto di cui all'art. 8 CEDU, la Corte primariamente accerta l'esistenza della vita privata, desumibile da svariate circostanze (*Berrehab v. Netherlands*, 21 giugno 1988, ric. n. 10730/84; *Abdulaziz, Cabalez e Balkandali v. UK*, 11 maggio 1982, ric. n. 9214/80). A seguire, opera quel tipico bilanciamento degli interessi in gioco, onde verificare se vi sia stata un'ingerenza e se questa sia ammissibile e, dunque legittima, ai sensi dell'art. 8(2). Nell'effettuare tale bilanciamento, notevole peso è attribuito alla possibilità di trasferirsi nel Paese d'origine, avendo riguardo anche ai legami sussistenti con lo Stato di residenza comparati con quello verso il quale lo straniero dovrebbe essere rimpatriato. Come si è già precisato, l'art. 8 CEDU non può comportare un obbligo di rispettare qualsiasi scelta delle persone circa il Paese della loro residenza e devono, quindi, essere accertati gli ostacoli che sussistono per ristabilire la vita privata nel Paese di origine. Se nella gran parte dei casi sottoposti alla Corte, l'allontanamento è stato riconosciuto in contrasto con l'art. 8 CEDU quando erano coinvolti migranti di c.d. seconda generazione, privi di legami significativi con il Paese d'origine, talvolta il medesimo orientamento è stato applicato a migranti da poco giunti nel Paese membro³⁸.

Il principio che si ricava dalla giurisprudenza della Corte EDU è in sintesi quello della valorizzazione dei legami personali presenti nel Paese membro

36. Riguardo alla rilevanza della recidiva nella valutazione operata dalla Corte, cfr. Petel M., *Une nouvelle pierre à l'édifice casuistique de la CEDH sur l'expulsion de ressortissants étrangers suite à leur condamnation pénale: la récidive comme facteur doublement déterminant?*, «Cahiers de l'EDEM», février 2019, consultabile online: https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/cour-eur-d-h-arret-narjis-c-italie-14-fevrier-2019.html#_ftnref7. Al riguardo si vedano, tra le altre *Narjis v. Italy*, App. No. 57433/15, 14 febbraio 2019; *Levakovic v. Denmark*, cit.; particolarmente significativa anche la sentenza *I.M. v. Switzerland*, in cui il ricorrente, oggetto di un provvedimento di espulsione, lamentava una violazione dell'art. 8 in considerazione delle conseguenze che l'espulsione avrebbe avuto nei suoi confronti alla luce del grave deterioramento che, nel corso degli anni, aveva interessato le sue condizioni di salute; in tale occasione la Corte, oltre a richiamare i criteri definiti nella sentenza *Üner*, ha rilevato che il giudice nazionale non aveva attribuito alcuna rilevanza all'aggravamento delle condizioni di salute che sarebbe andato a limitare considerevolmente il rischio di recidiva del ricorrente; *I.M. v. Switzerland*, App. No. 23887/16, 9 aprile 2019.

37. Particolarmente significativa al riguardo, la sentenza *Narjis v. Italy*, cit., par. 48: «au vu de son parcours délictuel, de l'usage courant de stupéfiants et de son apparente incapacité à s'intégrer dans le monde du travail, les autorités italiennes ont pu légitimement douter de la solidité de ses liens sociaux et culturels dans le pays hôte»; in senso analogo, si veda anche *Levakovic v. Denmark*, cit., par. 44.

38. Corte EDU, *Radovanovic v. Austria*, App. no. 42703/98, 22 luglio 2004.

comparati con quelli esistenti nel Paese d'origine. A seconda delle specifiche circostanze del caso di specie, la questione sarà considerata sotto il profilo della vita familiare o della vita privata, ma anche di entrambe qualora una persona abbia tessuto legami sia familiari sia sociali nel Paese ospitante.

5. La particolare condizione degli stranieri non regolarmente soggiornanti

La Corte EDU presta particolare attenzione alla circostanza che il destinatario della misura sia stabilmente residente (“*settled migrants*”) e o sia, invece, un soggetto illegalmente soggiornante nel territorio dello Stato che abbia costituito una propria vita familiare nelle more del soggiorno irregolare. In tali ipotesi, il giudizio di bilanciamento tra la necessità di assicurare un controllo dell’immigrazione e quella di garantire l’unità familiare, è operato sulla base di una serie di criteri. Si tratta in particolare di valutare a) la misura in cui l’allontanamento andrebbe a compromettere la vita familiare e, quindi, in particolare l’entità dei legami familiari esistenti nello Stato di accoglienza e la presenza di ostacoli insormontabili alla creazione di una vita familiare altrove; b) l’esistenza di considerazioni a favore dell’allontanamento, quali ragioni di ordine pubblico o le pregresse e ripetute violazioni delle norme in materia di immigrazione da parte dell’interessato; e infine, c) la circostanza che la relazione familiare sia stata costituita in un momento in cui le persone coinvolte erano consapevoli della precarietà di tale relazione, connessa all’altrettanto precaria presenza all’interno dello Stato di una delle persone coinvolte. Ad avviso dei giudici di Strasburgo, infatti, in quest’ultima ipotesi, l’allontanamento può configurare una violazione del diritto alla vita familiare solo in presenza di circostanze eccezionali. Questo elemento si ricollega al già richiamato principio secondo cui lo straniero che ponga la sua presenza nel territorio dello Stato come un “*fait accompli*” non può vantare alcuna legittima aspettativa a vedersi riconosciuto il diritto di risiedere nello Stato. Si tratta, infatti, di fattispecie che, come rilevato in dottrina, destano una certa «diffidenza» nella Corte che tende a ritenere il richiamo alla protezione dell’unità familiare come strumentale e meramente finalizzato a rimediare una situazione di irregolarità³⁹.

In relazione a tali casi, il *leading case* è la sentenza *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*⁴⁰, relativa al rifiuto di rilasciare un per-

39. Pitea C., Tomasi L., “Art. 8 - ‘Diritto al rispetto della vita privata e familiare’”, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla CEDU - Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, pp. 297-369, in particolare p. 346.

40. *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, App. No. 50435/99, 31 gennaio 2006.

messo di soggiorno ad una cittadina brasiliana – la prima ricorrente – la quale, dopo essere entrata nei Paesi Bassi con un visto turistico, aveva illegalmente prolungato il proprio soggiorno e, nel corso della sua permanenza irregolare nel territorio olandese, aveva avuto una figlia – la seconda ricorrente – con un cittadino olandese. La Corte, pur non mancando di constatare l'atteggiamento particolarmente “riprovevole” della prima ricorrente, che non aveva cercato di sanare la propria situazione di irregolarità neppure quando, in virtù della stabile relazione con il padre della figlia, ne avrebbe avuto titolo, ha riconosciuto particolare importanza alle gravi conseguenze che l'espulsione avrebbe determinato sulle responsabilità della donna nei confronti della figlia e sulla vita familiare di quest'ultima. Ad avviso dei giudici, l'interesse prevalente («*best interests*») della bambina era rimanere nei Paesi Bassi e non vedere compromessa la propria relazione con la madre con cui, dopo la separazione dei genitori, continuava a mantenere un rapporto particolarmente intenso, nonostante fosse stata legalmente affidata al padre. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che i diritti delle ricorrenti al rispetto della vita familiare dovessero considerarsi prevalenti rispetto al benessere economico dello Stato.

Nelle successive pronunce, la Corte ha ulteriormente approfondito i criteri qui elaborati, attribuendo particolare rilevanza al carattere temporaneo del provvedimento di espulsione: quando esso non è accompagnato da un divieto di reingresso, l'allontanamento dal territorio dello Stato e, dunque, dai familiari ivi residenti, non è definitivo e, pertanto, non esclude a priori la possibilità per il soggetto di presentare domanda per ottenere un titolo di soggiorno nello Stato, tale da consentirgli di farvi nuovamente ingresso legalmente e ricostituirci la propria vita familiare⁴¹.

Un altro elemento oggetto di approfondimenti da parte della Corte è quello relativo al principio dei *best interests of the child*. Il riferimento ad esso, già presente, se pur quasi incidentalmente in *Rodrigues da Silva*, è stato particolarmente sviluppato nella pronuncia *Nunez v. Norway*⁴², relativa al caso di una cittadina dominicana che, in spregio del provvedimento di espulsione e del divieto di rientrare nel territorio norvegese adottati nei suoi confronti, vi aveva fatto nuovamente ingresso sotto falsa identità, aveva ottenuto un permesso di soggiorno dichiarando di non aver mai soggiornato in Norvegia e, successivamente, era stata oggetto di un nuovo provvedimento di espulsione accompagnato dal divieto di rientrare nel Paese per due anni. In tale occa-

41. *Darren Omoregie and Others v. Norway*, App. No. 265/07, 31 luglio 2008, par. 67; *Antwi and Others v. Norway*, App. No. 26940/10, 14 febbraio 2012, par. 104; particolarmente interessante il caso *Rahmani and Dineva* relativo ad una misura di accompagnamento alla frontiera, in relazione alla quale la Corte ha evidenziato che la misura non ha comportato di per sé un'interdizione dal territorio dello Stato (*Rahmani and Dineva v. Bulgaria*, App. No. 20116/08, 10 maggio 2012).

42. *Nunez v. Norway*, App. No. 55597/09, 28 giugno 2011.

sione, la Corte ha riservato una particolare attenzione al principio dei *best interests of the child* e alle conseguenze che il provvedimento di espulsione avrebbe avuto nei confronti delle figlie nate da una relazione sentimentale avuta dalla donna nelle more del suo soggiorno illegale. I giudici hanno attribuito particolare rilevanza al forte stress subito dalle figlie della ricorrente a causa della discontinuità del loro affidamento dopo la fine della relazione tra i genitori, essendo esse state affidate prima alla madre e poi, in seguito al provvedimento di espulsione adottato nei suoi confronti, al padre. Tale stress sarebbe stato ulteriormente aggravato dal timore di essere private della relazione con la madre a causa della sua espulsione e dal fatto che esse sarebbero state in balia di tale timore per tutto il tempo, particolarmente lungo, richiesto affinché le autorità nazionali adottassero una decisione in merito all'allontanamento della donna. Non si può peraltro omettere di rilevare che in alcune successive sentenze la Corte è giunta a soluzioni non pienamente coerenti con una piena applicazione del principio dei *best interests of the child* e che, proprio in ragione di ciò, esse sono state oggetto di critica anche da parte dei giudici dissenzienti⁴³.

È estremamente significativo evidenziare che, anche nel caso di stranieri irregolarmente soggiornanti, la Corte abbia riconosciuto rilevanza non solo alla vita familiare, ma altresì, se pur in misura minore, alla vita privata. La questione è stata in particolare analizzata dalla Corte nella pronuncia *Butt v. Norway*⁴⁴, relativa all'espulsione di due fratelli di origini pakistane che, in tenera età, erano giunti in Norvegia con la madre. A seguito della revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari, inizialmente loro rilasciato, i due ragazzi erano stati arrestati per essere espulsi: stante l'impossibilità di trovare la madre, nel frattempo scomparsa, le autorità decisero tuttavia di non dare esecuzione al provvedimento di espulsione. I giovani continuarono quindi a vivere irregolarmente in Norvegia presso una coppia di zii e riuscirono ad integrarsi nel contesto sociale e culturale locali finché, a seguito della condanna penale di uno dei due, le autorità norvegesi non adottarono un nuovo provvedimento di espulsione.

Il caso presenta certamente delle significative peculiarità rispetto ai precedenti, poiché i ricorrenti, fino al momento del loro arresto, non erano consapevoli dell'irregolarità del loro soggiorno; conseguentemente, i legami che avevano nel frattempo iniziato a costituire nello Stato ospite non potevano dirsi creati in un momento in cui essi erano a conoscenza della natura precaria della loro permanenza e, neppure, si poteva loro rimproverare di aver posto lo Stato di fronte a tali legami come a un "*fait accompli*".

43. Si vedano, in particolare, *Darren Omoregie and Others v. Norway*, cit., e *Antwi and Others v. Norway*, cit.

44. *Butt v. Norway*, App. No. 47017/09, 14 dicembre 2012.

Nonostante tali distinguo, la pronuncia appare estremamente significativa poiché la Corte è giunta ad affermare la contrarietà rispetto all'art. 8 del provvedimento di espulsione in considerazione dell'importanza dei legami culturali e sociali costituiti dai due giovani in Norvegia, a fronte dei deboli legami rimasti con il Pakistan e delle difficoltà "sociali e professionali" cui essi sarebbero andati incontro in caso di rientro nel Paese di origine.

Pur tenendo conto della peculiarità del caso specifico e degli elementi di diversità rispetto a quelli precedentemente richiamati, la significatività della pronuncia risiede in due aspetti. In primo luogo, benché la Corte non lo abbia affermato esplicitamente, il secondo provvedimento di espulsione sarebbe andato ad incidere esclusivamente sulla *vita privata* dei ricorrenti, non rilevando in alcun modo invece rispetto alla loro vita familiare.

All'epoca, infatti, essi non avevano costituito un nuovo nucleo familiare e, d'altra parte, avevano ormai raggiunto la maggiore età e, pertanto, i legami con gli zii non potevano più ritenersi rilevanti ai fini della nozione di vita familiare adottata dalla Corte. In secondo luogo, benché certamente la mancata esecuzione del primo provvedimento di espulsione fosse dipesa da una decisione delle autorità nazionali, non si può tuttavia mancare di rilevare che, dopo il loro arresto, essi continuarono a consolidare la propria vita privata all'interno dello Stato, pur vivendo in esso in modo irregolare ed essendo, ormai, consapevoli di tale irregolarità.

6. (segue) e degli stranieri in attesa di rilascio di un permesso di soggiorno

Un'attenzione, se pur estremamente limitata, alla vita privata degli stranieri è riscontrabile altresì nelle pronunce – pur ancora molto circoscritte nella casistica della Corte – relative a coloro la cui presenza nel territorio dello Stato sia *ammessa* nelle more del procedimento per il rilascio di un permesso di soggiorno o per il riconoscimento della protezione internazionale. Rileva innanzitutto al riguardo la sentenza *Jeunesse v. the Netherlands*⁴⁵, relativa all'espulsione di una donna di nazionalità surinamese che, alla scadenza del visto turistico con cui era entrata nei Paesi Bassi, vi era rimasta in modo irregolare e aveva poi sposato un uomo di nazionalità olandese con cui aveva avuto tre figli. A differenza dei casi esaminati nel paragrafo precedente, la donna aveva presentato a più riprese richiesta di permesso di soggiorno; tuttavia, tali richieste erano state sempre respinte poiché la donna era sprovvista di un visto di soggiorno temporaneo rilasciato da una rappresentanza dei Paesi Bassi in Suriname. Così la Corte ha ritenuto che la situazione della ricorrente non fosse

45. *Jeunesse v. the Netherlands*, cit.

equiparabile a quella di un migrante stabilmente residente e ha dato applicazione ai criteri elaborati, a partire dal caso *Rodrigues da Silva*⁴⁶, in relazione all'espulsione degli stranieri irregolarmente presenti nel territorio dello Stato. Con specifico riferimento al caso di specie, la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 8 tenendo conto di molteplici elementi, quali la cittadinanza olandese tanto del marito quanto dei figli della ricorrente, nonché il fatto che lei stessa aveva la cittadinanza olandese al momento della nascita, avendola successivamente persa a seguito dell'indipendenza del Suriname; il lungo periodo di tempo in cui la ricorrente era rimasta nel territorio dello Stato e l'assenza di condanne penali a suo carico; la difficoltà per la famiglia di ristabilirsi in Suriname e, infine, le conseguenze che l'espulsione della donna avrebbe avuto per i tre figli, alla luce del principio dei *best interests of the child*.

A prescindere dal bilanciamento operato dalla Corte, è particolarmente significativo che essa, pur ribadendo il principio secondo cui l'art. 8 non determina in capo agli Stati l'obbligo di autorizzare gli stranieri a stabilirsi nel proprio territorio e sottolineando l'irrilevanza, ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno, della vita familiare costituita durante un periodo di soggiorno irregolare e fatta valere davanti allo Stato come "*fait accompli*", abbia affermato che

Where a Contracting State tolerates the presence of an alien in its territory thereby allowing him or her to await a decision on an application for a residence permit, an appeal against such a decision or a fresh application for a residence permit, such a Contracting State enables the alien to *take part in the host country's society, to form relationships and to create a family there*⁴⁷.

Benché la Corte abbia ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU esclusivamente sotto il profilo della vita familiare, è molto significativo il richiamo operato alla *partecipazione* dello straniero alla società dello Stato di accoglienza; si tratta infatti di un riferimento alle *relazioni*, diverse da quelle familiari, che lo straniero può costituire nelle more del procedimento per il rilascio di un titolo di soggiorno e in relazione alle quali, in futuro, la Corte potrebbe ricavare un limite all'esecuzione dei provvedimenti di allontanamento. Determinante ai fini di tale riconoscimento è la circostanza che la presenza dello straniero sia stata *tollerata* dallo Stato e non risulti, pertanto, perfettamente equiparabile a quella della persona irregolarmente presente nel territorio dello Stato e che non cerchi di ottenere la regolarizzazione della sua posizione.

Un riconoscimento dell'importanza di tali legami è, invece, del tutto mancato nella pronuncia *A.S. v. Switzerland*⁴⁸, relativa ad un richiedente asilo

46. *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, cit.

47. *Jeunesse v. the Netherlands*, cit., par. 103.

48. *A.S. v. Switzerland*, cit.

siriano nei cui confronti le autorità svizzere avevano disposto un trasferimento Dublino verso l'Italia, il quale lamentava, tra le altre, una violazione dell'art. 8, poiché l'esecuzione del provvedimento gli avrebbe impedito di continuare a vivere con le sorelle, regolarmente residenti in Svizzera. La Corte, pur richiamando ampiamente il caso *Jeunesse*, non ha rilevato una violazione dell'articolo 8; essa, da un lato, ha negato la possibilità di ravvisare elementi di dipendenza tra il ricorrente e le sorelle tali da configurare l'esistenza di una vita familiare e, dall'altro, ha sottolineato che nel breve periodo di tempo in cui le autorità svizzere avevano tollerato la sua presenza nel proprio territorio, questi non aveva costituito nuovi legami familiari rilevanti. La pronuncia presenta alcuni profili critici laddove, oltre a mostrare i limiti della nozione di vita familiare adottata dalla Corte – tale da negare qualsiasi rilievo alla relazione tra familiari adulti in assenza di condizioni di dipendenza –, non riconosce nessuna importanza a tale rapporto neppure sotto il profilo della vita privata. A ben vedere, se è vero che il periodo trascorso da A.S. in Svizzera era stato estremamente breve rispetto a quello della ricorrente del caso *Jeunesse*, è altresì vero che tale periodo, in cui la presenza del ricorrente era tollerata dalle autorità svizzere, sarebbe stato di per sé sufficiente a rinsaldare un rapporto con le sorelle che era già esistente prima dell'arrivo nel territorio dello Stato. In altre parole, non ha trovato qui alcuna applicazione il principio, affermato invece in *Jeunesse*, secondo cui l'art. 8 protegge anche quelle relazioni che lo straniero costituisce – o ricostituisce, come in questo caso – nel periodo in cui la sua presenza è *tollerata* dalle autorità dello Stato.

7. Art. 8 CEDU e integrazione sociale: verso l'applicazione diretta in Italia dopo l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari?⁴⁹

La protezione *par ricochet* di cui all'art. 8 CEDU, che si è tentato di illustrare nelle pagine precedenti, è stata parzialmente codificata nell'ordinamento italiano e solo in relazione al segmento relativo alla tutela della vita familiare. È interessante notare che tale codificazione deriva da una positiva miscela tra diritto dell'Unione europea e diritto CEDU che si è poi tradotta in Italia in una novazione del Testo Unico al fine di dare attuazione ad un obbligo UE. Si fa riferimento, in particolare, alla Direttiva 2003/86/CE relativa al ricongiun-

49. Le considerazioni contenute in questo paragrafo sono il frutto della sintesi e rielaborazione di quanto già scritto in *Il re è morto. Lunga vita al re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, «Rivista di Diritto Internazionale», 1, 2019, pp. 164-172; *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale: prime riflessioni a margine della sentenza della corte di cassazione n. 4455/2018*, «Questione giustizia», 14.3.2018.

gimento familiare, il cui art. 17 dispone che «In caso di rigetto di una domanda, di ritiro o di mancato rinnovo del permesso di soggiorno o di adozione di una misura di allontanamento nei confronti del soggiornante o dei suoi familiari, gli Stati membri prendono nella dovuta considerazione la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona e la durata del suo soggiorno nello Stato membro, nonché l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine»⁵⁰. Per tramite della Direttiva UE è stato dunque codificato il principio della protezione *par ricochet* derivata dalla Corte EDU dall'art. 8 CEDU.

In attuazione dell'art. 17 della Direttiva è stato modificato l'art. 5(5) del TU 286/1998, introducendo anche nel nostro ordinamento un espresso limite al rifiuto di rilascio, revoca o diniego del rinnovo del permesso di soggiorno di chi può vantare un legame familiare instauratosi a seguito di un ricongiungimento familiare. La Corte costituzionale è poi intervenuta dichiarando l'illegittimità costituzionale di tale disposizione «nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che “ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare” o al “familiare ricongiunto”, e non anche allo straniero “che abbia legami familiari nel territorio dello Stato”»⁵¹. La Corte ha dunque esteso la protezione del diritto alla vita familiare a tutti gli stranieri che possano vantare l'esistenza di un legame familiare a prescindere che questo sia stato costituito nell'ambito del ricongiungimento familiare.

Non vi è invece mai stata la codificazione dell'altro segmento di tutela derivante dall'art. 8 CEDU, vale a dire quello del diritto alla vita privata.

Come noto, in mancanza di una disposizione specifica ed espressa, si è affermato, prima nella giurisprudenza di merito, poi in quella di legittimità, un orientamento volto ad interpretare l'art. 5(6) in conformità all'art. 8 CEDU, così da offrire tutela al diritto alla vita privata *ex art. 8 CEDU* attraverso il permesso di soggiorno per motivi umanitari. L'art. 5(6), infatti, nella versione ante d.l. 113/2018, disponeva che il permesso di soggiorno fosse rilasciato qualora sussistessero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato». Tra questi, figura senza alcuna ombra di dubbio, anche l'obbligo di cui all'art. 8 CEDU come interpretato dalla Corte EDU.

A questa conclusione era approdata la Corte di cassazione che, valorizzando l'applicazione dell'art. 8 CEDU nel nostro ordinamento, ha affermato che l'integrazione sociale era uno dei motivi legittimanti il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari se raffrontata con la «mancanza di condizioni

50. Direttiva 2003/86/CE del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, GU L 251 del 3.10.2003, pp. 12-16.

51. Corte costituzionale, sentenza 3-18 luglio 2013, n. 202.

minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connesse al proprio sostentamento e al raggiungimento degli *standards* minimi per un'esistenza dignitosa [...]»⁵². Da ultimo il principio è stato confermato e precisato dalla stessa Corte di cassazione con la sent. 1104 del 20 gennaio 2020. La Corte ha, preliminarmente, ribadito che le basi normative della protezione umanitaria non sono «“affatto fragili” [...] ma a “compasso largo”: l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali, col sostegno dell'art. 8 della CEDU, promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione umanitaria a clausola generale di sistema, capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione». In aggiunta, la Corte ha chiarito che al fine di accertare i presupposti della protezione si applica «il principio “di comparazione attenuata”, concettualmente caratterizzato da una relazione di proporzionalità inversa tra fatti giuridicamente rilevanti, che impone un peculiare bilanciamento tra condizione soggettiva del richiedente asilo e situazione oggettiva del Paese di eventuale rimpatrio».

Se, dunque, centrale è la valutazione comparativa tra il grado di integrazione sociale e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente nel Paese d'origine, rilevante è anche la situazione di vulnerabilità del richiedente che si rifletterà nella riduzione del rigore applicabile alla valutazione della situazione del Paese di rimpatrio.

Nella giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 8 CEDU non vi è connessione con il diritto di asilo o con le condizioni di vulnerabilità della persona interessata, tuttavia il principio affermato dalla Cassazione è lo stesso che si ricava dalla giurisprudenza della Corte EDU, vale a dire la valorizzazione dei legami familiari o sociali costruiti nel Paese membro comparati con quelli esistenti nel Paese d'origine. La Corte di cassazione effettua, infatti, un giudizio comparativo tra tali legami e la situazione della persona interessata nel Paese d'origine: non una mera comparazione delle migliori o peggiori condizioni di vita in tale Paese, ma l'accertamento in concreto della compromissione di un diritto costituito nel Paese membro e tutelato dall'art. 8 della CEDU, in rapporto a quello potenzialmente esistente nel Paese che è stato abbandonato.

Si ricorderà che proprio la protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale aveva suscitato aspre polemiche politiche, fino a determinare l'abrogazione del permesso di soggiorno di cui all'art. 5(6) d.lgs. 286/1998 ad opera del d.l. 113/2018⁵³. Tale abrogazione rende, dunque, privo il nostro ordinamento di quella traduzione in termini positivi del limite della discrezionalità dello Stato ad allontanare uno straniero derivante dall'art. 8 CEDU. Sarebbe stato al

52. Corte di cassazione, sent. 23 febbraio 2018 n. 4455, confermata da SS.UU. sent. n. 29459/2019.

53. D.l. 4 ottobre 2018 n. 113, in GU n. 231 del 4 ottobre 2018, convertito con modificazioni dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132, in G.U. 3 dicembre 2018, n. 281.

contrario auspicabile che tale limite fosse ulteriormente chiarito e precisato, analogamente a come previsto nell'ordinamento francese, dove è possibile il rilascio di un permesso di soggiorno con menzione "*vie privée et familiale*", in attuazione dell'art. 8 CEDU come interpretato dalla Corte europea⁵⁴. Essa, inoltre, incide anche sull'attuazione del diritto d'asilo costituzionale di cui all'art. 10, co. 3, Cost. Come noto, infatti, in mancanza della legge ordinaria richiamata dalla norma costituzionale, la protezione umanitaria è stata ricondotta nell'alveo dell'art. 10, co. 3, Cost. e, unitamente alla legislazione di attuazione del sistema europeo comune di asilo, ritenuta con orientamento costante una delle tre forme di indiretta attuazione della norma costituzionale⁵⁵.

Si comprende dunque perché, all'atto della firma del d.l. 113/2018, il Presidente della Repubblica abbia avvertito «l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, "restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato", pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia».

In altri termini, l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari comporta l'eliminazione della veste giuridica prevista in caso di sussistenza di taluni dei presupposti legittimanti il diritto d'asilo costituzionale o di qualsiasi altro divieto di allontanamento derivante dagli obblighi internazionali. Spetta dunque all'interprete verificare quale residua possibilità vi sia di invocare i diritti da essi derivanti, rimasti «fermi» come indicato dal Capo dello Stato e se possa essere rinvenuta una veste giuridica alternativa a quella dell'abrogato permesso di soggiorno per motivi umanitari.

In via prioritaria, si prospetta la possibilità dell'applicazione diretta dell'art. 10, co. 3, della Cost., rinnovando la prassi della richiesta di asilo giurisdizionale sussistente prima dell'introduzione nel nostro ordinamento di un sistema d'asilo. La Corte di cassazione aveva infatti ritenuto non più praticabile la strada del ricorso giurisdizionale per il riconoscimento del diritto d'asilo costituzionale in quanto «il diritto d'asilo [...] è oggi interamente attuato e regolato, attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. 251 del 2007 (adottato in attuazione della Direttiva 2004/83/CE) e dell'art. 5, co 6, del TU

54. Art. L313-11 del Code sur l'Entrée, le Séjour et le Droit d'Asile (CESEDA), Conseil d'État n. 427017 del 24 dicembre 2019; Ferran N., *Les Étrangers ont-ils une vie privée?*, *Plein droit* 2001/1-2 (n. 47-48), pages 18 à 21, www.cairn.info/revue-plein-droit-2001-1-page-18.htm.

55. Bonetti P., "Il diritto d'asilo nella costituzione" Italiana, in Favilli C. (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2011; nel senso di una sola parziale attuazione si v. Benvenuti M., *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2010, pp. 36-50.

approvato con d.lgs. 286 del 1998, sì che non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale»⁵⁶. Il venir meno della protezione umanitaria potrebbe dunque comportare la riemersione proprio di «quel margine residuale di diretta applicabilità della norma costituzionale» e, dunque, aprire al rinnovo della prassi dei ricorsi giurisdizionali come prima del 2012 continuando così a riconoscere tutela nel nostro ordinamento a tutte le situazioni suscettibili di essere protette dall'art. 8 CEDU.

Ad una analoga conclusione si potrebbe giungere attraverso la valorizzazione del rapporto tra gli obblighi internazionali e gli articoli 2 e 10, co. 3, della Cost. In particolare, nell'interpretazione della nozione di «libertà democratiche» di cui all'art. 10, co. 3, della Cost. non possono non rilevare i diritti fondamentali sanciti nella nostra stessa Costituzione che, a loro volta, sono in totale simbiosi con i diritti fondamentali derivanti dall'ordinamento internazionale, grazie all'art. 2 Cost. In questa prospettiva, il diritto d'asilo costituzionale viene ad includere anche i casi di mancato godimento nel Paese di origine dei diritti fondamentali sanciti dalle convenzioni internazionali che, per il tramite dell'art. 2 Cost., diventano parte delle libertà democratiche tutelate dalla nostra Costituzione. Si consideri, peraltro, che non sempre nel diritto internazionale si trova uno *standard* di tutela dei diritti fondamentali della persona più elevato di quello sancito nella nostra Costituzione. Semmai, l'esistenza di organismi specializzati e la casistica internazionale ha portato ad una specificazione di taluni diritti con l'individuazione puntuale dell'obbligo vincolante gli Stati. Il caso emblematico è proprio quello del diritto alla vita privata derivabile dall'art. 8 della CEDU, applicato in numerose situazioni a stranieri soggetti a provvedimenti di espulsione, come limite al potere di allontanamento proprio dello Stato.

In quest'ottica l'art. 10, co. 3, della Cost., norma già riconosciuta come direttamente applicabile, funge anche da norma di adattamento dell'ordinamento interno agli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali come limite all'allontanamento degli stranieri. In altre parole, nell'ordinamento italiano è il diritto di asilo costituzionale che consente di offrire protezione a chi non potrebbe rientrare nel proprio Paese senza vedere violato un proprio diritto fondamentale. Questa interpretazione è stata già fatta propria dalla Corte di cassazione, allorché ha inteso le tre forme di protezione – rifugio, protezione sussidiaria e protezione umanitaria e quest'ultima nella sua triplice dimensione di motivi umanitari, obblighi costituzionali e internazionali – come attuative degli articoli 2 e 10, co. 3, della Costituzione⁵⁷.

Infine, nessuna modifica è stata apportata all'art. 2, co. 2, del TU, in base al quale «1. Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio

56. Corte di cassazione, ordinanza 26 giugno 2012 n. 10686.

57. Corte di cassazione, SU, ordinanza 13 gennaio 2009 n. 19393.

dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

L'uso dell'indicativo presente – «sono riconosciuti» – consente di rinvenire nella norma un vero e proprio obbligo in capo a tutte le autorità competenti, amministrative e giurisdizionali, di applicazione dei diritti fondamentali della persona umana a chiunque si trovi nel territorio italiano, anche se non regolarmente soggiornante, e di non considerarla, al contrario, una mera locuzione di rito, ricognitiva di obblighi già esistenti e già resi esecutivi nel nostro ordinamento. In altre parole, l'art. 2, co. 2, del TU potrebbe fungere da norma di adattamento dell'ordinamento interno all'ordinamento internazionale, norma necessaria in presenza di obblighi internazionali non direttamente applicabili. D'altra parte, con l'abrogazione dell'istituto della protezione umanitaria il Governo ha creato una lacuna relativamente al permesso giuridico da riconoscere e alle procedure amministrative e giurisdizionali applicabili, ma non ha introdotto una norma contraria a tali obblighi. In questo quadro, la lacuna può essere superata attraverso l'applicazione diretta degli obblighi internazionali, da parte della pubblica amministrazione o del giudice valorizzando l'applicazione dell'art. 2, co. 2, del TU. Analogamente a quanto già concluso in relazione all'art. 10, co. 3, della Cost., così anche per gli obblighi internazionali si prospetta un'applicazione diretta attraverso il ricorso al giudice nazionale.

La mancanza di una procedura giurisdizionale *ad hoc* può essere agevolmente superata applicando i rimedi ad applicazione generalizzata, mentre più complicato può essere l'individuazione del tipo di permesso di soggiorno da rilasciare a chi viene riconosciuto titolare di un diritto a non essere espulso in virtù di obblighi internazionali non coincidenti con i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria. Il giudice potrebbe comunque limitarsi ad ordinare all'autorità amministrativa ad accogliere una persona titolare di tale diritto, rinviando ad essa l'individuazione del permesso da rilasciare in concreto⁵⁸.

8. Il diritto alla vita privata e familiare tra CEDU, Unione europea e Costituzione italiana

L'analisi svolta ha permesso di evidenziare che, nonostante il diritto alla vita familiare assuma un ruolo maggiormente rilevante ai fini dell'individuazione

58. Secondo Benvenuti M., potrebbe essere applicato il regolamento di attuazione del Testo Unico adottato con il d.p.r. n. 394/1999, non abrogato, che tuttora prevede all'art. 11, co. 1, lett. a), il riconoscimento di un permesso di asilo, del tutto confacente a rivestire il diritto di cui all'art. 10, co. 3, Cost. si veda, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, «Questione giustizia», 2, 2018, p. 21.

zione dei limiti all'allontanamento degli stranieri, anche il diritto alla vita privata sta acquisendo un'importanza crescente nella giurisprudenza della Corte EDU. Fra i “*criteri Boultif*”, l'esistenza di legami sociali, economici e culturali nel Paese di accoglienza, a fronte dell'assenza o della particolare esiguità di quelli con il Paese di origine, acquisisce un valore particolarmente determinante con specifico riguardo agli stranieri di seconda generazione. Nei loro confronti, il ruolo svolto da questo criterio è tale da qualificare l'espulsione come una soluzione di *extrema ratio* e ravvisare, pertanto, forti analogie tra questa particolare categoria di stranieri e i cittadini dello Stato⁵⁹, con la sostanziale differenza per cui ciò che nell'un caso è escluso dal vincolo di cittadinanza, nell'altro è fortemente limitato proprio in ragione del *diritto alla vita privata*. Inoltre, come si è visto, il diritto alla vita privata è stato qualificato dalla Corte come limite all'allontanamento anche di stranieri la cui presenza, all'interno dello Stato, risulti decisamente meno consolidata rispetto a quella degli stranieri di seconda generazione⁶⁰.

Per quanto concerne lo specifico caso dell'allontanamento degli stranieri non regolarmente soggiornanti, il diritto alla vita privata, specialmente se comparato con il diritto alla vita familiare, risulta decisamente meno determinante. Al riguardo, è tuttavia doveroso rimarcare che se la casistica in materia è certamente limitata in “valore assoluto”, la rilevanza “relativa” di tali pronunce è ben più considerevole. Il valore riconosciuto alla vita privata in tali ipotesi acquisisce, infatti, una significatività senza dubbio maggiore in considerazione dell'approccio di particolare sfavore che la Corte tende ad adottare con riguardo a situazioni di soggiorno irregolare fatte valere come un “*fait accompli*” nei confronti dello Stato.

In guisa di conclusione, è opportuno evidenziare che l'accresciuta importanza riconosciuta al diritto alla vita privata dei cittadini stranieri, rileva oltre i confini del sistema CEDU. A questo proposito, è opportuno richiamare l'impatto che l'interpretazione elaborata dalla Corte EDU in relazione al diritto alla vita familiare degli stranieri ha avuto nella normativa e nella giurisprudenza dell'Unione europea. Paradigmatico al riguardo è il già richiamato art. 17 della Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare⁶¹. Come specificato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Parlamento c. Consiglio*, i criteri ivi contenuti «corrispondono»⁶² a quelli ela-

59. Al riguardo si veda la Recommendation Rec (2000)15 of the Committee of Ministers to member states concerning the security of residence of long-term migrants, articolo 4, lett. c): «Long-term immigrants born on the territory of the member state or admitted to the member state before the age of ten, who have been lawfully and habitually resident, should not be expellable once they have reached the age of eighteen. Long-term immigrants who are minors may in principle not be expelled».

60. V. *Radovanovic v. Austria*, cit.

61. Direttiva 2003/86/CE, cit. par. VII.

62. Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, 27 giugno 2006, par. 64.

borati dalla Corte EDU sui quali ci si è ampiamente soffermati nelle pagine precedenti. Un significativo riferimento alla vita familiare compare altresì nelle Direttive 2003/109/CE sullo *status* dei soggiornanti di lungo periodo⁶³, e 2008/115/CE in materia di rimpatrio⁶⁴; entrambe individuano nella vita familiare uno degli elementi di cui gli Stati membri dell'Unione devono tenere conto quando emanano un provvedimento di allontanamento e danno esecuzione ad una procedura di rimpatrio.

A fronte di questi rilevanti riferimenti alla vita familiare, tali atti di diritto derivato non contengono un altrettanto significativo riconoscimento del diritto alla vita privata. Al riguardo, giova tuttavia rimarcare che nel dare attuazione agli strumenti normativi pocanzi richiamati, gli Stati membri devono assicurare il rispetto delle disposizioni della Carta europea dei diritti fondamentali che, all'art. 7, riconosce il diritto alla vita privata e familiare. Poiché tale disposizione deve ritenersi «corrispondente»⁶⁵ all'art. 8 CEDU, l'interpretazione elaborata dalla Corte EDU in relazione alla tutela del diritto alla vita privata (oltre che familiare), travalica lo specifico ambito della CEDU e diviene rilevante anche ai fini dell'applicazione di disposizioni di diritto derivato dell'Unione, quali le suddette Direttive, il cui dettato normativo fa invece riferimento alla sola vita familiare. Inoltre, l'art. 52(3) della Carta, dispone che lo *standard* elaborato dalla Corte EDU costituisca solo il *contenuto minimo* da garantire all'art. 7 della Carta e, pertanto, non esclude la definizione di un livello di tutela più elevato da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il rapporto delineato dall'art. 52(3) della Carta in relazione ai diversi *standards* di tutela può trovare un fertile terreno di applicazione proprio nella materia qui trattata.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, infatti, ben potrebbe, valorizzando gli spunti offerti dalla giurisprudenza EDU sul diritto alla vita privata, delineare ulteriori limiti all'allontanamento dei cittadini di Paesi terzi e ampliare il novero dei diritti da riconoscersi ai cittadini di Paesi terzi presenti nel territorio degli Stati membri.

Significativa in tal senso la sentenza *M* adottata, nel maggio 2019 dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea⁶⁶, in relazione alla revoca e al mancato riconoscimento dello *status* di rifugiato a coloro che,

63. Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, GU L 16 del 23.1.2004, pp. 44-53.

64. 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, GU L 348 del 24.12.2008, pp. 98-107.

65. Spiegazioni relative alla Carta europea dei diritti fondamentali, Spiegazione relativa all'articolo 7, GU 2007/C 303/02, 14 dicembre 2007.

66. Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), *M (Révocation du statut de réfugié)*, Cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, 14 maggio 2019.

a seguito di condanna penale per un reato di particolare gravità, sono considerati un pericolo per la comunità dello Stato in cui si trovano.

La sentenza è particolarmente rilevante per aver offerto alla Corte l'occasione di precisare che, qualora tali soggetti soddisfino i requisiti materiali previsti dalla Direttiva qualifiche ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, il mancato riconoscimento di tale *status* non ne compromette la *qualità* di rifugiato e impedisce agli Stati di procedere al respingimento del soggetto verso uno Stato in cui vi sia il rischio che questi siano esposti al rischio di persecuzione. Nell'individuare i diritti da garantire ai soggetti "non espellibili", la Grande Sezione ha richiamato alcuni diritti previsti dalla Carta europea dei diritti fondamentali, tra i quali proprio il diritto alla vita privata e familiare (art. 7 Carta). Ha affermato la Corte:

Ad ogni modo, è importante precisare, come rilevato dall'avvocato generale nei paragrafi 133 e 134 delle sue conclusioni, e come confermano i considerando 16 e 17 della Direttiva 2011/95, che l'applicazione dell'articolo 14, paragrafi da 4 a 6, di detta Direttiva non incide sull'obbligo, per lo Stato membro interessato, di rispettare le disposizioni pertinenti della Carta, quali quelle contenute nel suo articolo 7, relativo al rispetto della vita privata e della vita familiare, nel suo articolo 15, relativo alla libertà professionale e al diritto di lavorare, nel suo articolo 34, relativo alla previdenza sociale e all'assistenza sociale, nonché nel suo articolo 35, relativo alla protezione della salute⁶⁷.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha richiamato espressamente le Conclusioni dell'Avvocato generale, che a loro volta sono fondate sulla giurisprudenza della Corte EDU analizzata nei paragrafi precedenti⁶⁸.

Merita sottolineare che, a proposito dell'art. 15 della Carta, l'Avvocato generale ha affermato che, nonostante tale diritto sia riservato ai soli cittadini di Paesi terzi che siano autorizzati a lavorare nel territorio di uno Stato membro, il diniego di accedere al mercato del lavoro posto a un soggetto non espellibile, dopo la sua scarcerazione, può configurare una violazione del suo diritto alla vita privata. La Grande sezione, andando significativamente oltre lo spunto offerto dall'Avvocato generale, è addivenuta ad un'interpretazione del diritto alla libertà professionale e al lavoro basata sulla nozione di vita privata elaborata dalla Corte EDU e, in tal modo, superando il dettato testuale dell'art. 15, è giunta a riconoscere tale diritto ai soggetti non espellibili.

Si tratta di un'affermazione estremamente significativa che, con un'operazione di "ampliamento delle tutele", perfettamente in linea con l'ottica di cui

67. *M (Révocation du statut de réfugié)*, cit., punto 109.

68. Conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet M., presentate il 21 giugno 2018, Cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M (Révocation du statut de réfugié)*, par. 134: «l'articolo 8 della CEDU, cui corrisponde l'articolo 7 della Carta, comprende, infatti, l'identità sociale e le relazioni personali, sociali ed economiche costitutive della vita privata di ogni essere umano».

all'art. 52(3) della Carta, consente di auspicare una *completa* considerazione e valorizzazione, da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, dei principi affermati nella giurisprudenza della Corte EDU in relazione alla tutela della vita privata degli stranieri.

E a questo riguardo è possibile rilevare un esempio di convergenze parallele tra le Corti supreme, laddove anche la Corte costituzionale, ha, come già detto, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5(5) TU 286/1998 «per violazione dell'art. 8 della CEDU, conformemente alla giurisprudenza costituzionale che affida a questa Corte, nello svolgimento del proprio infungibile ruolo, il compito di effettuare una valutazione “sistemica e non frazionata” dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la “massima espansione delle garanzie” esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 170 e n. 85 del 2013, e n. 264 del 2012)»⁶⁹.

L'assonanza tra le Corti supreme stride con la distonia del legislatore, soprattutto quello italiano che, non solo non ha provveduto ad introdurre nell'ordinamento italiano una norma di attuazione di tale limite internazionale, ma ha, al contrario, abrogato quel frammento normativo che consentiva di dare ad esso applicazione attraverso il permesso di soggiorno per motivi umanitari ante d.l. 113/2018. Sarebbe dunque auspicabile che tale assetto normativo fosse presto riformato, dando piena attuazione al richiamo del Presidente della Repubblica secondo il quale «restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»⁷⁰. Il legislatore potrebbe anche prendere ispirazione dalla legislazione d'Oltralpe dove, come già ricordato, tra i diversi permessi di soggiorno contemplati dal Code sur l'Entrée, le Séjour et le Droit d'Asile (CESEDA), vi è anche quello per motivi di vita privata e familiare, attualmente assente invece nella nostra normativa.

69. Corte costituzionale, sentenza n. 202/2013, punto 5.

70. Come noto si tratta del messaggio inviato al Presidente del Consiglio dei Ministri all'atto della firma del d.l. 113/2018 in www.quirinale.it/elementi/18098.