



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

IL DIRITTO IN MIGRAZIONE

Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri

a cura di

FULVIO CORTESE

GRACY PELACANI

2017



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

30

2017

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2017*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-740-2
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli (ISBN 978-88-9391-149-8).

Luglio 2017

IL DIRITTO IN MIGRAZIONE

Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri

a cura di
Fulvio Cortese
Gracy Pelacani

Università degli Studi di Trento 2017

INDICE

	Pag.
Fulvio Cortese, Gracy Pelacani <i>Premessa</i>	1

PARTE PRIMA

LE MIGRAZIONI

E I CONFINI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

Federico Casolari <i>L'assistenza umanitaria agli Stati membri dell'Unione e la questione migratoria. Osservazioni critiche a margine del Regolamento 2016/369</i>	9
Mario Savino <i>La gestione italiana della crisi migratoria: un primo bilancio</i>	39
Bruno Tonoletti <i>Confini diritti migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo</i>	55
Luca Buscema <i>Diritti fondamentali del "non cittadino" e principio di unità dell'ordinamento giuridico</i>	107
Francesco Rota <i>Diseguaglianze e prospettive di cittadinanza. Multiculturalismo e integrazione fra principi costituzionali e misure amministrative</i>	173

PARTE SECONDA

LE DIFFICILI ROTTE DEGLI ASILANTI

Claudia Pretto <i>Victims of trafficking and refugees: the nexus between asylum and anti-trafficking</i>	193
Francesco Luigi Gatta <i>Le espulsioni collettive di stranieri alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	219
Fulvio Vassallo Paleologo <i>La nuova guardia di costiera e di frontiera europea: dalla sicurezza delle persone in mare alla "sicurezza interna dell'Unione europea"</i>	257
Gracy Pelacani <i>Ripensare il sistema europeo comune d'asilo: alternative per far fronte alla "crisi"</i>	285
Maurizio Ambrosini <i>Immigrati stranieri e famiglie italiane: la formazione di un welfare parallelo, tollerato, misconosciuto</i>	317

PARTE TERZA

LA REGOLAZIONE DELL'IMMIGRAZIONE

Francesca Biondi Dal Monte <i>Le fonti nel diritto dell'immigrazione</i>	343
Filippo Scuto <i>La gestione dell'"emergenza" tra interventi dell'Unione europea e ordinamento nazionale: l'impatto sulle fonti del diritto dell'immigrazione</i>	373

	Pag.
Simone Penasa	
<i>L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello.....</i>	395
Flavio Guella	
<i>Circolari amministrative e diritto dell'immigrazione. Il caso della regolazione dell'accesso da parte di estranei ai centri di prima accoglienza.....</i>	429

PARTE QUARTA

GLI STRANIERI E LA GIUSTIZIA

Lucia Busatta	
<i>L'effettività del diritto d'accesso alla giustizia per gli stranieri.....</i>	447
Alma Chietini	
<i>Effettività della tutela giurisdizionale del migrante dal punto di vista del giudice amministrativo.....</i>	469
Antonio Cassatella	
<i>La dimensione personalistica del sindacato delle decisioni amministrative in materia migratoria.....</i>	491
Antonino Ali	
<i>Divieto di ingresso ed espulsione dello straniero dal territorio dello Stato per motivi di terrorismo: la sicurezza nazionale nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea...</i>	519
Marta Tomasi	
<i>I "circuiti" della giustizia e il perseguimento del best interest del minore straniero non accompagnato.....</i>	537

	Pag.
Giovanni Guarini <i>Immigrazione e giustizia penale: problemi di effettività delle garanzie. Diritto di difesa dello straniero detenuto</i>	559
Enrico Borrelli <i>I reati del migrante: questioni vecchie e nuove dopo la direttiva rimpatri</i>	573

PARTE QUINTA

L'INTEGRAZIONE DEI MIGRANTI TRA ORDINE PUBBLICO E IDENTITÀ CULTURALI

Alessandra Macillo <i>La repressione del dissenso tra simbolismo e discriminazione razziale</i>	601
Juan Alberto Díaz López <i>A generic aggravating circumstance to punish hate speech. The Spanish case</i>	625
Elena D'Alessandro <i>Fenomeno immigrazione e riconoscimento di sentenze straniere provenienti da paesi islamici o, comunque, facenti applicazione della Sharia</i>	651
Davide Strazzari <i>Ripudio islamico, ordine pubblico e diritti fondamentali</i>	673
Notizie sugli Autori	699

PREMESSA

Fulvio Cortese - Gracy Pelacani

Nel 2015 un gruppo di studiosi afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza, al Dipartimento di Sociologia e Ricerca Sociale e ai Dipartimenti di Lettere e Filosofia dell'Università di Trento – e coordinati dai Professori Giuseppe Nesi, Giuseppe Sciortino e Claudio Giunta – ha dato avvio a un Progetto interdisciplinare di ricerca – *Living Integration Laws* (LIL) – finanziato dallo stesso Ateneo nella cornice delle attività volte alla realizzazione del Piano Strategico per il triennio 2014-2016.

Il progetto è stato concepito, sin dalla sua elaborazione, come destinato a sviluppare, in tre distinti “carotaggi”, temi e questioni che il migrante straniero incontra allorché intraprende il percorso che lo conduce dal Paese d'origine al luogo in cui finisce per tentare un percorso più o meno intenso di “integrazione”.

Una parte del progetto, quindi, si è rivolta all'approfondimento di alcuni snodi fondamentali dell'esperienza del migrante posto a confronto con i principi e gli istituti degli ordinamenti giuridici verso i quali si rivolge e chiede accoglienza; una seconda parte, invece, è stata orientata, più specificamente, ad un'analisi, di tipo quantitativo, sulla percezione delle difficoltà avvertite da una specifica categoria di migranti (le donne impegnate in servizi di cura e di assistenza), presa a riferimento in ragione della relativa sedimentazione che tale fenomeno migratorio ha conosciuto, in Italia, negli ultimi trent'anni, e quindi in ragione della potenziale comparabilità dei dati oggetto delle nuove rilevazioni e di quelli già raccolti in altre pregresse ricerche; la terza parte, infine, si proponeva di indagare, sulla base dei resoconti (delle interviste) delle migranti contattate nel corso dell'indagine, la ricorrenza di determinati modelli “narrativi”, anche allo scopo di isolare, sul piano dell'analisi delle forme che assume la narrazione in prima persona, indici sintomatici di una trasversale cultura dell'esperienza migratoria e dei modi con

cui essa viene trasmessa all'interno di un gruppo di attori sufficientemente omogeneo.

I saggi raccolti in questo volume costituiscono, innanzitutto, il “precipitato” delle riflessioni condotte da un nutrito gruppo di studiosi nell'ambito di un ciclo di diciannove seminari tenutisi nel corso di tutto il 2016 e finalizzati ad affrontare i profili più significativi, dal punto di vista prevalentemente giuridico, della prima parte del progetto.

A tali riflessioni, però, sono stati accorpati anche altri contributi, maturati, rispettivamente, in due diverse sedi, entrambe espressione di ulteriori attività, svolte direttamente o indirettamente nel contesto del medesimo progetto di ricerca. Alcuni saggi, da un lato, sono stati selezionati come meritevoli di essere pubblicati in seguito ad una conferenza (*Flight, Journey and Territories. Analysing the Life Paths of Migrants*) tenutasi il 16 settembre 2016 presso la Facoltà di Giurisprudenza e destinata a interventi predisposti da dottorandi e dottori di ricerca (v. i contributi di G. Pelacani, F.L. Gatta, L. Buscema). Altri, invece, rappresentano il frutto di un convegno realizzato dalla medesima Facoltà il 28 ottobre 2016 (*L'Europa che respinge: crisi dei rifugiati o crisi dei valori?*) in collaborazione con il Centro Astalli di Trento e con il Cinformi (Centro Informativo per l'Immigrazione), unità operativa del Dipartimento Salute e solidarietà sociale della Provincia autonoma di Trento (cfr. i lavori di F. Casolari e F. Vassallo Paleologo).

In tal modo il presente volume si pone come un'occasione di espresa e significativa emersione dell'impegno, diffuso, che la Facoltà di Giurisprudenza ha voluto dedicare, negli ultimi anni, allo studio del diritto dell'immigrazione: istituendo uno specifico Laboratorio applicativo (*La condizione giuridica dello straniero*), volto a familiarizzare gli studenti, sin dal primo anno di corso, con l'importanza e con le peculiarità della disciplina di settore; sostenendo le attività volontarie che molti studenti hanno inteso prestare nel contesto dell'iniziativa *Avvocati per la Solidarietà*, finanziata dalla Fondazione Caritro - Cassa di Risparmio di Trento e Rovereto; pubblicando, da ultimo, gli atti di una giornata di studio maturata in seno all'Associazione AEDPCE (Associazione Euroregionale di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo) e finalizzata a discutere i problemi organizzativi connessi alla gestione delle iniziative di accoglienza dei migranti in transito lungo il corridoio

del Brennero, così come predisposte dalla Provincia di Trento, dalla Provincia di Bolzano e dal Land Tirol (v. il testo curato da J. Woelk, F. Guella e G. Pelacani, *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”*, edito nel 2016 da Editoriale Scientifica per la Collana Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza).

Il testo, quindi, in quest'ultima prospettiva, aggiunge molte tessere ad un mosaico che una specifica comunità di studiosi ha voluto cominciare a comporre e che si propone, anche per tale motivo, di continuare ad articolare in modo ancor più strutturato e sistematico, in sinergia con le meritevoli e fortunate iniziative che sono state parimenti avviate, con il sensibile sostegno dell'Ateneo, presso il Dipartimento di Sociologia e Ricerca sociale (v., in particolare, il *Progetto SuXr – Studenti universitari X i rifugiati*); iniziative alle quali il gruppo dei giuristi coinvolti nel Progetto LIL ha fornito tutto il proprio supporto.

Ciò premesso, chiarite le finalità e la cornice in cui sono stati prodotti gli interventi pubblicati in questa sede, è opportuno anteporre alla lettura diretta dei saggi qualche chiarimento circa l'ispirazione che li ha voluti riuniti sotto un determinato titolo e circa la “struttura” secondo cui sono stati ordinati.

Il titolo prescelto – *Il diritto in migrazione* – è di per sé una “spia” del carattere *biunivoco* dell'approccio che ha caratterizzato la discussione animata dai seminari da cui hanno preso origine i singoli contributi.

Nel diritto dell'immigrazione, così come si sta delineando e consolidando negli ultimi anni, e a fronte dell'intensificarsi del fenomeno migratorio verso l'Europa, ad essere “in movimento” non sono solo i soggetti che a vario titolo ambiscono a raggiungere nuovi territori e nuove condizioni di vita. L'impatto di tali migrazioni costringe anche il diritto degli Stati membri dell'Unione europea – così come il diritto dell'Unione europea – a “mettersi in viaggio”, a trovare forti e complesse motivazioni di trasformazione e di rielaborazione, se non di generale ripensamento. La crisi dei confini degli Stati – e più in generale del confine dell'Unione europea – si manifesta sempre più come crisi del confine dei rispettivi ordinamenti giuridici e dell'assetto che, conseguentemente, hanno tradizionalmente assunto alcuni istituti fondamentali. Il diritto dell'immigrazione, in definitiva, comincia a porsi non più come ambito

preferenziale per una specializzazione disciplinare, ma come modalità di articolazione speciale e innovativa di interi segmenti della quasi totalità delle consuete discipline giuridiche (dal diritto internazionale al diritto dell'Unione europea; dal diritto costituzionale al diritto amministrativo; dal diritto penale al diritto privato; dal diritto processuale penale al diritto processuale civile; dal diritto di famiglia al diritto internazionale privato). In ciascuna di queste aree, la migrazione spinge operatori e interpreti a misurare la perdurante tenuta di principi e regole che finora, prevalentemente, guardavano allo straniero come ad un soggetto “eventualmente” o “eccezionalmente” rilevante; e che ora, invece, nella registrazione di un contatto sempre più frequente, sperimentano nell'elemento dell'“estraneità” un fattore di possibile cambiamento, con effetti rilevanti anche per l'effettività e la profondità delle garanzie offerte ai comuni cittadini.

Anche il sottotitolo – *Saggi sull'integrazione giuridica degli stranieri* – ha un ruolo ben preciso, ed esso va al di là dell'avvertenza sulla natura collettanea del libro.

Con ciò si allude alla scelta dell'espressione “integrazione giuridica” in luogo del ricorso al termine più comune di “integrazione”. L'opzione non è dovuta all'esigenza di marcare una differenza di metodo e di contenuto all'interno dei prodotti del medesimo Progetto di ricerca. Si è trattato, semplicemente, dell'opportunità di evitare dichiaratamente l'ambiguità del riferimento al solo vocabolo “integrazione”, specialmente in un contesto fortemente votato all'interdisciplinarietà. Quel vocabolo, nel dibattito comune, e nel sentire dell'opinione pubblica, assume spesso una *funzione progettuale*; vale, cioè, a funzionalizzare le riflessioni (e le azioni) sul fenomeno migratorio in ragione di un obiettivo di prevalente e piena assimilazione culturale. È un vocabolo, dunque, che tradisce una scelta di fondo. Viceversa, l'aggiunta dell'attributo “giuridica” consente di comunicare l'idea che il modo attraverso il quale si riguarda la naturale istanza di “incontro” e di “rispetto” che le migrazioni sollecitano non ha una finalità presupposta, ma si nutre prioritariamente, e scientificamente, delle sollecitazioni che emergono dalla considerazione del materiale normativo, della sua evoluzione e interpretazione, e delle sue eventuali carenze. Ciò che si è voluto privilegiare, dunque, nella ricerca è la segnalazione dei tanti ed eterogenei momenti

in cui il diritto incontra il fenomeno migratorio e cerca di predisporre soluzioni adeguate alla gestione di simile *incontro* e delle conseguenze che esso può comportare per l'intero complesso delle regole di cui vive la comunità ospitante. Non è altro, questo, che un tentativo di sollecitare e veicolare, e ribadire, una precisa visione del contributo innanzitutto *razionalizzante* che il diritto può dare al problema dell'“integrazione”.

Quanto all'ordine dei saggi, essi sono stati articolati in cinque diverse parti. La prima – *Le migrazioni e i confini dell'ordinamento giuridico* – riguarda il modo di porsi dell'ordinamento giuridico nazionale, come di quello europeo, di fronte al problema migratorio e alle tensioni che esso può generare sull'estensione delle tutele offerte da quegli stessi ordinamenti, concepiti anche nelle loro reciproche relazioni. La seconda parte – *Le difficili rotte degli asilanti* – assume un punto di vista diverso, quello del migrante, e più precisamente quello del richiedente asilo, visto, però, in diverse occasioni in cui la sua persona rischia di vedersi sistematicamente “respinta” dal sistema verso il quale chiede accoglienza. La terza parte – *La regolazione dell'immigrazione* – si propone di approfondire esplicitamente le modalità con cui il diritto nazionale si rapporta dinanzi alle migrazioni, ciò con specifica attenzione alla collocazione delle diverse “epifanie” del diritto dell'immigrazione nel sistema delle fonti e alle conseguenze che tale collocazione comporta sulla definizione delle relazioni tra quelle stesse fonti. La quarta parte – quella più “densa”: *Gli stranieri e la giustizia* – si avvale anche della testimonianza qualificata di alcuni magistrati e avvocati e si preoccupa di analizzare quale possa essere l'esperienza del migrante allorché viene a contatto con la giustizia (penale, civile, amministrativa): è un profilo che consente non solo di apprezzare quale sia la cifra (o il grado) dell'accesso che allo straniero è riconosciuto rispetto ai rimedi giurisdizionali offerti dall'ordinamento, ma anche di evidenziare quale sia l'intensità della tutela che gli viene di volta in volta offerta e quale sia il modo di porsi del giudice italiano dinanzi a controversie in cui venga in gioco il diritto dell'immigrazione. L'ultima parte – *L'integrazione dei migranti tra ordine pubblico e identità culturali* – è, al contempo, uno “sviluppo” della parte terza e un completamento della parte prima. Essa, infatti, si preoccupa di analizzare questioni che nascono dall'applicazione di istituti e principi votati a regolare e gestire il

potenziale “scontro” tra le *diversità* che la migrazione mette reciprocamente in comunicazione. Come tale, quindi, questa parte pone le premesse per prossime ricerche sulla configurazione che tende ad avere lo Stato di diritto della tradizione europea dinanzi alla necessità di regolare il “dialogo” con soggetti portatori di culture e di esperienze anche assai lontane da quelle della comunità occidentale.

In chiusura di questa premessa, è doveroso un ringraziamento ai coordinatori del Progetto LIL, a coloro che hanno partecipato al ciclo di seminari e agli incontri di cui i saggi qui raccolti intendono lasciare traccia visibile, e al personale amministrativo della Facoltà di Giurisprudenza, senza la cui pazienza e costanza l’itinerario di discussione e di confronto di cui è frutto il presente volume non avrebbe mai potuto trovare concreta realizzazione.

PARTE PRIMA

LE MIGRAZIONI

E I CONFINI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

L'ASSISTENZA UMANITARIA AGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE E LA QUESTIONE MIGRATORIA *

OSSERVAZIONI CRITICHE A MARGINE DEL REGOLAMENTO 2016/369

Federico Casolari

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *La base giuridica del regolamento 2016/369.* 3. *L'interazione del sostegno di emergenza con altri strumenti di diritto UE.* 3.1. *L'interazione col meccanismo unionale di protezione civile.* 3.2. *L'interazione con gli altri strumenti finanziari applicabili in caso di calamità.* 3.3. *L'interazione con la clausola di solidarietà.* 4. *Il sostegno di emergenza e il diritto UE ai tempi delle «crisi».*

1. Introduzione

Il 15 marzo 2016 il Consiglio dell'Unione europea («UE» o «Unione») ha adottato il regolamento 2016/369, che introduce un meccanismo di sostegno finanziario a favore degli Stati membri in caso di emergenza umanitaria avente portata eccezionale che sia causata da catastrofe naturale o provocata dall'uomo. Si tratta di uno strumento che, pur avendo una portata generale, è stato introdotto su richiesta del Consiglio europeo col fine specifico di «dotare l'UE della capacità di fornire assistenza umanitaria a livello interno, in cooperazione con organizzazioni come l'UNHCR, per sostenere i Paesi che fanno fronte a un elevato numero di rifugiati e migranti»¹. Esso è pertanto riconducibi-

* Il presente lavoro rappresenta una rielaborazione delle riflessioni contenute in F. CASOLARI, *Lo «strano» caso del regolamento 2016/369, ovvero della fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione ai tempi delle «crisi»*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, in corso di pubblicazione. Esso tiene conto degli sviluppi intercorsi in materia al 31 dicembre 2016.

¹ Conclusioni del Consiglio europeo del 19 febbraio 2016, doc. EUCO 1/16.

le all'insieme delle misure messe sin qui in opera per rispondere alla cosiddetta «crisi dei rifugiati»².

Tuttavia, al contrario di altre misure adottate in tale ambito, che hanno attirato l'attenzione – e le critiche – della dottrina e degli osservatori (si pensi ad esempio al varo del c.d. «hotspot approach»³ ed alla Dichiarazione congiunta UE-Turchia del 20 marzo 2016⁴), il provvedimento in questione è stato fino ad ora pressoché ignorato⁵. Ciò nonostante esso sia tutt'altro che privo di elementi di interesse.

² Per un quadro di insieme v., *inter alia*, G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 459 ss.; B. NASCIMBENE, *Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, p. 101 ss.; P. DE BRUYCKER, E.L. TSOURDI, *The Bratislava Declaration on migration: European irresponsibility instead of solidarity*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 27 settembre 2016 (<http://eumigrationlawblog.eu/the-bratislava-declaration-on-migration/>). Per una panoramica sulle misure finanziarie messe in opera dall'Unione cfr. L. DEN HERTOOG, *EU Budgetary Responses to the «Refugee Crisis». Reconfiguring the Funding Landscape*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, n. 93, maggio 2016 (<https://www.ceps.eu/publications/eu-budgetary-responses-'refugee-crisis'-reconfiguring-funding-landscape>).

³ Sul quale v. F. CASOLARI, *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2016, p. 109 ss. e B. GORNATI, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'evoluzione dei CIE all'introduzione del c.d. hotspot*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 471 ss.

⁴ *Ex multis*, v. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; E. ROMAN, *L'Accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2016 (<http://www.sidiblog.org/2016/03/21/laccordo-ue-turchia-le-criticita-di-un-accordo-a-tutti-i-costi/>). Sui profili istituzionali relativi alla Dichiarazione v. M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus.it*, 11 aprile 2016 (<http://rivista.eurojus.it/la-dichiarazione-ue-turchia-sulla-migrazione-un-trattato-concluso-in-violazione-delle-prerogative-del-parlamento/>).

⁵ Per una prima analisi critica, v. A. MIGLIO, *The Regulation on the Provision of Emergency Support within the Union Humanitarian Assistance and Financial Solidarity in the Refugee Crisis*, in *European Papers*, European Forum, 27 settembre 2016, p. 1 ss. (<http://www.europeanpapers.eu/it/europeanforum/regulation-provision-emergency-support-within-the-union>).

Un primo elemento di interesse è rappresentato dall'obiettivo e dall'ambito di applicazione del sostegno di emergenza, che, come indicato dalla Commissione europea all'atto della presentazione della proposta⁶, dovrebbe finalmente colmare una lacuna dell'ordinamento sovranazionale, provvedendo ad introdurre forme di assistenza per operazioni urgenti di soccorso e di salvataggio *all'interno dell'UE*.

Non meno interessanti sono poi le soluzioni normative elaborate a tal proposito dalle istituzioni. A partire dall'individuazione della base giuridica utilizzata per l'adozione dello strumento, ossia l'art. 122, par. 1, TFUE. In effetti, la disposizione, che attribuisce al Consiglio il potere di introdurre misure di solidarietà economica tra gli Stati membri con particolare riferimento a scenari di crisi derivanti dallo scarso approvvigionamento di prodotti, in specie energetici, sembrerebbe non essere, quantomeno *prima facie*, la più idonea allo scopo perseguito dal regolamento. Si tratta, peraltro, a quanto consta al presente autore, del primo caso di attivazione della disposizione dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2009). È dunque lecito, oltre che opportuno, interrogarsi sulla fondatezza della scelta operata dal legislatore sovranazionale e sulle possibili implicazioni giuridiche che ne possono derivare.

Rilevante è pure il «congegno» ideato per il funzionamento del sostegno. Essendo quest'ultimo finalizzato a fornire una risposta immediata alle emergenze umanitarie che possono prodursi nei Paesi dell'Unione in caso di catastrofe (in atto o potenziale), il regolamento 2016/369 muove dalla premessa dell'esistenza di un'analogia di fondo del meccanismo *de quo* con lo strumento dell'aiuto umanitario – destinato, come noto, all'assistenza delle «popolazioni dei Paesi terzi vittime di calamità naturali o provocate dall'uomo» (art. 214, par. 1, TFUE) – e ne incorpora pertanto gli elementi costitutivi. Più precisamente, il regolamento dispone che il sostegno finanziario di emergenza possa comprendere qualsiasi azione di aiuto umanitario che risulti riconducibile allo strumento che a tutt'oggi disciplina l'assistenza umanitaria dell'Unione in Paesi terzi, ossia il regolamento 1257/96 (art. 3, par. 2, regolamento 2016/369). Deve trattarsi, cioè, di interventi di assistenza, di soccorso e, se necessario, di protezione finalizzati a salvare e proteggere vite nel

⁶ Doc. COM (2016) 116 def., 2 marzo 2016.

corso di catastrofi o immediatamente dopo. Tali interventi possono essere attuati direttamente dalla Commissione o da organizzazioni partner da questa selezionate⁷. Inoltre, è previsto che l'azione dell'Unione venga governata dai principi umanitari di umanità, neutralità, imparzialità ed indipendenza (art. 3, par. 3, regolamento 2016/369).

Come ognuno vede, le conseguenze derivanti dalla messa in opera del meccanismo di sostegno sono tutt'altro che secondarie: per il tramite di un atto di diritto derivato – adottato, peraltro, in un contesto che continua ad essere descritto dalle istituzioni UE in termini emergenziali – il Consiglio ha invero proceduto ad istituire un meccanismo «permanente»⁸ che incorpora nei rapporti intracomunitari gli elementi distintivi e gli strumenti operativi di una dimensione politica propria dell'azione esterna dell'Unione⁹.

Il presente contributo intende mettere in luce, seppur sommariamente, i principali profili problematici che una tale operazione sembra delimitare. A questo proposito, si farà anzitutto riferimento alla scelta della base giuridica utilizzata per l'adozione del regolamento in questione (par. 2); in secondo luogo, si prenderanno in considerazione le principali implicazioni relative al coordinamento dello strumento di sostegno con altri meccanismi di assistenza (*in kind* e finanziaria) attivabili a livello UE, con particolare riferimento al profilo dell'incorporazione dell'assistenza umanitaria nei rapporti interni all'Unione (par. 3). L'analisi si concluderà con alcuni richiami alla tendenza ormai consolidata delle istituzioni sovranazionali a ricorrere a soluzioni emergenziali o, comunque, *sui generis* per la gestione delle problematiche – o, come

⁷ Si fa riferimento in particolare a: organizzazioni non governative, servizi specializzati degli Stati membri o agenzie e organizzazioni internazionali in possesso delle competenze necessarie (articolo 3, par. 4, regolamento 2016/369).

⁸ Sul carattere permanente del sostegno di emergenza v. *amplius infra*, par. 2.

⁹ Una politica, peraltro, che ha ottenuto un riconoscimento formale nel diritto primario solo col Trattato di Lisbona, attraverso l'introduzione di un'apposita base giuridica (art. 214 TFUE). V. F. CASOLARI, *The External Dimension of the EU Disaster Response*, in A. DE GUTTRY, G. VENTURINI, M. GESTRI (eds.), *International Disaster Response Law*, The Hague, 2012, p. 129 ss., spec. pp. 149-153 e P. VAN ELSUWEGE, J. ORBIE, *The EU's Humanitarian Aid Policy after Lisbon: Implications of a New Treaty Basis*, in I. GOVAERE, S. POLI (eds.), *EU Management of Global Emergencies. Legal Framework for Combating Threats and Crises*, Leiden-Boston, 2014, p. 21 ss.

si preferisce oggi dire, delle «crisi» – che l'Unione si trova ad affrontare¹⁰ (par. 4); tendenza della quale il regolamento 2016/369 pare essere, alla luce di quanto si evidenzierà nel prosieguo, un esempio paradigmatico.

2. La base giuridica del regolamento 2016/369

Come anticipato, il regolamento 2016/369 è stato adottato attivando l'art. 122, par. 1, TFUE. La disposizione riprende il testo dell'art. 100 TCE, a sua volta basato sull'art. 133 TCEE, vale a dire su di una norma che autorizzava le istituzioni comunitarie, come ha ricordato la Corte di giustizia nella sentenza relativa al caso *Balkan*,

ad adottare, senza pregiudizio delle altre procedure previste dal Trattato, provvedimenti di carattere congiunturale che si rivelino necessari al fine di evitare che siano compromessi gli scopi del Trattato¹¹.

¹⁰ Sul ruolo delle «crisi» nell'attuale sistema di *governance* dell'Unione, v., tra gli altri, A.D. CHIRIȚĂ, *The impact of the European Union current crisis on law, policy and society*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013/14, p. 255 ss.; B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 434 ss.; S. SCIARRA, *Il diritto sociale europeo al tempo della crisi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 757 ss.; J. WHITE, *Emergency Europe*, in *Political Studies*, 2015, p. 300 ss.; T. BÖRZEL, *From EU Governance of Crisis to Crisis of EU Governance: Regulatory Failure, Redistributive Conflict and Eurosceptic Publics*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 8 ss.; G. FALKNER, *The EU's current crisis and its policy effects: research design and comparative findings*, in *Journal of European Integration*, 2016, p. 219 ss.; C. KREUDER-SONNESN, *Beyond Integration Theory: The (Anti-)Constitutional Dimension of European Crisis Governance*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 1350 ss.; P.M. RODRÍGUEZ, *A Missing Piece of European Emergency Law: Legal Certainty and Individuals' Expectations in the EU Response to Crisis*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 265 ss.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 1973, causa 5/73, *Balkan-Import-Export GmbH contro Hauptzollamt Berlin-Packhof*, ECLI:EU:C:1973:109, punto 2.

Ancora, la Corte evidenziava, nella medesima sentenza, che la base giuridica in questione «non si riferisce a settori di attività già divenuti comuni»¹².

Rispetto a questo impianto, il Trattato di Lisbona ha introdotto alcune modifiche. Anzitutto, l'attuale art. 122, par. 1, TFUE precisa che le prospettate misure congiunturali debbano essere adottate «in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri»: si è dunque espressamente chiarito ciò che era già implicito nelle precedenti versioni della disposizione: e cioè che le politiche congiunturali degli Stati membri debbono essere considerate come questione di interesse comune¹³, in quanto tale idonea ad attivare meccanismi solidali a livello sovranazionale. Il Trattato ha poi individuato, quale precipuo ambito di intervento del Consiglio, quello concernente l'ipotesi di grave difficoltà nell'approvvigionamento di prodotti energetici¹⁴. Le modifiche operate nel 2009, pur rilevanti, non hanno tuttavia stravolto l'impianto originario della disposizione, che resta finalizzata all'adozione di misure eccezionali e di carattere generale a fronte di situazioni di crisi che gli Stati membri non sono in grado di gestire singolarmente¹⁵.

La novità più significativa introdotta dal Trattato di Lisbona è rappresentata, semmai, dal paragrafo 2 dell'art. 122, che affianca a quello previsto dal par. 1 un altro (e nuovo) meccanismo di assistenza finan-

¹² *Ibid.*, punto 13.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Tale precisazione, ricollegabile allo spirito di solidarietà che deve informare – ai termini dell'art. 194, par. 1 TFUE – la politica energetica dell'Unione, è stata inserita nel diritto primario a seguito della crisi del gas tra Russia ed Ucraina scoppiata nel 2006: v. S. ANDOURA, *Energy solidarity in Europe: from independence to interdependence*, Notre Europe Policy Paper n. 99 (<http://www.notre-europe.eu/media/energysolidarity-andoura-neijd-july13.pdf?pdf.ok>), p. 30. Essa si inserisce, peraltro, in un più vasto processo di valorizzazione degli obblighi di solidarietà interstatale operato dal Trattato di Lisbona, rispetto al quale v. per tutti C. BOUTAYEB (sous la direction de), *Solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Paris, 2011.

¹⁵ N. COLACINO, *Art. 122 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 1190 ss., p. 1191. Secondo A. MIGLIO, *op. cit.*, p. 3, «[w]hile in the past the case law has followed a restrictive approach, excluding that the mechanism could be invoked in areas falling within the scope of common policies, this reading may be no longer justified with regard to the phraseology adopted by the Lisbon Treaty».

ziaria a favore degli Stati membri¹⁶. Esso è attivabile solo qualora questi ultimi si trovino in difficoltà o siano seriamente minacciati da gravi difficoltà, «a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al [...] loro] controllo». In questo caso, è previsto che il Consiglio, su proposta della Commissione, possa concedere ai Paesi membri di cui è questione l'assistenza necessaria, subordinando l'aiuto al rispetto di «determinate condizioni».

La lettura combinata delle due disposizioni consente di affermare che il secondo meccanismo è attivabile essenzialmente nei soli casi in cui le circostanze eccezionali siano indipendenti dalla volontà dello Stato interessato: in questo senso, infatti, va interpretato l'inciso secondo cui le difficoltà in cui versa il Paese devono derivare da circostanze «che sfuggono al suo controllo»¹⁷. Recentemente, la Corte di giustizia ha poi avuto modo di precisare che, al contrario del par. 2 dell'art. 122 TFUE, il par. 1 «non rappresenta un fondamento giuridico adeguato per un'eventuale assistenza finanziaria dell'Unione agli Stati membri che già si trovano o rischiano di trovarsi in gravi problemi finanziari»¹⁸.

Alla luce di quanto precede, la scelta operata dal Consiglio di fondare la fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione sul paragrafo 1 dell'art. 122 appare quantomeno discutibile. Ciò per due differenti ragioni.

Anzitutto, rileva l'ambito di applicazione del paragrafo 2 del medesimo articolo, che, riferendosi a calamità naturali o circostanze eccezionali fuori dal controllo degli Stati membri, appare più *specificamente* idoneo a ricomprendere le situazioni che consentono l'attivazione dell'assistenza ai sensi del regolamento 2016/369 (ossia catastrofi naturali

¹⁶ Questa forma di assistenza è stata per la prima volta attivata per far fronte alla crisi economico-finanziaria. In particolare, la norma è stata utilizzata per la costituzione del meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (tramite il regolamento 407/2010, in GUUE L 118, del 12 maggio 2010, p. 1 ss.). V. in proposito V. BORGER, *How the Debt Crisis Exposes the Development of the Solidarity in the Euro Area*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 7 ss., pp. 26-29.

¹⁷ Così anche N. COLACINO, *op. cit.*, p. 1191.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756, punto 116. La pronuncia riguardava, come noto, la validità della revisione operata sull'articolo 136 TFUE al fine di consentire agli Stati membri di istituire il meccanismo europeo di stabilità.

o provocate dall'uomo in atto o potenziali). La precisazione è importante dato che la Corte di giustizia ha avuto cura di rammentare in più di un'occasione che, «qualora esista nel Trattato una disposizione *più specifica* che possa costituire la base giuridica dell'atto in questione, quest'ultimo deve fondarsi su tale disposizione»¹⁹.

In dottrina, si è sostenuto che la scelta della base giuridica operata dal Consiglio nel caso di specie sarebbe comunque corretta, posto che «Art. 122, para. 2, only envisages the granting of financial assistance to Member States, whereas the “measures” to be adopted under para. 1 may encompass a broader range of instruments»²⁰. Si tratta, tuttavia, di una tesi non condivisibile. In primo luogo, occorre ricordare che la seduta plenaria della Corte di giustizia ha chiarito, nella pronuncia relativa al caso *Pringle*, che «l'articolo 122 TFUE ha *unicamente* per oggetto un'assistenza finanziaria concessa dall'Unione [...]»²¹; ciò senza distinguere in alcun modo tra l'assistenza prevista nel primo paragrafo e quella richiamata nel secondo. In secondo luogo, poi, va precisato che il fatto che l'art. 122, par. 2, preveda un'assistenza meramente finanziaria non impedisce certo una sua attivazione per far fronte ad esigenze contingenti. Del resto, è lo stesso regolamento 2016/369 a rammentare la necessità di dotare l'Unione di uno strumento finanziario che sia in grado di garantire, tra l'altro, assistenza alimentare, sanitaria, rifugio, acqua servizi igienico-sanitari, protezione e istruzione alle persone colpite da catastrofi nel territorio dei Paesi membri²². È noto poi che, nell'ambito dell'aiuto umanitario prestato dall'Unione, cui il regolamento in esame espressamente rinvia, queste ultime forme di assistenza si realizzano in modo mediato, tramite, per l'appunto, il *finanziamento* di organizzazioni chiamate a realizzare i singoli progetti. Lo stesso schema si applica anche al sostegno di emergenza. Ed in effetti, colla prima decisione adottata dalla Commissione europea in attuazione del regolamento, è stato previsto un supporto finanziario di 300 milioni di euro per

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012, causa C-490/19, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2012:525, punto 44.

²⁰ A. MIGLIO, *op. cit.*, p. 3.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., punto 118; corsivo aggiunto.

²² Così, in particolare, il 'considerando' n. 5.

sostenere progetti a favore degli Stati membri interessati dal massiccio flusso di rifugiati che riguardano, tra l'altro, l'assistenza alimentare, sanitaria, l'istruzione, l'accesso all'acqua e la protezione delle persone²³.

Vi è poi un secondo motivo che induce a ritenere impropria la qualificazione della base giuridica operata dal Consiglio nel caso di specie. Esso ha a che vedere colla posizione del Parlamento europeo rispetto all'adozione del sostegno di emergenza. Invero, mentre l'art. 122, par. 1, non prevede in alcun modo l'intervento del Parlamento nell'adozione delle misure attuative del meccanismo di assistenza finanziaria²⁴, il par. 2 richiede che il presidente del Consiglio *informi* il Parlamento riguardo alla decisione presa. Certo, il coinvolgimento dell'istituzione parlamentare appare comunque estremamente limitato. E, tuttavia, non vi è dubbio che la soluzione prospettata dal par. 2 consenta quantomeno di garantire una minima salvaguardia delle prerogative parlamentari²⁵. Salvaguardia che, vale la pena ricordarlo, costituisce uno degli elementi presi in considerazione dalla Corte di giustizia nel sindacato da essa svolto sulla scelta della base giuridica; e che dà corpo a quella legittimazione «europea» che, come osservato in dottrina²⁶, rappresenta, assieme alla legittimazione «nazionale», il fondamento su cui si regge il

²³ Art. 2, lett. a), della decisione del 15 aprile 2016 (ECHO/-EU/BUD/2016/01000), disponibile all'indirizzo Internet: http://ec.europa.eu/echo/funding-evaluations/funding-emergency-support_en.

²⁴ Nel riferirsi alla proposta della Commissione europea relativa all'istituzione del sostegno di emergenza, l'istituzione parlamentare ha preso atto che essa non risulta idonea a «garantire il pieno rispetto delle prerogative del Parlamento europeo in qualità di colegislatore». Cfr. risoluzione del Parlamento europeo, del 13 aprile 2016, concernente la posizione del Consiglio sul progetto di bilancio rettificativo n. 1/2016 dell'Unione europea per l'esercizio 2016, nuovo strumento che fornisce sostegno di emergenza all'interno dell'Unione, doc. P8_TA(2016)0113, punto 2. Come evidenziato a seguire in testo, tuttavia, nemmeno l'adozione dell'atto sulla base del paragrafo 2 dell'art. 122 avrebbe garantito quanto richiesto dal Parlamento.

²⁵ V. anche L. DEN HERTOOG, *op. cit.*, p. 10, che ricorda come lo strumento in esame «has lasting impacts beyond this refugee crisis and would hence merit democratic discussion on the medium- and long-term objectives and governance structures».

²⁶ U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011, pp. 28-29.

principio della democrazia rappresentativa vigente a livello sovranazionale.

È vero che, sempre nella pronuncia relativa al caso *Pringle*, la plenaria della Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 122, par. 2, TFUE non rappresenta la base giuridica adeguata per l'istituzione di un meccanismo di assistenza finanziaria *permanente*²⁷. La precisazione è importante, dal momento che, come ricordato nell'introduzione²⁸, il sostegno di emergenza intende dare vita ad un meccanismo di assistenza strutturato. Potrebbe pertanto ritenersi che questo elemento osti al ricorso all'art. 122, par. 2, come base giuridica del provvedimento. La riconciliazione di quanto precisato dalla Corte in *Pringle* con le caratteristiche del sostegno è comunque possibile laddove si acceda ad una interpretazione flessibile del requisito della non permanenza. Questo perché il carattere «permanente» del meccanismo di sostegno risulta, ad un più attento sguardo, piuttosto tenue. Ciò emerge, anzitutto, con riferimento alle singole decisioni di finanziamento delle operazioni di assistenza. Come precisato nel regolamento 2016/39, infatti, le azioni che ottengono un sostegno finanziario sono sottoposte ad un controllo periodico da parte della Commissione che, al più tardi 12 mesi dopo l'attivazione del sostegno, presenta una relazione al Consiglio, proponendo, del caso, di porre fine all'assistenza²⁹. In secondo luogo, ed in particolare, anche il carattere permanente del generale schema di sostegno ideato col regolamento 2016/369 appare ridimensionato dall'obbligo di riesame del regolamento che grava in capo alla Commissione europea, la quale entro il 17 marzo 2019 sarà chiamata a presentare una valutazione generale sul suo funzionamento, proponendone, ove necessario, la modifica o abrogazione³⁰. Sulla questione si avrà comunque modo di tornare nel paragrafo conclusivo di questo contributo³¹.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, cit., punto 65.

²⁸ V. *supra*, par. 1.

²⁹ Art. 1, par. 1.

³⁰ Art. 1, par. 2.

³¹ V. *infra*, par. 4.

3. *L'interazione del sostegno di emergenza con altri strumenti di diritto UE*

Il secondo profilo che merita di essere considerato è rappresentato dall'impatto del sostegno di emergenza – e dell'incorporazione suo tramite dell'aiuto umanitario – su altri meccanismi di cooperazione che possono essere attivati in situazioni di emergenza. In effetti, se è vero che il regolamento 2016/369 interviene colmando *formalmente* una lacuna dell'ordinamento, che prevedeva l'assistenza umanitaria solo nei confronti di Paesi terzi, è altrettanto indubbio che esso viene a collocarsi in un quadro normativo che è comunque tutt'altro che spoglio. Sono, invero, molteplici gli strumenti e i meccanismi di assistenza finanziaria che l'Unione ha nel tempo sviluppato per fornire aiuto agli Stati membri colpiti da calamità³². E numerosi sono gli strumenti che hanno consentito all'Unione di fornire assistenza ai Paesi membri maggiormente interessati dalla «crisi dei rifugiati»³³.

I limiti di spazio che contraddistinguono questo contributo non consentono di considerare nel dettaglio ciascuna delle soluzioni normative sin qui elaborate. Ciò che interessa considerare è l'interazione del sostegno di emergenza con i principali meccanismi *permanenti* di assistenza previsti dal diritto UE che risultano applicabili nel caso di disastro naturale o antropico, ossia: *i*) il meccanismo unionale di protezione civile; *ii*) gli ulteriori strumenti di assistenza finanziaria attivabili in caso di calamità prodottasi all'interno dell'Unione; e *iii*) la clausola di solidarietà. Tale analisi verrà svolta tenendo conto che, come indicato nel regolamento 2016/369, il sostegno di emergenza

può essere fornito solo se la catastrofe ha una dimensione e un impatto eccezionali tali da determinare conseguenze umanitarie gravi e di vasta portata in uno o più Stati membri, e solo in circostanze eccezionali in cui nessun altro strumento a disposizione degli Stati membri e dell'Unione risulti sufficiente³⁴.

³² V. M. GESTRI, *EU Disaster Response Law: Principles and Instruments*, in A. DE GUTTRY, G. VENTURINI, M. GESTRI (eds.), *op. cit.*, p. 105 ss.

³³ L. DEN HERTOOG, *op. cit.*

³⁴ Art. 1, par. 1.

L'ottica da assumere, pertanto, è quella che vede nello strumento in esame un supporto eccezionale e un *last resort mechanism*.

3.1. L'interazione col meccanismo unionale di protezione civile

Introdotta sulla base dell'art. 196 TFUE, l'attuale meccanismo unionale di protezione civile³⁵ rappresenta il principale strumento di cooperazione tra gli Stati membri per migliorare l'efficacia dei sistemi di prevenzione, preparazione e risposta alle catastrofi naturali e provocate dall'uomo che si verificano all'interno e all'esterno dell'Unione³⁶. Con specifico riguardo alla risposta ai disastri, il meccanismo prevede un sistema di cooperazione su base volontaria che consente allo Stato colpito dalla calamità di beneficiare dell'assistenza tecnico-operativa messa a disposizione da parte degli Stati membri³⁷. Per facilitare e velocizzare la risposta, il meccanismo prevede pure la costituzione di una Capacità europea di risposta emergenziale (EERC), ossia un *pool* volontario di mezzi che gli Stati membri possono pre-impegnare mettendoli a disposizione delle operazioni di protezione civile³⁸. Il meccanismo è stato attivato in più occasioni nel corso del 2015 e 2016 per far fronte alle esigenze determinate dalla «crisi dei rifugiati». Croazia, Grecia, Serbia, Slovenia e Ungheria hanno ricevuto assistenza da parte di 15 Stati partecipanti al meccanismo, che hanno messo a loro disposizione moduli e beni di primo soccorso³⁹. Da parte sua, per il solo 2015,

³⁵ Decisione 1313/2013/UE su un meccanismo unionale di protezione civile, in GUUE L 347, del 20 dicembre 2013, p. 924 ss. Per una visione di insieme del meccanismo v. M. GESTRI, *La risposta alle catastrofi nell'Unione europea: protezione civile e clausola di solidarietà*, in M. GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, p. 3 ss.

³⁶ Art. 1 della decisione.

³⁷ Art. 15 della decisione.

³⁸ Art. 11, par. 7, della decisione.

³⁹ V. la scheda «Refugee crisis in Europe», disponibile all'indirizzo Internet: http://ec.europa.eu/echo/refugee-crisis_en. Per una visione aggiornata dello sforzo di assistenza compiuto dagli Stati membri nell'ambito del meccanismo a favore della Grecia v. invece Union Civil Protection Mechanism, *Accepted Participating States' Support to Civil Protection Mechanism for Greece (Communicated as of 5 December 2016)*, di-

l'Unione europea ha contribuito con 490.000 euro al cofinanziamento di spedizioni e consegne ai Paesi interessati dalla crisi⁴⁰.

È importante sottolineare, peraltro, che il meccanismo ha sviluppato, nel tempo, un elevato livello di complementarietà coll'aiuto umanitario (evidentemente nell'ipotesi in cui venga richiesta la sua attivazione per un evento verificatosi al di fuori dell'Unione). Tale complementarietà è emersa tanto sul piano della prassi quanto su quello normativo⁴¹.

A livello di prassi, va anzitutto richiamata la decisione, assunta nel 2010 da Barroso e confermata dall'attuale Presidente della Commissione Juncker⁴², di prevedere un unico portafoglio per gli aiuti umanitari e la gestione delle crisi (DG ECHO), al momento affidato al Commissario Christos Stylianides. Il coordinamento istituzionale tra il meccanismo unionale e l'aiuto umanitario è stato poi oggetto, più di recente, di un'attenta riflessione da parte del Consiglio dell'Unione europea su iniziativa della Presidenza italiana, sfociata, nel dicembre 2014, nell'adozione di un Nuovo partenariato per la gestione delle catastrofi⁴³. Il Partenariato intende lanciare una cooperazione rafforzata (il termine è utilizzato nel documento in senso a-tecnico) tra le autorità di protezione civile e quelle di aiuto umanitario, incoraggiando gli Stati membri e la Commissione europea ad utilizzare al meglio gli strumenti disponibili per favorire la coerenza nella risposta europea alle crisi umanitarie e per consolidare la consapevolezza tra le autorità rilevanti sui rispettivi mandati, ruoli e *modi operandi*. Da segnalare, da ultimo, la circostanza,

sponibile all'indirizzo Internet: http://ec.europa.eu/echo/files/Refugee_Crisis/EUCPM_Support_en.pdf.

⁴⁰ Cfr. Commissione europea, *Relazione annuale sulle politiche di aiuto umanitario e protezione civile dell'Unione europea e sulla loro attuazione nel 2015*, COM (2016) 751 def., 1° dicembre 2016, p. 17.

⁴¹ V. *amplius* F. CASOLARI, *La dimensione esterna dell'azione dell'Unione europea nella risposta a disastri naturali ed antropici: quale coerenza?*, in M. GESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 63 ss., p. 82 ss.

⁴² V. la *Mission letter* redatta dal Presidente Juncker e indirizzata al Commissario per gli aiuti umanitari e la gestione delle crisi del 1° novembre 2014 (disponibile all'indirizzo Internet: http://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/stylianides_en.pdf).

⁴³ V. Consiglio dell'Unione europea, *Risultati della 3362° sessione del Consiglio «Affari generali»*, doc. 16936/14, 16 dicembre 2014, p. 27 ss.

già evidenziata in altra sede⁴⁴, che ha visto un progressivo allineamento dell'ambito materiale di applicazione del meccanismo unionale con quello dell'azione umanitaria dell'UE. Si tratta di un elemento di prassi significativo dal momento che, al contrario delle disposizioni relative all'assistenza umanitaria, la disciplina del meccanismo sembrerebbe a stretto rigore escluderne l'applicazione in caso di conflitto. E tuttavia, esso è stato in realtà attivato anche in casi di conflitto armato: è il caso, ad esempio, degli interventi, disposti nel 2014 e 2015, per prestare assistenza, sul piano operativo, agli sfollati interni in Iraq e Ucraina. Assai significativamente, in entrambi questi casi l'attivazione del meccanismo è stata affiancata da forme di assistenza umanitaria.

Per quanto riguarda, invece, le misure di coordinamento sul piano normativo, occorre richiamare l'esigenza, evidenziata nella decisione 1313/2013 – all'art. 16, par. 11 –, che il meccanismo operi in stretta sinergia col regolamento 1257/96. La decisione precisa anche – all'art. 26, par. 3 – che laddove il meccanismo sia attivato nell'ambito di un'azione umanitaria dell'Unione esso debba risultare coerente col (cioè conforme al) Consenso europeo sull'aiuto umanitario («Consenso europeo»), una dichiarazione comune del Consiglio, dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione europea che ha definito i principi e gli obiettivi comuni nel campo dell'aiuto umanitario⁴⁵, oggi richiamati anche nell'art. 214 TFUE.

Ora, ribadito che la complementarità tra le due forme di assistenza evocata dalla decisione del 2013 opera *solo nel caso in cui il meccanismo sia attivato all'esterno dell'Unione*, e che, come precisato nel Consenso europeo, «[i] principi che si applicano all'aiuto umanitario sono specifici e distinti dalle altre forme di aiuto»⁴⁶, sembra potersi sostenere che tali principi rilevino anche quando l'assistenza è fornita all'interno dell'Unione, colla conseguenza che non si può escludere che essi finiscano coll'influenzare (*rectius*, informare) anche le modalità tramite le quali il meccanismo opera nell'Unione.

⁴⁴ F. CASOLARI, *La dimensione esterna*, cit., pp. 98-99.

⁴⁵ In GUUE C 25, del 30 gennaio 2008, p. 1 ss.

⁴⁶ Punto 22. V. anche P. VAN ELSUWEGE, J. ORBIE, *op. cit.*, pp. 31-32.

A favore di questa conclusione militano alcune circostanze. Anzitutto il fatto che i principi umanitari in questione (imparzialità, neutralità e non discriminazione) sono richiamati – con formule sostanzialmente analoghe⁴⁷ e, ciò che più conta, senza distinzione alcuna quanto al loro ambito di applicazione *ratione loci* – nei principali strumenti internazionali relativi all'assistenza umanitaria⁴⁸ e sono ormai considerati «the common denominator of HRL [Human Rights Law], IHL [International Humanitarian Law] and IDRL [International Disaster Law]»⁴⁹. Si è anche sostenuto che essi facciano parte di un *acquis humanitaire* applicabile in qualsiasi situazione emergenziale (quale che sia la causa che l'ha determinata)⁵⁰.

Inoltre, il fatto che tali principi siano direttamente riconducibili anche all'ambito della tutela dei diritti fondamentali porta a ritenere che la loro applicazione – all'interno dell'Unione europea – discenda pure, quanto meno per alcuni di essi, dal carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che dedica un intero titolo ad uguaglianza e non discriminazione (artt. 20-27) e che ovviamente fonda l'intera sua

⁴⁷ Sulla sostanziale coincidenza dei principi menzionati dal diritto UE con quelli che figurano di regola negli strumenti internazionali (ossia: umanità, neutralità, imparzialità), v. F. CASOLARI, *The External Dimension*, cit., pp. 151-152.

⁴⁸ V. in proposito la ricognizione compiuta dallo *Special Rapporteur* della Commissione del diritto internazionale Eduardo Valencia-Ospina, nel suo *Third report on the protection of persons in the event of disasters*, doc. A/CN.4/629, 31 marzo 2010. La vincolatività di tali principi nell'assistenza fornita in caso di disastro è ribadita anche nell'art. 6 del Progetto di articoli sulla protezione delle persone in caso di disastri adottato in seconda lettura dalla Commissione del diritto internazionale nel 2016 (doc. A/CN.4/L.871, 26 maggio 2016): «Response to disasters shall take place in accordance with the principles of humanity, neutrality and impartiality, and on the basis of non-discrimination, while taking into account the needs of the particularly vulnerable».

⁴⁹ Così G. VENTURINI, *International Disaster Response Law in Relation to Other Branches of International Law*, in A. DE GUTTRY, G. VENTURINI, M. GESTRI (eds.), *op. cit.*, p. 45 ss., p. 53.

⁵⁰ V. D. CUBIE, *Clarifying the Acquis Humanitaire: A Transnational Legal Perspective on the Internalization of Humanitarian Norms*, in D.D. CARON, M.J. KELLY, A. TELESETSKY (eds.), *The International Law of Disaster Relief*, Cambridge, 2014, p. 338 ss. Sull'applicazione dei principi umanitari in contesti caratterizzati da massicci flussi migratori, v. poi K. SYKES, *Hunger Without Frontiers: The Right to Food and State Obligations to Migrants*, *ivi*, p. 190 ss., spec. pp. 191-192.

costruzione sull'inviolabilità della dignità umana (art. 1), di cui il principio di umanità è notoriamente una diretta espressione. Pare del resto evidente che la Carta trovi applicazione, fungendo pertanto da parametro di riferimento, anche con riguardo alle attività finanziate alla luce del regolamento 2016/369⁵¹.

È importante, infine, evidenziare che la soluzione proposta appare del tutto in linea coll'esigenza generale di coerenza tra i settori dell'azione esterna e le altre politiche dell'Unione esplicitata nell'art. 21, par. 3, TUE; esigenza che, se declinata nell'ambito specifico qui considerato, richiede che le azioni di assistenza umanitaria realizzate all'interno dell'Unione siano informate dai medesimi principi che reggono l'aiuto umanitario fornito all'esterno⁵².

Tutto ciò premesso, nella comunicazione che accompagna la proposta relativa all'introduzione del sostegno di emergenza la Commissione europea ha fatto riferimento ad una inadeguatezza di fondo del meccanismo di protezione civile rispetto «alle necessità umanitarie strutturali di vasta portata derivanti dalla crisi migratoria e dei rifugiati»⁵³. Più precisamente, sempre secondo la Commissione, le attivazioni del meccanismo sin qui verificatesi

hanno dimostrato che l'assistenza reciproca *volontaria* funziona bene quando un singolo Stato membro è sopraffatto da una catastrofe, ma non è concepita per far fronte a situazioni che potrebbero colpire vari Stati membri⁵⁴.

Anche il testo del regolamento 2016/369 individua nella natura volontaria del contributo fornito dagli altri Stati membri nei confronti dello Stato colpito dalla calamità il limite più significativo dell'assistenza prestata tramite il meccanismo⁵⁵.

Ora, non vi è dubbio che il meccanismo si fondi sul rispetto della volontà degli Stati membri. Ciò rappresenta, peraltro, un'applicazione,

⁵¹ Così anche A. MIGLIO, *op. cit.*, p. 6.

⁵² In generale, sulla portata dell'obbligo di coerenza in situazioni emergenziali, v. F. CASOLARI, *La dimensione esterna*, cit., pp. 63-74.

⁵³ Doc. COM (2016) 116 def., cit., p. 2.

⁵⁴ *Ibid.*; corsivo aggiunto.

⁵⁵ V. il 'considerando' n. 5.

in ambito sovranazionale, del principio internazionalistico che vuole che sia lo Stato colpito dalla calamità ad avere la responsabilità primaria di proteggere le persone sottoposte alla sua giurisdizione⁵⁶. Detto questo, occorre tuttavia anche segnalare che l'istituzione della Capacità europea di risposta emergenziale introdotta dalla decisione 1313/2013, come correttamente ricordato in dottrina⁵⁷, risponde proprio all'esigenza di migliorare la pianificazione delle operazioni di riposta e di assicurare la disponibilità delle risorse necessarie per far fronte alle calamità, anche mediante forme di finanziamento a carico della Commissione europea. D'altra parte, non pare che la natura volontaria della risposta alle richieste di assistenza abbia fin qui rappresentato un ostacolo concreto al dispiegamento di mezzi, anche in scenari complessi. Oltre a quanto già detto a proposito dell'attivazione del meccanismo per fronteggiare la «crisi dei rifugiati»⁵⁸, che certo non può dirsi espressione dell'inerzia degli Stati membri, va ricordata la sua messa in opera in occasione della crisi determinata dallo scoppio dell'epidemia di Ebola in Africa occidentale. Si tratta, infatti, del più importante sforzo di dispiegamento di mezzi e persone da parte dell'Unione sin qui registratosi per far fronte ad una emergenza globale di natura complessa, che ha dimostrato come, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione europea nel documento di accompagnamento alla proposta di costituzione del sostegno⁵⁹, il meccanismo ben possa operare anche in situazioni che interessano più Stati⁶⁰.

⁵⁶ Il principio è ribadito anche nell'art. 10 del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla protezione delle persone in caso di disastri.

⁵⁷ M. GESTRI, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁸ V. *supra*, nota 39 e testo corrispondente.

⁵⁹ Doc. COM (2016) 116 def., cit., p. 2.

⁶⁰ Paradossalmente, è la stessa Commissione europea, nella Relazione annuale sulle politiche di aiuto umanitario e protezione civile dell'Unione europea e sulla loro attuazione nel 2015, a mettere in luce l'efficacia dell'attivazione del meccanismo in uno scenario così complesso quale è stato quello rappresentato dallo scoppio della epidemia di Ebola: «[l]'attivazione del meccanismo di protezione civile dell'UE ha consentito l'invio rapido e coordinato di forniture di emergenza ed esperti messi a disposizione dagli Stati membri (più di 100 voli e due navi cargo). È stato creato un sistema di evacuazione medica a sostegno della mobilitazione per garantire la sicurezza degli operatori umanitari internazionali. L'invio di laboratori mobili da parte della Commissione è

A quanto detto occorre aggiungere un'ulteriore considerazione. L'accento posto dalla comunicazione della Commissione, e dallo stesso regolamento 2016/369, sulla natura volontaria su cui poggia il meccanismo unionale sembrerebbe sottintendere una discontinuità di fondo del sostegno di emergenza rispetto alla cooperazione in materia di protezione civile. Dunque, se ne dovrebbe dedurre che il sostegno possa *in ogni caso* essere attivato laddove ne ricorrano i requisiti. Si tratta di una tesi non condivisibile. È vero che il regolamento 2016/369 non precisa che il sostegno possa essere fornito solo col consenso dello Stato colpito dalla calamità. Esso si limita a riconoscere – all'art. 1, par. 2 – quanto segue:

[i]l sostegno di emergenza [...] è inteso a supporto e integrazione delle azioni dello Stato membro interessato. A tal fine, è assicurata una stretta cooperazione e consultazione con lo Stato membro interessato.

La permanenza del principio consensualistico può tuttavia agevolmente dedursi dall'art. 4, par. 2, TUE, ove si precisa che l'Unione

[r]ispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale.

La formula utilizzata nel Trattato, segnatamente l'espressione «in particolare», chiarisce che qualsiasi funzione essenziale dello Stato è preservata dall'Unione. Ebbene, non vi è dubbio che fra tali funzioni sia compresa anche la responsabilità di proteggere le persone sottoposte alla giurisdizione statale, che, come si ricordava poc'anzi, viene considerata dal diritto internazionale una diretta manifestazione della sovranità. In dottrina si è giustamente osservato che «tale norma [ossia

stato fondamentale per la diagnosi della malattia da virus Ebola nella popolazione dell'Africa occidentale». Cfr. doc. COM (2016) 751 def., cit., p. 18. È appena il caso di evidenziare che un intervento in una pluralità di Stati terzi è certamente più problematico rispetto ad un'azione che investa più Stati membri dell'Unione, non potendo trovare applicazione al riguardo tutta una serie di disposizioni di diritto UE che rappresentano *per se* uno strumento di facilitazione della risposta (a partire dalla disciplina di attuazione della libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi).

l'art. 4, par. 2, TUEJ ha il sicuro significato, politico e giuridico, di salvaguardare la sovranità degli Stati membri»⁶¹. Per questa stessa ragione, la norma non può essere derogata da altre disposizioni di diritto primario, compresa, evidentemente, la base giuridica del sostegno di emergenza – sia quella effettivamente «attivata» dal legislatore europeo (l'art. 122, par. 1) che anche quella che avrebbe dovuto essere più opportunamente utilizzata (ossia l'art. 122, par. 2). È dunque corretto sostenere che qualsiasi azione di sostegno disposta dall'Unione alla luce del regolamento in esame debba intendersi comunque subordinata al consenso del Paese (o dei Paesi) membro(i) interessato(i) dalla calamità⁶².

In base a quanto sin qui detto, sembra allora di potersi concludere che il fattore *realmente* distintivo del sostegno di emergenza rispetto al meccanismo unionale di protezione civile sia costituito dalla tipologia dell'assistenza fornita: nel caso del sostegno di emergenza essa è meramente finanziaria mentre il meccanismo unionale prevede un supporto essenzialmente tecnico-operativo, l'assistenza finanziaria venendo sostanzialmente limitata ad azioni che consentano l'accesso ad attrezzature e risorse di trasporto⁶³.

3.2. *L'interazione con gli altri strumenti finanziari applicabili in caso di calamità*

Se il fattore distintivo del sostegno di emergenza rispetto al meccanismo di protezione civile è rappresentato dal carattere esclusivamente finanziario dell'assistenza fornita, occorre allora compiere alcune considerazioni circa il rapporto del sostegno con gli altri strumenti finanziari attivabili in caso di calamità che colpisca uno Stato membro. Al tema è dedicata una disposizione del regolamento 2016/369 – l'art. 6 – che menziona in particolare lo strumento di sostegno finanziario per la cooperazione di polizia, la prevenzione e la lotta alla criminalità e la

⁶¹ U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 4° ed., Bari, 2016, p. 68.

⁶² Anche A. MIGLIO, *op. cit.*, p. 6 sottolinea che «Member States [...] remain chiefly responsible for addressing the consequences of events justifying activation of the emergency support».

⁶³ Art. 23 della decisione 1313/2013.

gestione delle crisi⁶⁴, lo strumento di sostegno finanziario per le frontiere esterne e i visti⁶⁵, e il Fondo Asilo, migrazione e integrazione (AMIF)⁶⁶.

La disposizione, significativamente rubricata «Complementarietà e coerenza dell'azione dell'Unione», si limita però a dichiarare che:

[s]i perseguono sinergie e complementarietà con altri strumenti dell'Unione, in particolare con quelli attraverso quali può essere offerta qualche forma di assistenza o sostegno di emergenza.

Si tratta, dunque, più di una petizione di principio che di una norma operativa, non essendo chiarito in alcun modo come debbano svilupparsi tali sinergie, che, presumibilmente, dovrebbero essere ricercate e messe in opera dalla Commissione europea (cui spetta la gestione materiale degli strumenti in parola)⁶⁷.

Qualche indicazione in più viene dal 'considerando' n. 5 del regolamento istitutivo del sostegno che, nel menzionare l'assistenza che può esser fornita attraverso gli strumenti politici e finanziari attivabili dal-

⁶⁴ Regolamento 513/2014, in GUUE L 150, del 20 maggio 2014, p. 93 ss. Lo strumento è istituito nell'ambito del Fondo sicurezza interna (ISF).

⁶⁵ Regolamento 515/2014, in GUUE L 150, del 20 maggio 2014, p. 143 ss.

⁶⁶ Regolamento 516/2014, in GUUE L 150, del 20 maggio 2014, p. 168 ss. Anche quest'ultimo strumento è istituito nell'ambito dell'ISF. Nel 'considerando' 5 del regolamento 2016/39 viene menzionato il Fondo di solidarietà dell'Unione europea (istituito con regolamento 2012/2002, in GUCE L 311, del 14 novembre 2002, p. 3 ss.), che tuttavia – abbastanza sorprendentemente – non viene poi richiamato nella disposizione citata in testo. È vero che il Fondo di solidarietà ha una portata prevalentemente macro-finanziaria, che si sostanzia in un'unica sovvenzione che può essere utilizzata dallo Stato colpito da una catastrofe naturale grave per coprire una parte delle spese pubbliche sostenute per i piani di emergenza successivi alla catastrofe (art. 3, par. 1). Tuttavia, tra gli interventi di emergenza che possono beneficiare dell'assistenza finanziaria non mancano forme di assistenza prevalentemente umanitaria, quali, ad es., il ripristino delle infrastrutture e delle attrezzature nei settori della sanità e dell'istruzione o la realizzazione di misure provvisorie di alloggio e organizzazione dei servizi di soccorso destinati a soddisfare le necessità immediate della popolazione (art. 3, par. 2, lett. a) e b), rispettivamente).

⁶⁷ La circostanza non è priva di rilievo tenuto conto che la possibilità di contrasti tra i differenti strumenti finanziari che possono essere azionati in una situazione siffatta è tutt'altro che remota: v. L. DEN HERTOG, *op. cit.*, p. 11.

l'Unione in una situazione quale quella derivante dal flusso di migranti (ossia quelli «volti a realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione»), precisa che:

[l']assistenza e il sostegno di questo tipo sarebbero tuttavia accessori e subordinati al perseguimento degli obiettivi politici di detti strumenti e, di conseguenza, limitati per portata ed entità.

Il valore aggiunto del sostegno di emergenza verrebbe dunque, anzitutto, dal suo differente *ambito di applicazione*: qualificandosi eminentemente come strumento di natura umanitaria esso sarebbe infatti libero dai vincoli di natura politica che possono condizionare gli altri strumenti esistenti. D'altra parte, l'*entità materiale* del sostegno sarebbe maggiore, essendo, al contrario delle altre forme di finanziamento attivabili, esclusivamente dedicato all'assistenza umanitaria in caso di catastrofi.

Ora, quanto al primo profilo, relativo all'ambito di applicazione, pare difficile sostenere che la dimensione umanitaria – e dunque la necessità di rispettare i principi umanitari nella fornitura di assistenza – possano considerarsi prerogative del sostegno di emergenza. Vale in proposito quanto già ricordato poc'anzi riguardo all'applicazione dei principi in parola in caso di crisi umanitaria determinatasi all'interno dell'Unione⁶⁸. Peraltro, assai significativamente, tutti gli strumenti richiamati dall'art. 6 del regolamento 2016/369 fanno riferimento alla necessità di mantenere la coerenza colla politica umanitaria dell'Unione, in particolare nell'attuare le misure di emergenza⁶⁹, sicché è da escludersi che le esigenze umanitarie – ed i relativi principi – non incidano sulle determinazioni politiche assunte dalle istituzioni UE negli ambiti settoriali di volta in volta rilevanti. Non solo. Nel caso del regolamento che istituisce l'AMIF è prevista espressamente un'assistenza finanziaria emergenziale (art. 21), attivabile, tra l'altro (art. 2, lett. *k*), *i*)), nel caso di

⁶⁸ V. *supra*, par. 3.1.

⁶⁹ V. ad es. 'considerando' n. 18-19 del regolamento 513/2014, 'considerando' n. 36 del regolamento 515/2014 e 'considerando' n. 35 del regolamento 516/2014.

forti pressioni migratorie su uno o più Stati membri, caratterizzate da un afflusso massiccio e sproporzionato di cittadini di paesi terzi che ne sottopone le capacità di accoglienza e trattenimento e i sistemi e le procedure di asilo a considerevoli e urgenti sollecitazioni.

È vero che l'art. 21 del regolamento prevede che:

[l]e azioni attuate nei Paesi terzi conformemente al presente articolo sono coerenti e se del caso complementari con la politica umanitaria dell'Unione e rispettano i principi umanitari stabiliti nel consenso sull'aiuto umanitario⁷⁰.

È tuttavia evidente, stante la natura dei principi umanitari e l'obbligo di coerenza di cui all'art. 21, par. 3, TUE, che tali principi risultano applicabili anche qualora le misure di assistenza vengano disposte all'interno dell'Unione.

Riguardo al secondo profilo richiamato nel regolamento 2016/369 per distinguere il sostegno dagli altri strumenti finanziari, ossia la sua entità materiale (considerata più capiente), vale la pena ricordare anzitutto quanto precisato dalla Commissione europea in una comunicazione presentata nel settembre 2015 sulle misure operative da adottarsi per far fronte alla questione migratoria:

[l]a prevalenza della questione migratoria pone giustamente l'accento sulla necessità di rafforzare il finanziamento dell'UE [...] Ma è anche vero che gli Stati membri che ne hanno necessità possono già attingere al sostegno in varie forme, finanziarie e operative. Nei casi in cui ciò richiede la riprogrammazione dei piani attuali, questa opzione esiste proprio per consentire agli Stati membri di reagire in circostanze quali la crisi dei migranti. Una maggiore flessibilità nell'ambito del quadro finanziario pluriennale si rende urgentemente necessaria per consentire la riassegnazione di scarse risorse finanziarie a questi settori prioritari⁷¹.

Come si vede, la Commissione non riteneva (all'epoca) necessario sviluppare ulteriori strumenti per fare fronte a situazioni emergenziali

⁷⁰ Corsivo aggiunto.

⁷¹ Commissione europea, *Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, doc. COM (2015) 490 def., 23 settembre 2015, p. 11.

connesse ai flussi migratori in entrata. Semmai si pensava ad un rafforzamento degli strumenti esistenti tramite l'assegnazione di ulteriori risorse finanziarie⁷². Questa convinzione, apparentemente salda nei suoi presupposti, è evaporata completamente nel giro di sei mesi. Nel marzo 2016, sulla scia delle indicazioni politiche fornite dal Consiglio europeo, la Commissione europea ha avallato, infatti, la necessità di

un'ulteriore e immediata azione coordinata eccezionale per integrare e coadiuvare la risposta degli Stati membri e fare in modo che l'UE riesca ad evitare una tragedia umanitaria a tutti gli effetti all'interno dei suoi confini⁷³.

Ed ha pertanto proposto l'adozione del regolamento in esame. Dati i toni drammatici utilizzati dall'istituzione UE, ci si sarebbe potuti attendere il varo di uno strumento con una dotazione finanziaria altrettanto eccezionale. In realtà, il sostegno di emergenza ha ottenuto per il 2016 una dotazione di 300 milioni di euro⁷⁴, sostanzialmente destinati alla situazione dei rifugiati in Grecia. Il bilancio 2017 dell'Unione europea, approvato nel dicembre 2016, prevede poi che il sostegno ottenga una dotazione di 200 milioni di euro, a fronte dei 6 miliardi complessivi destinati al rafforzamento delle frontiere esterne ed alla gestione delle politiche migratorie dell'Unione⁷⁵.

Insomma, la sensazione è che lo strumento non presenti la dotazione economica sufficiente a fare fronte al (supposto) carattere eccezionale dell'emergenza richiamata in ultimo dalla Commissione. Non solo. Tenuto conto della sua destinazione d'uso, per il momento integralmente focalizzata sulla gestione dei flussi migratori, esso appare anche del tutto inidoneo a rappresentare un meccanismo cui ricorrere per porre

⁷² La Commissione precisava anche la possibilità, offerta agli Stati membri, di mobilitare, in attesa di una riprogrammazione complessiva dei programmi esistenti, anche i fondi strutturali, in particolare il Fondo di aiuti europei agli indigenti (istituito con regolamento 223/2014, in GUUE L 72, del 12 marzo 2014, p. 1 ss.).

⁷³ Doc. COM (2016) 116 def., cit., p. 2.

⁷⁴ V. la già citata decisione del 15 aprile 2016.

⁷⁵ Commissione europea, *EU budget deal focuses on the strengthening economy and responding to refugee crisis*, 17 novembre 2016 (disponibile all'indirizzo Internet: http://ec.europa.eu/budget/news/article_en.cfm?id=201611170947).

rimedio ad *altre* emergenze umanitarie che possano determinarsi negli Stati membri.

3.3. *L'interazione con la clausola di solidarietà*

L'ultimo profilo che rimane da considerare è quello relativo all'interazione del sostegno di emergenza con la clausola di solidarietà. Introdotta nel diritto primario dal Trattato di Lisbona, la clausola *de qua* determina, come noto, il sorgere di obblighi di assistenza, tanto da parte dell'Unione quanto da parte degli altri Stati membri, nei confronti di uno Stato membro che sia colpito da un attacco terroristico, una calamità naturale o una calamità provocata dall'uomo e che ne richieda l'attivazione. Non può dunque escludersi che la clausola possa venire attivata in un contesto in cui, astrattamente, anche il sostegno di emergenza potrebbe essere chiamato ad operare.

La questione principale che si pone a questo proposito è quella relativa all'interazione tra i presupposti di attivazione dei due strumenti. La clausola di solidarietà è concepita, infatti, come *last resort mechanism*, attivabile, da parte di uno Stato membro, solo se, «dopo essersi avvalso delle possibilità offerte dai mezzi e dagli strumenti esistenti a livello nazionale e dell'Unione, [esso] ritiene che la crisi oltrepassi chiaramente le capacità di risposta di cui dispone»⁷⁶. Si è visto, tuttavia, che anche il sostegno di emergenza presenta la medesima caratteristica, potendo essere fornito «solo in circostanze eccezionali in cui nessun altro strumento a disposizione degli Stati membri e dell'Unione risulti sufficiente»⁷⁷. Come risolvere, dunque, l'*impasse* determinata dalla lettura congiunta delle due condizioni, che pare dare vita ad un reciproco rinvio?

Occorre muovere dalla lettura dell'art. 122, par. 1, TFUE, che costituisce la base giuridica del sostegno. L'*incipit* della disposizione prevede, infatti, che le misure solidaristiche disposte dal Consiglio debbano

⁷⁶ Così l'art. 4, par. 1, della decisione 2014/415 relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà (GUUE L 192, del 1° luglio 2014, p. 53 ss.). Vedi anche M. GESTRI, *La clausola di solidarietà in caso di attacchi terroristici o di calamità (art. 222 TFUE)*, in *Studi in onore di Luigi Costato. Volume secondo. Diritto alimentare – diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2014, p. 537 ss., p. 546.

⁷⁷ Art. 1, par. 1, del regolamento 2016/369.

fare «salva ogni altra procedura prevista dai Trattati». La norma ingloba pertanto una *without prejudice clause*, che dovrebbe, a stretto rigore, sottintendere che le misure di assistenza nei confronti degli Stati adottate ex art. 122, par. 1, TFUE debbono assicurare la precedenza agli altri meccanismi di solidarietà previsti dal diritto primario, inclusi, evidentemente, quelli incorporati nella clausola di solidarietà. Tuttavia, viste le condizioni di applicazione di quest'ultima clausola, ed in particolare la previsione che la stessa debba operare come *last resort mechanism*, è possibile sostenere che il rinvio implicito desumibile dall'art. 122 a favore dell'art. 222 TFUE produca, in realtà, il verificarsi di un'ipotesi di... rinvio-indietro, richiedendo, pertanto, l'applicazione del sostegno di emergenza prima dei dispositivi di risposta previsti dalla clausola di solidarietà. Questa interpretazione appare in linea con la prassi, posto che la fornitura, nel 2016, di sostegno di emergenza alla Grecia non è stata preceduta da alcuna richiesta, da parte dello Stato membro, di attivazione della clausola di solidarietà⁷⁸.

4. Il sostegno di emergenza e il diritto UE ai tempi delle «crisi»

Il sostegno di emergenza costituisce solo una tessera del composito mosaico che riproduce la reazione dell'Unione europea alla situazione determinata dal massiccio afflusso di migranti attraverso le rotte mediterranee. E, tuttavia, ne è una tessera significativa, che ben illustra le contraddizioni e gli aspetti problematici delle soluzioni normative sin qui individuate.

⁷⁸ È noto peraltro che i rilevanti nodi interpretativi concernenti la clausola (*in primis* quelli relativi all'entità degli obblighi di solidarietà previsti in capo agli Stati membri) hanno fino ad ora impedito una sua concreta invocazione da parte dei Paesi UE. Sulla mancata attivazione della clausola dopo gli attacchi terroristici di Parigi del 2015, v. A. ALÌ, *L'attivazione della clausola UE di mutua assistenza a seguito degli attacchi terroristici del 13 novembre 2015 in Francia*, in *SIDIBlog*, 21 dicembre 2015 (<http://www.sidiblog.org/2015/12/21/lattivazione-della-clausola-ue-di-mutua-assistenza-a-seguito-degli-attacchi-terroristici-del-13-novembre-2015-in-francia/>).

Anzitutto, esso rappresenta un perfetto esempio di quella «experimental governance»⁷⁹ che le istituzioni europee hanno sin qui utilizzato per far fronte alla questione migratoria. Lungi dal richiamare precedenti esperienze «di laboratorio» messe in opera con successo dagli attori istituzionali dell'Unione (ad es. la cooperazione istituita mediante il «laboratorio Schengen»), l'*experimental governance* in questione si riferisce allo sviluppo, da parte delle istituzioni dell'Unione, di un approccio casuistico, per lo più contraddistinto dalla elaborazione di soluzioni «creative» o straordinarie, ritenute consone ad affrontare una situazione eccezionale quale è considerata, per l'appunto, la «crisi dei rifugiati». In questo, la risposta dell'Unione richiama da vicino quella elaborata per far fronte alla crisi economico-finanziaria⁸⁰, anche se va detto che nel caso della questione migratoria le soluzioni sono state per lo più ricercate all'interno del diritto dell'Unione, senza che emergesse dunque, come invece avvenuto per la crisi economico-finanziaria, una involuzione di carattere intergovernativo tramite il ricorso a strumenti di diritto internazionale⁸¹.

Il sostegno di emergenza non si limita a ribadire il paradigma emergenziale adottato dalle istituzioni UE nella gestione del fenomeno migratorio. Ne rappresenta anche – in modo evidente – i limiti e i rischi.

Il limite principale è costituito dall'oggettiva incapacità di imprimere un significativo mutamento di direzione nella gestione dei flussi migratori, che, nonostante gli sforzi sin qui compiuti, continua – come documentato anche dalla Commissione europea⁸² – ad essere insoddi-

⁷⁹ L'espressione è mutuata da L. DEN HERTOOG, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁰ V. anche D. THYM, *The «refugee crisis» as a challenge of legal design and institutional legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1545 ss., p. 1565.

⁸¹ V. D. THYM, *op. loc. ult. cit.* L'ovvio riferimento è al *Fiscal Compact* ed allo *European Stability Mechanism*, entrambi istituiti mediante accordo internazionale. V. però anche B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 448 ss., che contesta la ricostruzione in termini intergovernativi dell'approccio assunto dall'Unione di fronte alla crisi economico-finanziaria. Sul parallelismo tra le due «crisi» v. poi anche EDITORIAL COMMENTS, *From eurocrisis to asylum and migration crisis: Some legal and institutional considerations about the EU's current struggles*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1437 ss.

⁸² V. da ultimo Commissione europea, *Commission recommendation addressed to the Member States on the resumption of transfers to Greece under Regulation (EU) No. 604/2013*, doc. COM (2016) 8525 def., 8 dicembre 2016.

sfacente e, quel che più conta, ben lontana dal raggiungere quello *standard* minimo di protezione dei diritti fondamentali dei migranti (quale che sia lo *status* che li contraddistingue) che gli Stati membri e l'Unione debbono garantire.

Venendo ai rischi, non può non evidenziarsi come il sostegno di emergenza, similmente a quanto accaduto per altri strumenti elaborati per far fronte ai flussi migratori, abbia determinato una «rilettura» del diritto primario, in grado di produrre conseguenze tanto sul rapporto tra le istituzioni dell'Unione quanto, a monte, sul principio di attribuzione delle competenze. Come visto, infatti, non solo la base giuridica prescelta (l'art. 122, par. 1, TFUE) appare inadatta all'uso fattone, ma anche quella che sarebbe più opportunamente invocabile per fornire assistenza straordinaria ad uno Stato in difficoltà a causa di una calamità naturale o di circostanze eccezionali (cioè l'art. 122, par. 2) – consentendo peraltro al Parlamento europeo di garantire un minimo controllo democratico, che è mancato nel caso in esame⁸³ – non permetterebbe, a stretto rigore, la messa in opera di strumenti di assistenza permanenti, potendo venire invocata solo caso per caso. Un'azione più adeguata potrebbe essere garantita, in tal senso, attraverso un ripensamento sistemico, che parta dagli strumenti finanziari e di assistenza operativa (come il meccanismo unionale di protezione civile) già esistenti, i quali, se opportunamente potenziati, ben potrebbero fornire un sostegno di tipo permanente per le emergenze umanitarie che si producono all'in-

⁸³ In effetti, gran parte delle misure «eccezionali» sin qui adottate per far fronte alla pressione migratoria – in particolare, oltre al sostegno di emergenza, l'*hotspot approach* e la Dichiarazione UE-Turchia – si caratterizzano per una sostanziale indifferenza nei confronti dell'istituzione parlamentare e del suo ruolo. Nel caso dell'implementazione degli *hotspot* ciò è stato giustificato alla luce del fatto che non si è reso necessario adottare alcuno strumento di diritto derivato, trattandosi «esclusivamente» di un approccio applicativo di strumenti già esistenti. Riguardo alla Dichiarazione UE-Turchia, si è potuto evitare il coinvolgimento del Parlamento considerando lo strumento una mera dichiarazione confermativa di obblighi giuridici preesistenti, come tale non implicante la necessità di avviare il procedimento di conclusione di accordi internazionali disciplinato dall'art. 218 TFUE (procedimento che, come noto, attribuisce al Parlamento rilevanti poteri di controllo).

terno degli Stati membri⁸⁴. Ovviamente un simile scenario presupporrebbe un approccio diverso da parte delle istituzioni sovranazionali, che non risulti solo ispirato dalla necessità di risolvere emergenze contingenti⁸⁵.

Beninteso, il processo di integrazione europea da sempre si caratterizza – in quanto, appunto, *processo* – per una sensibile capacità evolutiva, determinata da una tensione che, tanto a livello normativo quanto giurisprudenziale, ne ha sin qui garantito un costante approfondimento⁸⁶. D'altra parte, è pure evidente che fenomeni eccezionali possono incidere sul processo medesimo determinandone ulteriori evoluzioni⁸⁷. Nemmeno sfugge il significato politico che misure «eccezionali» possono assumere sul piano sovranazionale: per restare sul sostegno di

⁸⁴ V. *supra*, parr. 3.1 e 3.2. Peraltro, ciò potrebbe avvenire anche in tempi relativamente ridotti: l'art. 34, par. 2, lett. a), della decisione 1313/2013 prevede, infatti, che la Commissione rediga entro giugno 2017 una valutazione intermedia sui risultati ottenuti nell'attuazione del meccanismo di protezione civile, presentando, del caso, eventuali proposte di modifica dell'attuale strumento.

⁸⁵ Il fatto che il sostegno di emergenza sia stato introdotto senza alcuna previa valutazione di impatto (la circostanza è richiamata da L. DEN HERTOOG, *op. cit.*, p. 9) ben illustra quanto sia corto l'orizzonte attuale delle istituzioni UE.

⁸⁶ B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 453 ss.

⁸⁷ V., per tutti, L. BESSELINK, *Parameters of Constitutional Development: The Fiscal Compact In Between EU and Member State Constitutions*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Heidelberg, 2014, p. 21 ss. Ovviamente quanto detto non vale solo per l'ordinamento UE. Analoghe considerazioni possono essere svolte a proposito degli ordinamenti nazionali e, ovviamente, di quello internazionale. Per una panoramica complessiva sulla letteratura giuridica che si è sin qui occupata delle implicazioni costituzionali prodottesi negli Stati membri dell'Unione in conseguenza della crisi economico-finanziaria, v. l'interessante contributo di G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi. Una rassegna della letteratura*, in *Federalismi.it*, 30 dicembre 2016 (<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=33052>). Sull'impatto delle situazioni di crisi sull'ordinamento internazionale v. invece C. KAUFMANN, *International Law in Recession? The Role of International Law When Crisis Hits: Food, Finance, and Climate Change*, in U. FASTENRATH ET AL. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 1189 ss. Significativamente, poi, l'ultima Conferenza annuale della European Society of International Law è stata dedicata al tema «How International Law Works in Times of Crisis» (Riga, 8-10 settembre 2016).

emergenza, è chiaro che l'annuncio del varo della misura ha rappresentato (anche) un espediente comunicativo volto a dimostrare all'opinione pubblica il pieno coinvolgimento delle istituzioni dell'Unione nella ricerca di una soluzione alla questione dei migranti⁸⁸.

L'approccio emergenziale di cui si discute nasconde, però, una minaccia profonda. Ricorda in proposito Daniel Thym:

[i]rrespective of how we evaluate the policy response to the euro and refugee crises [...], it would be difficult to proclaim wholeheartedly that EU policies succeed in promoting a high level of social protection, economic prosperity and human rights in line with the values and objectives enshrined in Articles 2-3 TEU⁸⁹.

Senza contare che le tensioni cui è stato nel frattempo sottoposto il diritto primario possono *per se* costituire delle minacce al rispetto della *rule of law* (dell'Unione europea), che pure figura tra i valori su cui l'Organizzazione si fonda⁹⁰.

Non solo, dunque, l'approccio incorporato dal sostegno di emergenza rischia di incidere – in termini strutturali – sui rapporti (ossia sugli equilibri) istituzionali e sul riparto di competenze tra Stati membri ed Unione. Esso rischia anche di erodere la base valoriale e teleologica dell'Unione, alimentando spinte populiste («galvanizzate» dall'ineffica-

⁸⁸ L. DEN HERTOG, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁹ D. THYM, *op. cit.*, p. 1571. Le attuali difficoltà hanno, per la verità, anche origini remote, che in parte dipendono da un mancato reciproco adeguamento tra obiettivi e competenze dell'Unione. Così C. BLUMANN, *Conclusions générales: objectifs et intérêt de l'Union européenne*, in E. NEFRAMI (sous la direction de), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2013, p. 413 ss., p. 428, che tuttavia individua nella riforma dell'Unione in un'ottica intergovernativa la possibile soluzione al problema evidenziato.

⁹⁰ V., proprio con riferimento alle misure adottate per contrastare la crisi economico-finanziaria e quella dei rifugiati, EDITORIAL COMMENTS, *The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three interrelated problems*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 597 ss., pp. 599-600. Ad un possibile effetto di disintegrazione del processo europeo, derivante dal ricorso (improprio) a strumenti giuridici, si riferisce poi l'Editoriale del primo numero della rivista *European Papers*: E. CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3 ss.

cia dell'azione sovranazionale) che possono, a loro volta, rappresentare una seria minaccia ai suoi valori fondanti. Del resto, la vicenda del *referendum* ungherese dell'ottobre 2016 sui meccanismi di ricollocazione e solidarietà definiti a livello UE per far fronte alla «crisi dei rifugiati», e, più in generale, la riluttanza di questo Paese (così come di altri Stati membri dell'Europa centro-orientale) nell'attuare misure efficaci e condivise di gestione dei flussi migratori, ben illustrano quali derive populiste possano svilupparsi *in subiecta materia*. Se a ciò si aggiunge che, tra le difficoltà che l'Unione sta incontrando, vi è anche quella di produrre un'azione efficace di prevenzione e reazione alle violazioni di portata sistemica, da parte degli Stati membri, dei suoi valori fondanti⁹¹, è facile concludere che sia in corso a livello sovranazionale una tempesta perfetta, il cui esito appare tutt'altro che scontato.

⁹¹ Lo dimostrano molto chiaramente le modalità tramite le quali le istituzioni UE hanno sin qui reagito alle crisi della *rule of law* in atto in Polonia ed Ungheria. Sul tema v. A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 ss.; D. KOCHENOV, L. PECH, *Monitoring and enforcement of the rule of law in the EU. Rhetoric and reality*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 512 ss.; R. BARRATTA, *Rule of Law «Dialogues» Within the EU: A Legal Assessment*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, p. 357 ss.; C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; J.-P. JACQUÉ, *Crise des valeurs dans l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2016, p. 213 ss.; W. SCHROEDER, *Strengthening the Rule of Law in Europe From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford-Portland, Oregon, 2016.

LA GESTIONE ITALIANA DELLA CRISI MIGRATORIA: UN PRIMO BILANCIO

Mario Savino

SOMMARIO: 1. I fattori all'origine della crisi (e quelli che la alimentano). 2. L'Italia epicentro della crisi. 3. La risposta italiana alla crisi: tra obblighi umanitari e comunitari. 4. Le principali criticità. 5. Oltre la logica del contenimento.

1. I fattori all'origine della crisi (e quelli che la alimentano)

L'immigrazione verso l'Europa è fuori controllo. Dal 2014 al 2016 sono giunte sulle coste meridionali dell'Europa un milione e mezzo di persone (un milione nel solo 2015, in gran parte dalla Siria), con una media annuale decuplicata rispetto al quinquennio precedente¹.

Le cause della perdita di controllo sono principalmente politiche: le "primavere arabe", l'inasprirsi del conflitto siriano, il dilagare dell'Isis e il fallimento del processo di stabilizzazione in Libia. Questi fattori di instabilità politica hanno, per un verso, accresciuto la propensione all'emigrazione: i conflitti hanno reso ancor più precarie le condizioni di vita in aree già povere, mettendo in fuga milioni di persone. Per altro verso, hanno prodotto uno "sfaldamento" delle istituzioni statali in paesi chiave, privando i governi europei della possibilità di interloquire con controparti stabili, dal dubbio *pedigree* democratico ma comunque in grado di contenere le partenze irregolari.

La crisi nasce precisamente da questo: il venire meno del controllo *by proxy* esercitato, sia pure in modo lacunoso, dagli Stati che affaccia-

¹ Tra il 2008 e il 2013, sono giunti sulle coste europee 277 mila persone: in media di 46 mila all'anno (con picchi di 70 mila nel 2011 e 60 mila nel 2013) a fronte dei 500 mila annui dal 2014. Per questi e gli altri dati richiamati nel testo, UNHCR, *Global Trends 2015*, giugno 2016 e UNHCR, *Refugees/Migrants Emergency Response - Mediterranean* (<http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>).

no sul mediterraneo meridionale e orientale per conto dei paesi europei. Approfittando di questo vuoto di potere e di controllo di interi territori, le organizzazioni criminali hanno potenziato il traffico di esseri umani, ricavandone elevati guadagni, destinati ad alimentare guerre e terrorismo. Elevatissimi i costi in termini di vite umane: nel triennio della crisi (2014-2016), più di 12 mila persone hanno perso la vita nel tentativo di attraversare il Mediterraneo².

La crisi del controllo *by proxy* esaspera l'asimmetria tipica del fenomeno migratorio, i cui fattori di attivazione (*push factors*) sono per definizione *esterni* ai paesi di destinazione, che però subiscono gli effetti principali di quella mobilità *al loro interno*. La crisi di credibilità dei governi europei nasce da questa (relativa) impotenza, che la promessa di soluzioni radicali o anche solo "difensive" paradossalmente accentua. Ciò vale anche per la complessiva politica europea di gestione della crisi, che l'Italia, come si vedrà, ha largamente subito. Il contenimento dei flussi è l'unico minimo comune denominatore a Bruxelles. Ma è anche una promessa che non può essere mantenuta per l'asimmetria richiamata. Una asimmetria che si riflette, in misura più o meno vistosa, sulla efficacia di ciascuno degli assi portanti di quella strategia: dai controlli alle frontiere esterne dell'area Schengen agli accordi di riammissione con paesi terzi, dalla detenzione amministrativa degli irregolari al loro rimpatrio forzato.

Una promessa che non può essere mantenuta non è a costo zero. Al contrario, è una promessa che allarga la base di consenso dei populismi e dei nazionalismi, perché accentua la frustrazione di quelle fasce della popolazione maggiormente esposte alla concorrenza dei migranti (regolari e irregolari) rispetto a beni sempre più scarsi come il lavoro e le prestazioni sociali. Il dibattito politico europeo è dunque prigioniero di questa spirale: l'aumento dell'immigrazione irregolare dall'Africa e dal Medio Oriente produce un'istanza di controllo sempre più diffusa e pressante, alla quale i governi sono chiamati a dare risposta senza disporre degli strumenti necessari o avendone, paradossalmente, sempre meno. Utilizzare in modo appropriato i pochi strumenti che restano in

² Il numero dei morti e dispersi, come detto, è in costante aumento: 3.500 nel 2014, 3.771 nel 2015, 5.022 nel 2016.

mano agli Stati e rafforzarli attraverso la loro messa in comune a livello europeo è o sarebbe l'unica via percorribile.

2. *L'Italia epicentro della crisi*

Sul versante europeo, la Grecia è stata l'epicentro della "crisi dei rifugiati". L'Italia, invece, continua ad essere l'epicentro di una più dura "crisi migratoria".

Nel triennio 2014-2016, sono giunti sulle coste meridionali della nostra penisola circa mezzo milione di migranti, contro il milione di migranti approdati nelle isole greche (Tabella 1). Tuttavia, il caso italiano diverge da quello greco per due motivi.

Tabella 1. Arrivi via mare in Italia, Grecia e Unione europea (2014-2016)

	Italia	variazione	Grecia	variazione	UE	variazione
2014	170.100	+ 296%	43.500	+ 280%	216.054	+ 260%
2015	153.842	- 10%	853.723	+ 1.860%	1.015.078	+370%
2016	181.436	+18%	173.447	- 80%	361.709	- 65%
Totale	505.378		1.070.670		1.592.787	

Il primo riguarda la costanza dei flussi. In Grecia, gli arrivi – principalmente dalla Turchia – sono aumentati in modo cospicuo (di circa venti volte), ma per un periodo limitato: il milione di ingressi irregolari si è concentrato tra aprile 2015 e marzo 2016, allorché la chiusura del confine macedone (8 marzo) e l'attuazione dell'accordo UE-Turchia (dal 20 marzo) hanno bloccato i flussi lungo la "rotta balcanica", riducendo drasticamente la media mensile di arrivi (da 90 mila a 2.500). Per quanto riguarda, invece, l'Italia, dopo l'aumento (+ 296%) registrato all'inizio del 2014, il numero degli sbarchi – provenienti nella quasi totalità dalla Libia – si è stabilizzato, attestandosi tra i 150 e i 180 mila arrivi annuali. I flussi irregolari verso l'Italia hanno dunque una mag-

giore stabilità: sono elevati, ma costanti e finora non condizionati dalla chiusura della “rotta balcanica”³.

Il secondo elemento differenziale riguarda la composizione di quei flussi. Fino al marzo 2016, la Grecia ha rappresentato il paese di approdo e transito verso i Balcani per flussi relativamente omogenei di migranti provenienti da paesi del Medio Oriente in guerra. Del milione di migranti lì giunti durante la crisi, i siriani rappresentano circa la metà, gli afgiani un quarto e gli iracheni oltre un decimo: queste tre nazionalità, da sole, rappresentano circa il 90 per cento del totale, con una proporzione relativamente elevata di donne e bambini (superiore al 50 per cento).

L’Italia, invece, è il punto di accesso all’Europa per flussi che provengono quasi esclusivamente dall’Africa. Si tratta in larga parte di maschi adulti (70-80 per cento) di nazionalità molto diverse: le prime tre (nigeriana, eritrea e somala) rappresentano meno della metà del totale⁴. Perciò, l’Italia continua a essere interessata da una crisi che non riguarda soltanto i “rifugiati” in fuga da guerre, bensì flussi misti, alimentati anche da migranti economici. Le statistiche confortano questa conclusione: l’84 per cento dei migranti sbarcati in Europa nel 2015 proviene dai dieci principali paesi di origine dei rifugiati⁵, ma la proporzione è molto più elevata per la Grecia (90 per cento) che per l’Italia (42 per cento)⁶.

Appare, dunque, opportuno distinguere tra due crisi parallele. Una è la “crisi dei rifugiati”, prodotta da conflitti mediorientali che nel solo 2015 hanno messo in fuga 5 milioni di siriani e 2,7 milioni di afgiani. L’onda lunga di questa crisi ha colpito l’Europa – che ha accolto una quota relativamente modesta di profughi mediorientali (circa 1 milione)

³ Dopo la chiusura della “rotta balcanica”, avvenuta a marzo 2016, sono giunti in Italia circa 1.100 siriani, 1.400 iracheni e 370 afgiani: una proporzione molto limitata, complessivamente inferiore al 3 per cento degli arrivi nella penisola nello stesso periodo (marzo-novembre 2016). Cfr. UNHCR, *Nationality of arrivals to Greece, Italy and Spain: January-November 2016*, 2016, p. 5.

⁴ UNHCR, *Nationality of arrivals to Greece, Italy and Spain: January 2015-February 2016*, 2016, e UNHCR, *Nationality of arrivals to Greece, Italy and Spain: January 2016-November 2016*, 2016.

⁵ UNHCR, *Global Trends 2015*, giugno 2016, p. 32.

⁶ Mia elaborazione su dati UNHCR contenuti nei documenti sopra richiamati.

– fino alla chiusura della “rotta balcanica” nel marzo 2016. La crisi, però, continua tuttora alle porte dell’Europa, con la Turchia che ospita sul suo territorio 2,5 milioni di profughi siriani, molti dei quali di etnia curda: ciò basta a comprendere i rischi della strategia europea di “esternalizzazione” e i costi che essa impone ai paesi terzi di transito che cooperano.

L’altra crisi è quella, in senso proprio, “migratoria”, riguardante i flussi di origine africana che, attraverso la Libia, giungono in Italia. Finora meno intensa di quella greca (in termini numerici), questa crisi è più composita, data la presenza di una porzione rilevante di migranti economici, e destinata a essere più duratura, perché alimentata non solo da fattori politici, ma anche da tendenze di lungo corso che attengono al diverso grado di sviluppo economico e alle opposte dinamiche demografiche di Europa e Africa.

3. *La risposta italiana alla crisi: tra obblighi umanitari e comunitari*

Nel quadro descritto si inserisce il tentativo dell’Italia di fronteggiare la crisi migratoria in corso. Contrariamente a quanto è accaduto in altri paesi europei⁷, il governo italiano non ha reagito all’emergenza con provvedimenti di chiusura o aperta ostilità all’immigrazione. Ha, piuttosto, tentato di realizzare un compromesso tra le ragioni umanitarie promosse dal diritto internazionale e l’esigenza politica (prim’ancora che giuridico-amministrativa) di dare più puntuale attuazione alla normativa dell’Unione sui controlli alle frontiere esterne dell’area Schengen⁸.

⁷ Per un quadro aggiornato delle politiche messe in campo dai paesi dell’Europa meridionale e centro-orientale, più esposti all’afflusso di migranti, si vedano gli scritti raccolti nel numero speciale del *German Law Journal* (2016, vol. 17, n. 6) su *Constitutional Dimensions of the Refugee Crisis*.

⁸ Per una approfondita indagine, si vedano gli scritti raccolti in M. SAVINO (a cura di), *L’Italia nella crisi migratoria: problemi e prospettive*, Napoli, 2017.

Sul versante degli obblighi umanitari, imposti dalle norme internazionali sul principio di *non-refoulement* e sul diritto di asilo⁹, il governo italiano – preso atto della condanna della Corte di Strasburgo in merito ai respingimenti in alto mare in passato praticati¹⁰ – ha radicalmente modificato la propria politica. Ha infatti dispiegato notevoli risorse, prima per finanziare la costosa operazione *Mare Nostrum*, diretta a contrastare il traffico illegale di esseri umani e a soccorrere i migranti in alto mare¹¹; poi, per farsi carico dell'accoglienza delle centinaia di migliaia di migranti giunti via mare come richiedenti asilo. Questo impegno ha consentito all'Italia di acquisire un credito presso l'opinione pubblica europea che, a livello politico, si è tradotto nell'adozione di alcune misure di *burden-sharing*: misure che, per quanto insufficienti, hanno comunque imposto il tema della condivisione delle responsabilità in un'agenda europea altrimenti tutta orientata in senso securitario.

Un primo esempio è l'europeizzazione dell'attività di controllo marittimo delle frontiere europee meridionali attraverso l'operazione *Triton*. Condotta da Frontex dal 1° novembre 2014, questa operazione ha consentito la cessazione dell'operazione italiana *Mare Nostrum*. Tuttavia, il budget e i mezzi aero-navali messi a disposizione dall'Unione nel suo complesso (con la partecipazione, in verità, soltanto di alcuni Stati membri) sono inferiori a quelli prima dispiegati dal solo governo italiano. Se a ciò si aggiunge un mandato di *search and rescue* più limitato, si ha un indizio del perché il numero di morti nel Mediterraneo continui ad aumentare. Il timore che una più estesa operazione di chiara impronta umanitaria potesse fungere da *pull factor*, cioè da incentivo a migrazioni più intense verso l'Europa, spiega, almeno in parte, questo esito.

⁹ Cfr. art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 riguardante lo status dei rifugiati, modificata da protocollo di New York del 31 gennaio 1967; art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani; direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

¹⁰ Corte EDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, 23 febbraio 2012.

¹¹ Avviata nell'ottobre 2013 e conclusa un anno dopo, l'operazione Mare Nostrum è costata al governo italiano 112 milioni di euro.

Un altro esempio è il meccanismo di ricollocazione (*relocation*) avviato a settembre 2015 per alleviare la pressione sull'Italia e la Grecia, tenute ad accogliere i richiedenti asilo provenienti dal Medio Oriente e dall'Africa in quanto primi paesi di ingresso dell'Unione (secondo il noto "sistema Dublino")¹². Nonostante i recenti timidi passi in avanti, l'attuazione della misura è del tutto insoddisfacente: dei 160 mila ricollocamenti previsti entro settembre 2017, ne sono stati effettuati, a dicembre 2016, poco più di 8 mila (6.212 dalla Grecia e 1.950 dall'Italia)¹³. Ciò nondimeno, la proposta di riforma del regolamento Dublino presentata a maggio 2016 dalla Commissione europea sembra propensa alla conservazione dello *status quo*: riafferma la responsabilità del paese di primo ingresso, in assenza di alternative politicamente percorribili, puntando tutto sulla realizzazione di un meccanismo di ricollocazione permanente, fondato su criteri di riparto automatico (legati alla popolazione e al prodotto interno lordo) e su compensazioni economiche in favore dei paesi che effettivamente accolgano¹⁴.

Sul versante degli obblighi comunitari orientati al contenimento, l'Italia, sotto la pressione di Bruxelles, ha compiuto, dal 2014 ad oggi, notevoli passi in avanti nel rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e del sistema di accoglienza, grazie alla pressione di Bruxelles e alla devoluzione di maggiori risorse per le attività di "prima" e "seconda" accoglienza.

Quanto alla "prima" accoglienza dei migranti, che comincia subito dopo gli sbarchi, l'afflusso di migranti messi fuga dalle "primavere arabe" aveva già evidenziato almeno tre vistose lacune: *i*) l'inadeguatezza delle strutture di primo soccorso e accoglienza (emblematiche le condizioni di accoglienza nel centro di primo soccorso e accoglienza (CPSA) di Lampedusa)¹⁵; *ii*) la non sistematica identificazione e registrazione degli arrivi, che consentiva all'Italia di eludere il sistema Dublino (cioè

¹² Il meccanismo di ricollocazione è fondato sulle decisioni del Consiglio n. 2015/1523 del 14 settembre 2015 e n. 2015/1601 del 22 settembre 2015.

¹³ Comunicazione della Commissione, *Eighth report on relocation and resettlement*, COM (2016) 791 final, 8 dicembre 2016.

¹⁴ Commissione europea, COM (2016) 270 final, 4 maggio 2016.

¹⁵ Consiglio d'Europa, Committee on Migration, Refugees and Population, *Report on the visit to Lampedusa*, 23-24 maggio 2011.

l'obbligo di farsi carico dell'accoglienza dei richiedenti asilo in transito verso altri paesi europei) e, al contempo, consentiva a migranti non identificati di abusare della libera circolazione nell'area Schengen, così incentivando gli Stati membri confinanti a reintrodurre i controlli al confine¹⁶; *iii*) l'opaco processo di distinzione tra richiedenti asilo e altri migranti, unito all'inadeguatezza delle procedure "semplificate" di rimpatrio concordate con paesi terzi disponibili alla riammissione, come la Tunisia.

Questi problemi sono stati risolti o avviati a soluzione con l'introduzione, dall'autunno 2015, del c.d. approccio *hotspot*. Promosso dalla Commissione, tale approccio ha prodotto un sensibile miglioramento nella gestione amministrativa dei controlli alle frontiere. Sottoposte a un più stringente controllo dell'Unione, le autorità italiane hanno allestito appositi punti di crisi (*hotspot*), riorganizzando i CPSA preesistenti. Inoltre, hanno razionalizzato e uniformato le procedure di prima accoglienza¹⁷, e reso più sistematiche e conformi al regolamento Eurodac (reg. UE n. 603/2013) le cruciali attività di registrazione e di prima selezione dei migranti che giungono via mare nell'area Schengen.

Anche in merito alla seconda accoglienza, riservata ai richiedenti asilo in attesa della determinazione del loro *status*, la risposta delle amministrazioni italiane alla crisi ha fatto registrare importanti progressi.

Innanzitutto, è stata notevolmente ampliata la capacità del sistema nazionale, articolato in centri governativi di prima accoglienza (CPA, ex CARA) e strutture di seconda accoglienza ordinarie (centri SPRAR) e straordinarie (i *Centri di accoglienza straordinaria* o CAS). I 22 mila

¹⁶ Tale prassi ha comportato l'avvio contro l'Italia di una procedura di infrazione (n. 2015/2203) da parte della Commissione europea.

¹⁷ Sebbene vi siano soltanto quattro punti di approdo (Lampedusa, Pozzallo, Taranto e Trapani) formalmente qualificati come *hotspots*, le stesse procedure di prima accoglienza si applicano in altri Centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA), in virtù della standardizzazione promossa dal Ministero dell'interno attraverso l'adozione delle *Standard Operating Procedures applicable to Italian Hotspots*, giugno 2016, spec. p. 6-7 (http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/hotspots_sops_-_english_version.pdf).

migranti accolti in tali strutture alla fine del 2013 sono così divenuti 176 mila alla fine del 2016¹⁸.

Inoltre, benché la maggior parte dei migranti inseriti nel sistema di accoglienza sia ancora ospitata nei richiamati CAS¹⁹, è stata avviata la transizione verso un approccio non emergenziale, imperniato sul Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR). L'adesione a tale sistema è incentivata dallo Stato, che – tra l'altro – finanzia (al 95 per cento) progetti locali tesi a promuovere l'accoglienza diffusa dei migranti in centri abitati e il loro graduale inserimento nel tessuto lavorativo e sociale.

L'avvio di un processo di pianificazione a livello centrale ha, altresì, prodotto una accresciuta condivisione degli oneri tra le diverse regioni. Da una iniziale concentrazione degli oneri di accoglienza nelle regioni di sbarco (Sicilia in particolare) si è passati a una più equa distribuzione dei richiedenti asilo sul territorio nazionale²⁰.

Le procedure relative alle richieste di asilo, infine, sono state accelerate grazie alla duplicazione del numero di commissioni territoriali competenti, con conseguente smaltimento dell'arretrato e riduzione a sette-otto mesi dell'attesa per ottenere la prima decisione amministrativa²¹. L'aumento progressivo del numero di domande di asilo è stato accompagnato da una crescita più che proporzionale dei rigetti (passati dal 29 per cento del 2013 al 64 per cento del 2016) e da una sensibile riduzione nel numero di migranti cui è riconosciuto lo status "pieno" di rifugiato (Tabella 2).

¹⁸ Ministero dell'interno, *Cruscotto statistico giornaliero*, 31 dicembre 2016, p. 4.

¹⁹ Su un totale di 176.554 migranti presenti nel circuito di accoglienza il 31 dicembre 2016, ben 137.218 (circa l'80 per cento) sono ospitati nei CAS e 23.822 in centri SPRAR, mentre altri 14.694 sono ospitati in centri di prima accoglienza (CPA, ex CARA) in mancanza di disponibilità nel circuito di seconda accoglienza (Ministero dell'interno, *Cruscotto statistico giornaliero*, cit., p. 5).

²⁰ Ministero dell'interno, *Presenze dei migranti nelle strutture di accoglienza in Italia*, marzo 2016 (http://www.interno.gov.it/sites/default/files/accoglienza_al_31_marzo_2016.pdf).

²¹ Il potenziamento delle commissioni territoriali è avvenuto con d.l. n. 119 del 2014, convertito nella legge n. 146 del 2014. Gli effetti della riorganizzazione sono illustrati in Ministero dell'interno, *Piano accoglienza 2016*.

Tabella 2. Richieste d'asilo e loro esito in Italia (2011-2106)²²

	Arrivi via mare in Italia	Richieste di asilo ricevute	Richieste di asilo esaminate	Esiti delle richieste di asilo				
				Status di rifugiato	Protezione sussidiaria	Protezione umanitaria	Rigetto	Non rin-tracciabili
2010	4,406	12,121	14,042	15%	13%	26%	33%	13%
2011	62,692	37,350	25,626	8%	10%	22%	44%	16%
2012	15,570	17,352	29,969	7%	15%	52%	17%	9%
2013	42,925	26,620	23,634	13%	24%	24%	29%	10%
2014	170,100	64,886	36,330	10%	22%	28%	37%	3%
2015	153,842	83,970	71,117	5%	14%	22%	58%	0%
2016*	115,068	72,470	60,021	5%	12%	19%	64%	0%

* Dato al 31 agosto 2016

4. Le principali criticità

Nonostante i progressi compiuti dall'Italia nella gestione della crisi, permangono notevoli criticità a livello nazionale, in parte conseguenti all'inerzia del legislatore, in parte dovute a disfunzioni amministrative e carenza di risorse devolute allo svolgimento di questa funzione in continua espansione. Di seguito si indicano le tre criticità principali.

La prima riguarda l'“amministrativizzazione” della libertà personale dei migranti indotta dall'approccio *hotspot*. Il legislatore, pur essendo intervenuto per integrare la disciplina in materia di accoglienza (d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142), ha perso l'occasione per disciplinare gli aspetti più controversi del nuovo approccio imposto da Bruxelles. I CPSA/*hotspots* sono centri chiusi, nei quali i migranti vengono trattenuti dopo lo sbarco per vari giorni (anche oltre le 72 ore auspiccate dalla Commissione europea) e sottoposti ad attività di identificazione e rilevazione fotodattiloscopica che possono implicare l'impiego di mezzi coercitivi, ma ciò avviene senza alcuna autorizzazione legislativa, in palese viola-

²² Elaborazione di dati del Ministero dell'interno (<http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/i-numeri-dellasil>).

zione dell'art. 13 Cost. e – come rilevato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Khlaifia* – dell'art. 5 CEDU²³.

Una seconda criticità è rappresentata dalla scarsa adesione degli enti territoriali alla rete SPRAR, la sola in grado di garantire standard abitativi e percorsi di inserimento adeguati. I 26.012 attualmente posti disponibili nello SPRAR (dei quali 2.039 per minori non accompagnati, 574 per persone con disagio mentale o disabilità) sono il frutto del coinvolgimento diretto o indiretto nei 652 progetti finanziari di circa mille degli ottomila comuni italiani²⁴. La conseguenza diretta di questo basso tasso di adesione (inferiore al 15 per cento) è il mancato superamento, nei fatti, della logica emergenziale, che implica una “segregazione assistenziale” dei migranti in centri (i CAS o i CPA) di grandi dimensioni, lontani da nuclei abitativi e gestiti da società che si limitano a erogare servizi minimi di sussistenza. Le condizioni degradanti del soggiorno in tali strutture non solo ledono i diritti fondamentali dei migranti – di qui, le due condanne dell'Italia a Strasburgo per violazione dell'art. 3 CEDU²⁵ – ma si riflettono negativamente anche su altri piani: sul funzionamento del meccanismo Dublino, giacché rendono più difficili i trasferimenti verso l'Italia dei richiedenti asilo in caso di loro movimenti secondari non autorizzati; sul funzionamento dello stesso spazio Schengen, perché l'incentivo alla fuga dei richiedenti asilo ivi accolti induce gli Stati membri confinanti a ripristinare, anche solo in via di fatto, i controlli alle frontiere; sulla percezione dell'opinione pubblica, ai quali i *media* rimandano l'immagine di centri nei quali la frustrazione dei migranti si traduce, non di rado, in atti di ribellione violenta.

Il terzo problema – italiano ma anche europeo – riguarda la politica dei rimpatri ed è senza dubbio il più difficile da risolvere. In linea di principio, tutti i migranti che non chiedano asilo o non ottengano una qualche forma di protezione (*status* di rifugiato, protezione sussidiaria o umanitaria) – cioè, in base ai dati sugli esiti delle richieste di asilo nel

²³ Corte EDU, Grande Camera, *Khlaifia and others v. Italy*, ricorso n. 16483/12, 15 dicembre 2016.

²⁴ SPRAR, *Progetti territoriali*, novembre 2016 (<http://www.sprar.it/progetti-territoriali>).

²⁵ Corte EDU, *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, ric. n. 16643/09, 21 ottobre 2014, e *Tarakhel v. Switzerland*, ric. n. 29217/12, 4 novembre 2014.

2015-2016, una quota superiore all'80 per cento delle persone giunte via mare sulle coste italiane – dovrebbero essere espulsi e rimpatriati nel paese di origine. In pratica, però, i migranti sbarcati in Italia, ove non richiedano asilo, all'uscita dai CPSA/*hotspot* nella maggior parte dei casi divengono destinatari di un provvedimento di allontanamento volontario entro sette giorni che non viene eseguito. E anche i richiedenti asilo che, dopo due anni di attesa (il tempo minimo occorrente per ottenere la decisione amministrativa e sottoporla ai due gradi di giudizio previsti), si ritrovino senza titolo, il più delle volte rimangono sul territorio nazionale in clandestinità.

La spiegazione di quei mancati rimpatri, che pure rappresentano il principale strumento di contrasto della clandestinità, va ricercata nei limiti di effettività dello strumento, derivanti da almeno tre fattori: la difficoltà di identificare quanti arrivino via mare (in genere sprovvisti di documenti); la riluttanza dei paesi di origine ad accettarne il rimpatrio (che di fatto non avviene al di fuori di accordi di riammissione); i costi molto elevati delle operazioni di rimpatrio forzato²⁶. Così, in tutto il 2016, l'Italia ha effettuato appena 6 mila rimpatri, a fronte dell'ingresso di una quota di irregolari stimabile in non meno di 140 mila. Le medesime difficoltà strutturali spiegano perché se Roma piange, Bruxelles non ride. Secondo dati Eurostat, il tasso di effettiva esecuzione delle decisioni di rimpatrio nell'Unione europea non supera, da anni, il 40 per cento²⁷.

Il conseguente incremento del fenomeno della clandestinità è inevitabile. Anche alla luce dello scoraggiante rapporto tra costi e benefici dei rimpatri, la scelta italiana di concentrare, di fronte al crescente afflusso di migranti, le limitate risorse a disposizione su altre priorità appare comprensibile: da un lato, l'irrobustimento dei controlli alle fron-

²⁶ Basti pensare che, di recente, l'espulsione forzata di 29 migranti provenienti dalla Tunisia – ivi rimpatriati in base a un accordo di riammissione che prevede un massimo di 30 – ha implicato l'affitto di un volo charter e l'impiego di 74 accompagnatori, dei quali 69 agenti di polizia, per un esborso totale per le casse dello Stato italiano pari a 115 mila euro: V. POLCHI, *In 74 per scortare 29 migranti: così funzionano le espulsioni*, in *La Repubblica*, 18 gennaio 2017.

²⁷ http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation.

tiere esterne era prioritario per il ripristino del funzionamento dell'area Schengen e serviva per recuperare credibilità sul piano europeo; dall'altro, la messa a punto di un sistema di accoglienza fino al 2013 del tutto disarticolato era indispensabile per evidenti ragioni umanitarie. Né sorprende che, mentre le strutture di accoglienza dei richiedenti asilo si moltiplicano, la già esile rete dei Centri di identificazione ed espulsione (CIE) necessaria a realizzare i rimpatri forzati si sia di fatto dissolta, anche sotto il peso delle critiche legate alle pessime condizioni detentive e alla dubbia compatibilità con i principi dello Stato di diritto²⁸: giunta ad avere un massimo di 1900 posti, distribuiti in 13 strutture, quella rete conta oggi (gennaio 2017) poche centinaia di posti²⁹.

Tuttavia, strutture detentive come i CIE appaiono necessarie – ove il rimpatrio volontario non funzioni e non vi siano le condizioni per procedere all'espulsione immediata – per eseguire le misure di rimpatrio anche in base al diritto dell'Unione³⁰. Perciò, ancora una volta al fine di rafforzare la posizione italiana a livello europeo, l'attuale compagine di governo pare orientata a intensificare il contrasto dell'immigrazione

²⁸ Cfr. Senato della Repubblica - Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, Roma, 2016.

²⁹ A fronte di una capienza teorica di 1393 posti distribuiti in 9 strutture, la capienza reale risulta essere di appena 359 posti, con appena 4 strutture parzialmente operative (secondo dati del Ministero dell'interno riportati in *Corriere della sera*, 5 gennaio 2017). Già a settembre 2015, i posti complessivamente disponibili nei CIE italiani erano appena 872 (Ministero dell'interno, *Roadmap italiana*, Roma, 28 settembre 2015, p. 14).

³⁰ In base agli artt. 8 (1) e 15 (1) della direttiva 115/2008/UE (c.d. direttiva rimpatri), gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie ad eseguire le decisioni di rimpatrio, inclusa la detenzione dei migranti irregolari durante la fase di preparazione del rimpatrio, quando vi sia rischio di fuga o la mancata cooperazione dell'interessato. Nel rispetto del principio di proporzionalità, il trattenimento può durare soltanto il tempo strettamente necessario all'esecuzione dell'allontanamento e non può comunque eccedere il limite massimo previsto dalla legislazione nazionale: nel caso italiano, trenta giorni, prorogabili fino a novanta, in base al vigente art. 14, co. 5, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

irregolare³¹ sia ampliando il numero di accordi di riammissione con i paesi africani di origine e transito, sia rafforzando la rete nazionale dei CIE, con l'apertura di centri di dimensioni contenute che diano maggiori garanzie ai detenuti³².

Questa scelta, pur imposta dal diritto europeo, riapre, d'altra parte, una serie di interrogativi. Anche qualora dovessero rendersi disponibili i duemila posti previsti dal Piano Minniti, la rete dei CIE sarebbe comunque palesemente insufficiente a fronteggiare l'afflusso annuale di oltre 150 mila migranti, molti dei quali, come detto, da rimpatriare. A che cosa servono, dunque, sul piano amministrativo i CIE?³³ Servono a fini di deterrenza per scoraggiare gli arrivi irregolari, col rischio, però, di indurre un ulteriore abuso dell'asilo e di non raggiungere comunque l'obiettivo, dato l'elevato tasso di rimpatri non eseguiti? Oppure, più realisticamente, si tratta di strutture che continueranno a essere utilizzate – come già avviene nella prassi – essenzialmente per il rimpatrio di migranti ritenuti pericolosi, con tutti rischi connessi alla detenzione amministrativa senza processo, nonché con un dubbio di fondo circa l'adeguatezza di siffatto strumento preventivo, data la facilità con la quale le organizzazioni criminali possono far rientrare chiunque in Europa per vie illegali?

5. Oltre la logica del contenimento

Se la crisi migratoria culminata nel 2015 ha la sua ragione più diretta e contingente nel caos politico che attraversa il Medio Oriente e il Nord Africa, la causa più profonda e strutturale delle migrazioni verso l'Europa – destinata ad accentuarsi nei prossimi decenni – deriva dalla

³¹ Si veda la Circolare Gabrielli del 30 dicembre 2016, avente ad oggetto la “attività di rintraccio dei cittadini stranieri irregolari sul territorio nazionale ai fini del rimpatrio”.

³² Anticipazioni sul c.d. piano Minniti sono in F. SARZANINI, *Migranti, via a retate ed espulsioni. Minniti: «Un Cie in ogni regione»*, in *Corriere della sera*, 3 gennaio 2017.

³³ Cfr. G. CAMPESI, *Ma a che cosa servono davvero i CIE*, in *Il Mulino* (online), 11 gennaio 2017.

combinazione tra dinamiche economiche e demografiche. Da un lato, il principale motore delle migrazioni è l'enorme differenziale economico che separa chi vive a sud del Mediterraneo da chi vive a nord di quel mare: il PIL *pro capite* africano è inferiore ai 2 mila dollari annui, mentre quello europeo è superiore ai 25 mila³⁴. Dall'altro, l'andamento demografico sulle due sponde del Mediterraneo, nei prossimi decenni, sarà opposto: entro il 2050, la popolazione africana raddoppierà e il boom sarà concentrato nell'Africa sub-sahariana, che passerà dagli attuali 962 milioni a 2.132 milioni; in Europa invece – secondo una stima della UN Population Division – l'invecchiamento della popolazione porterebbe, nel medesimo lasso di tempo e in assenza di immigrazione, a una riduzione di 112,3 milioni di persone in età lavorativa. Questi dati bastano a ritenere che l'ideale di una Europa senza immigrazione da taluni vagheggiata è non solo irrealistico, ma altresì contrario all'interesse europeo e alla preservazione degli equilibri di *welfare* all'interno dei singoli Stati.

La strategia europea di contenimento delle migrazioni irregolari dipende da due strumenti molto precari e lacunosi: sul versante esterno, il controllo *by proxy* esercitato da paesi terzi instabili, inaffidabili o riluttanti; sul versante interno, i rimpatri aleatori dei quali si è detto. L'obiettivo non può essere, dunque, quello di «non consentire mai la ripresa dei flussi incontrollati dello scorso anno e ridurre ulteriormente il numero dei migranti irregolari» oppure di «assicurare il pieno controllo delle nostre frontiere esterne», come auspicato nel recente vertice di Bratislava dell'Unione europea³⁵. L'obiettivo deve essere piuttosto quello di andare oltre la strategia del mero contenimento, per giungere nel medio-lungo periodo a realizzare gli auspici della Dichiarazione di New York su rifugiati e migranti del 19 settembre 2016: rendere i flussi migratori nel Mediterraneo «sicuri, ordinati e regolari» e «massimizzare i loro benefici sociali ed economici per i paesi ospitanti».

La parabola securitaria, pur avendo toccato durante la crisi un nuovo apice, non è in grado di contenere o regolarizzare i flussi nel Mediterra-

³⁴ Questa la stima del Fondo monetario internazionale riferita al 2016 (<http://www.imf.org/external/datamapper/NGDPDPC@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD>).

³⁵ Consiglio europeo, *Bratislava Declaration and Roadmap*, 16 settembre 2016, p. 3.

neo, né di ridurre il numero di morti in mare. Occorre prendere atto – non della inutilità, si badi, ma – della insufficienza di quell’approccio. Un diverso equilibrio tra sicurezza collettiva, libertà individuali e salvaguardia dei processi di autodeterminazione nazionale, pur difficile da realizzare, è non solo possibile ma anche auspicabile, per l’Italia e per l’Europa.

CONFINI DIRITTI MIGRAZIONI

CATASTROFE E REDENZIONE DEL DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Bruno Tonoletti

SOMMARIO: 1. *The Problem is Borders*. 2. *La frontiera esterna dell'Unione: un confine in-fondato*. 3. *Gli squilibri del sistema Schengen*. 4. *Gli squilibri del sistema Dublino*. 5. *Il cuneo dei diritti umani e il cortocircuito tra Schengen e Dublino*. 6. *La crisi dei rifugiati e la scomparsa dell'interesse comune dell'Unione*. 7. *Una struttura normativa di livello europeo che introduce incentivi distorti nelle relazioni tra gli Stati membri*. 8. *Le disposizioni del Titolo V TFUE introdotte dal Trattato di Lisbona sono norme di principio, non semplici indirizzi politici*. 9. *Solidarietà, equa ripartizione delle responsabilità e uguaglianza sostanziale tra gli Stati membri: la Costituzione orizzontale nascosta nei Trattati*. 10. *Una debole forza messianica*.

1. The Problem is Borders

Nel 2014 entravano in Europa 270.000 immigrati irregolari, il 60 per cento in più rispetto al 2013, metà dei quali transitati dall'Italia, l'altra metà dalla Grecia.

Il 3 ottobre 2013 affondava al largo di Lampedusa un barcone proveniente dalla Libia. Nel naufragio perdevano la vita quasi quattrocento persone. Il governo italiano decideva di avviare una missione militare umanitaria di pattugliamento del Canale di Sicilia, con lo scopo di prestare soccorso ai migranti in alto mare, affinché non si ripetessero altre tragedie. L'operazione *Mare nostrum* durava 12 mesi, con un costo di nove milioni di euro al mese sostenuto dall'Italia, più il contributo di una nave offerta dalla Slovenia. Nonostante le reiterate richieste del governo italiano, la Commissione europea e gli altri Stati membri evitavano di contribuire alla missione. Nel novembre 2014 subentrava la missione *Triton*, operazione di polizia delle frontiere disposta dal-

l'Unione europea, sul presupposto che un tale straordinario compito non potesse gravare su uno solo degli Stati membri, ma dovesse essere svolto in comune. La missione, affidata all'Agenzia Frontex, costava circa tre milioni di euro al mese e vedeva il sostegno volontario di numerosi Stati membri. Parallelamente veniva avviata l'operazione *Poseidon* di pattugliamento del mar Egeo.

Nella notte del 18 aprile 2015 al largo delle coste Libiche si verificava il naufragio di un altro barcone diretto a Lampedusa, nel quale perdevano la vita oltre 700 persone. Il 23 aprile si svolgeva una riunione straordinaria del Consiglio europeo, nella quale si stabiliva di rafforzare il controllo in mare, con il potenziamento delle operazioni *Triton* e *Poseidon*; di intensificare la lotta contro i trafficanti, anche mediante la distruzione dei barconi prima della loro partenza; di prevenire i flussi migratori illegali mediante accordi con gli Stati confinanti e operazioni d'intelligence; di rafforzare la solidarietà e le responsabilità interne, spingendo per una effettiva attuazione del sistema europeo comune di asilo da parte di tutti gli Stati membri, rafforzando il sostegno logistico e finanziario agli Stati membri in prima linea nell'accoglienza dei migranti, prendendo in considerazione l'ipotesi di ricollocamento d'emergenza dei richiedenti asilo e varando progetti di reinsediamento volontario nell'Unione di persone aventi titolo alla protezione internazionale¹.

Pochi giorni dopo veniva resa nota l'Agenda europea sulla migrazione², nella quale la Commissione sottolineava che, se la «complessità intrinseca di un fenomeno che esercita molti e diversi effetti sulla società (...) richiede molte e diverse risposte», tuttavia «nell'immediato l'imperativo è il dovere di proteggere le persone in stato di necessità», rispetto al quale «sono stati necessari provvedimenti di emergenza perché la politica europea comune in materia non si è rivelata all'altezza».

¹ Dichiarazione del Consiglio Europeo n. 18/15 (documento n. ST 18 2015 INIT). La dichiarazione riprendeva e sviluppava il «Piano d'azione in dieci punti» approvato dal Consiglio dei ministri affari esteri, giustizia e affari interni del 20 aprile 2015. Si veda anche la Risoluzione del Parlamento Europeo 2015/2660(RSP) del 29 aprile 2015 sulle recenti tragedie nel Mediterraneo e sulle politiche dell'UE in materia di migrazione e asilo (documento n. P8_TA(2015)0176).

² COM(2015) 240 final, del 13 maggio 2015.

Tuttavia, aggiungeva la Commissione, il programma in dieci punti varato dal Consiglio straordinario del 23 aprile «è stata una risposta immediata, ma insufficiente», che «non può esaurirsi in un intervento un tantum». Infatti, «serpeggiano in tutta Europa seri dubbi circa l'adeguatezza della nostra politica migratoria rispetto alla pressione delle migliaia di migranti, alla necessità d'integrare i migranti nelle nostre società o alle esigenze economiche di un continente in declino demografico».

Secondo la Commissione, «l'Europa deve continuare ad essere un rifugio per chi teme persecuzioni e una destinazione attraente per il talento e l'intraprendenza», ma

onorare gli impegni internazionali e tener fede ai valori dell'Unione proteggendo comunque le nostre frontiere e instaurando nel contempo condizioni propizie alla prosperità economica e alla coesione sociale in Europa implica la ricerca di un difficile equilibrio,

per il raggiungimento del quale «sono necessari un *corpus* essenziale di misure e una politica comune chiara e coerente». Per questa ragione, «nessuno Stato membro è in grado di affrontare da solo la questione della migrazione: abbiamo palesemente bisogno di un approccio nuovo, più europeo».

Ma gli eventi incalzavano. Il conflitto siriano e altre crisi concomitanti stavano già producendo un radicale salto di scala del fenomeno. Se fino a quel momento erano prevalse le migrazioni illegali per ragioni economiche e gli arrivi erano rimasti contenuti (almeno in rapporto allo spaventoso numero di 59,5 milioni di sfollati nel mondo raggiunto alla fine del 2014, fra cui 3,9 milioni di profughi siriani), dalla primavera del 2015 la situazione cominciava a cambiare drasticamente.

Il peso maggiore della pressione migratoria si spostava dall'Italia alla Grecia, principalmente a causa della massiccia provenienza di profughi siriani dalla Turchia. Le proporzioni inoltre si ribaltavano. La netta prevalenza dei migranti era ora rappresentata da profughi richiedenti asilo, quindi da persone che avrebbero avuto diritto di varcare legal-

mente la frontiera esterna dell'Unione europea³. Ed i numeri cominciarono a diventare incommensurabili rispetto agli anni precedenti. In agosto veniva segnalato l'arrivo di 250.000 migranti via mare dall'inizio dell'anno, di cui 107.500 soltanto nel mese di luglio. Alla fine dell'anno si stimava che fossero giunti in Europa circa un milione di migranti, la maggior parte dei quali transitati dalla Grecia. La Germania, il paese con il più alto numero di richieste, riceveva nel 2015 circa 890.000 domande di asilo.

Arrivati in Grecia, i migranti si dirigevano verso nord, attraversando la Macedonia e la Serbia lungo i Balcani occidentali, per raggiungere l'Ungheria e di qui il cuore dell'Europa. Anche se si trattava nella maggior parte di profughi, che avrebbero avuto diritto di asilo, il loro ingresso risultava comunque illegale, perché in base al diritto dell'Unione, essi non avevano il diritto di scegliere lo Stato membro in cui chiedere asilo, ma avrebbero dovuto farsi registrare nel primo Stato membro in cui avevano varcato le frontiere esterne dell'Unione, quindi presentare istanza e attendere la procedura di individuazione dello Stato competente all'esame della loro domanda, che sarebbe poi diventato l'unico in cui avrebbero avuto diritto di soggiornare una volta ammessi alla protezione internazionale⁴.

La Grecia fu accusata di non presidiare adeguatamente i confini esterni dell'Unione e di lasciar passare i migranti, senza neppure registrarli, in violazione delle regole di Dublino. Ma si trattava di una situazione di assoluta emergenza, che andava per di più a colpire un Paese

³ Si allude al principio di non respingimento. L'uso del condizionale si riferisce a tutti gli accorgimenti escogitati dagli Stati per aggirare il divieto. Sul tema, che si avrà modo di riprendere in relazione al problema dei controlli alla frontiera esterna dell'area Schengen, cfr. F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, 2012, 183 ss.

⁴ Ci si riferisce ai criteri per l'individuazione dello Stato membro competente a esaminare una domanda di protezione internazionale dettati dal c.d. regolamento Dublino III (reg. UE n. 604/2013 del 26 giugno 2013), sui cui si veda, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2015, 701 ss. (cfr. *infra*, par. 4).

duramente provato dagli esiti della crisi del debito pubblico e gravemente carente di strutture materiali e logistiche adatte alla presa in carico dei profughi.

Il dilagare dei migranti lungo la rotta balcanica metteva in crisi il sistema di libera circolazione delle persone e delle merci all'interno dell'area Schengen⁵. A partire dal settembre 2015, nove Paesi si avvalevano della facoltà di reintrodurre temporaneamente i controlli alle frontiere interne per difendersi dall'afflusso incontrollato di migranti. Venivano anche progettati, e in alcuni casi innalzati, muri e barriere di filo spinato, generando tensioni diplomatiche tra gli Stati membri. La Commissione osservava che «il sistema è stato scosso alle fondamenta dall'ampiezza dei problemi posti dalla maggiore crisi dei rifugiati avvenuta dalla fine della seconda guerra mondiale»⁶.

Mentre Schengen veniva messo in discussione, la crisi dei rifugiati alimentava simbolicamente la rinascita dei nazionalismi, già spinti dagli effetti della crisi economica, e contribuiva a un deciso rafforzamento delle destre euroscettiche in tutto il continente, anche per via della terribile concomitante sequenza di attentati terroristici dell'Isis iniziati a Parigi nel gennaio 2015.

L'Unione europea reagiva a questa situazione con alcune misure efficaci, rivolte principalmente a rafforzare il controllo alle frontiere esterne, a fermare la prassi del lasciar passare e a contenere la pressione dei profughi dall'esterno, mediante accordi con i Paesi confinanti⁷. L'accordo con la Turchia per il trattenimento dei profughi siriani e la chiusura della frontiera tra la Macedonia e la Grecia nel marzo 2016 portavano a un consistente ridimensionamento del flusso sulla rotta dei Balcani. Le richieste di asilo presentate alla Germania nel 2016 scendevano a circa 280.000 rispetto alle 890.000 dell'anno precedente. Anche gli arrivi totali calavano dal milione del 2015 a circa 380.000.

⁵ M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 739 ss.; ID., *La crisi dei migranti: l'Europa oltre gli Stati-nazione?*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 729 ss.; ID., *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case*, in *Ger. Law J.*, 2016, 981 ss.

⁶ COM(2016) 120 final, del 4 marzo 2016, *Ritorno a Schengen – Tabella di marcia*.

⁷ Tali misure saranno commentate *infra*, par. 4.

Parallelamente all'opera di contenimento dei flussi, si sviluppava in seno all'Unione una confusa partita politica per giungere a una riforma del sistema europeo di accoglienza dei profughi. La Commissione europea presentava una proposta nell'aprile del 2016⁸, che però cadeva in un panorama di divisioni profonde tra schieramenti di Stati membri portatori di interessi differenti, con molti governi fortemente condizionati da preoccupazioni elettorali⁹.

Nel frattempo sono morte in mare nel 2016 più di 5000 persone. Tante altre ne continuano ad arrivare dalle coste libiche, spinte dall'avanzata dell'Isis e dall'instabilità politica della regione. L'Unione europea ha avviato trattative per concludere con la Libia un accordo di trattenimento degli sfollati analogo a quello con la Turchia. Un numero imprecisato di migranti è rimasto bloccato lungo la rotta balcanica. Alcuni sono morti di freddo. Nella maggior parte si trovano attualmente in Serbia, intrappolati dalla chiusura delle frontiere da parte della Croazia e dell'Ungheria¹⁰.

Il 15 gennaio 2017, giornata mondiale del migrante, è stato diffuso un fotomontaggio che accosta l'immagine di una fila di internati in un campo di concentramento nel 1943, sotto la neve, alla fila di migranti anch'essi in coda oggi sotto la neve per un pasto caldo nel cortile di una fabbrica dismessa di Belgrado. Altre immagini inquadrano i migranti sullo sfondo di un muro della fabbrica sul quale è scritto a grandi caratteri rossi: "The problem is borders"¹¹.

⁸ COM(2016) 197 final, del 6 aprile 2016, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*.

⁹ G. ZANDONINI, *Migrazioni, il Regolamento di Dublino continua a non funzionare: sarà una priorità per la presidenza UE di Malta*, su *Repubblica.it*, 3 gennaio 2017.

¹⁰ M. MONDELLO, *Belgrado, 12 mila persone bloccate al gelo dove la rotta balcanica s'è interrotta*, su *Repubblica.it*, 9 gennaio 2017.

¹¹ *Belgrado, le foto dei migranti al gelo: «Come nel 1943»*, su *Corriere.it*, 15 gennaio 2017.

2. La frontiera esterna dell'Unione: un confine in-fondato

Per un migrante appare brutalmente chiaro in che senso i confini possano essere un problema¹². La riflessione giuridica deve invece scavare faticosamente nelle macerie del diritto pubblico europeo per rendersi conto di quale problema si stia effettivamente trattando e ricercare un passaggio che conduca al di là.

La Comunità economica europea non aveva confini propri. Del resto, il suo spazio interno era soltanto un mercato. La difesa delle frontiere poteva essere lasciata agli Stati membri singolarmente, tra i quali continuavano a correre i tradizionali confini.

Il Trattato di Roma non implicava in alcun modo l'abolizione dei controlli alla frontiera tra uno Stato membro e l'altro. Le libertà di circolazione erano, infatti, intese in senso meramente economico-giuridico. Nessuna di queste libertà richiedeva l'abolizione di controlli durante lo spostamento materiale da un territorio statale all'altro della Comunità.

L'idea di creare un'area di libera circolazione senza confini interni è nata al di fuori della Comunità, con l'Accordo di Schengen siglato da Francia, Germania, Belgio, Olanda e Lussemburgo nel 1985¹³. Essendo un accordo di cooperazione, Schengen non metteva in comune i confini, ma si basava sulla fiducia che gli Stati collocati al bordo esterno dell'area avrebbero presidiato efficacemente le proprie frontiere¹⁴, difendendo così anche quelle di tutti gli altri, il che tuttavia presupponeva politiche omogenee in tema di sicurezza e di controllo dell'immigrazione¹⁵.

¹² L'aggettivo è mutuato dal titolo del lavoro di S. SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, Bologna, 2015, spec. 64 ss. sui profughi e sui flussi di massa di sfollati.

¹³ F. FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali*, Napoli, 2014, spec. 143 ss.

¹⁴ «Peculiarità della cooperazione di Schengen fu che ogni nuova iniziativa era definita con la collaborazione attiva delle autorità presenti sul territorio, rafforzando così progressivamente la "fiducia reciproca" e creando una solidarietà fra amministrazioni, persino all'oscuro dei rispettivi Parlamenti» (F. FERRARO, *op. cit.*, 161).

¹⁵ Per questa ragione, il processo di avvio dell'area Schengen è stato lungo e faticoso. L'accordo è del 1985, ma la convenzione contenente le disposizioni applicative è

Con l'Atto unico europeo si tentò di estendere alla Comunità la stessa idea di libera circolazione, prevedendo che «il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne» (art. 8A, successivamente trasfuso nell'art. 14 TCE).

Tuttavia, la disposizione rimase inattuata, perché l'approvazione da parte del Consiglio degli atti che, secondo il *Libro bianco sul completamento del mercato interno*¹⁶, sarebbero stati necessari a renderla effettiva fu tenacemente ostacolata da alcuni Stati membri che temevano un aumento incontrollato dell'immigrazione irregolare dai Paesi terzi. Tale fu soprattutto la posizione del Regno Unito.

La Corte di giustizia fornì una legittimazione postuma a queste preoccupazioni, stabilendo che l'avvio del mercato interno non avrebbe potuto comportare l'automatico venir meno dei controlli sulle persone alle frontiere interne, poiché una tale conseguenza

presuppone l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in tema di attraversamento delle frontiere esterne della Comunità, di immigrazione, di concessione dei visti, di asilo e di scambio di informazioni su tali questioni

e quindi, finché tali condizioni non siano state soddisfatte, il godimento della libertà di circolazione «presuppone che la persona interessata sia in grado di comprovare di possedere la cittadinanza di uno Stato membro»¹⁷.

stata approvata solo nel 1990 e il processo di abolizione dei controlli alle frontiere è stato effettivamente avviato solo nel 1995 e unicamente tra sette Stati (gli originari firmatari più Spagna e Portogallo, che avevano aderito nel 1990). All'Italia, che pure aveva aderito nel 1990, fu consentito di partecipare solo dal 1998, a seguito di una uniformazione delle proprie politiche d'immigrazione ai criteri restrittivi voluti dagli altri Stati membri dell'accordo di Schengen (S. PAOLI, *The Role of Schengen in the Europeanization of the Migration Policy: The Italian Case*, in A. CUNHA, M. SILVA, R. FEDERICO, *The Borders of Schengen*, Brussels, 2015, 67 ss., cfr. anche M. SAVINO, *La crisi dei confini*, cit., nota 6).

¹⁶ COM(85) 310 def. I passi da compiere sotto i profili della sicurezza e del controllo dell'immigrazione erano illustrati nella prima parte, par. III, dedicata all'eliminazione dei controlli sulle persone (punti 47 ss.).

¹⁷ Corte giust., 21 settembre 1999, causa C-378/97 *Wijzenbeek*. Si tratta di una legittimazione postuma, perché la sentenza è intervenuta in un momento in cui la libera

La frontiera esterna della Comunità europea è stata concepita in questo modo, cioè con lo scopo di rendere più facile la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, mediante la soppressione dei controlli ai confini tra gli Stati membri, che da quel momento sono diventati frontiere (meramente) interne. Ma questa idea rivestiva anche un preciso significato politico, perché la possibilità di circolare del tutto liberamente, senza alcun controllo, tra gli Stati membri già allora era stata concepita come il fondamento per la costruzione di una cittadinanza europea¹⁸.

Garantire ai cittadini degli Stati membri una piena libertà di circolare nel territorio comunitario implicava uno stretto controllo sull'ingresso di persone provenienti da Stati terzi, cioè l'istituzione di una frontiera esterna.

Tuttavia, come si è accennato, il Consiglio non era riuscito a trovare un accordo sui contenuti delle misure necessarie per abolire effettivamente i controlli alle frontiere interne, previste dal *Libro bianco*. Fu questo a portare alla comunitarizzazione delle competenze in materia di visti, asilo e immigrazione, oltre che di politica estera e di sicurezza e di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, quindi alla invenzione dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e alla stessa istituzione dell'Unione europea.

circolazione era stata già avviata grazie al Trattato di Amsterdam, di cui subito si dirà nel testo, ma il caso si riferiva a un momento antecedente.

¹⁸ Nell'introduzione alla prima parte del *Libro bianco sul completamento del mercato interno*, la Commissione affermava infatti che «le frontiere fisiche ai posti di dogana, i controlli d'immigrazione, i passaporti e la perquisizione casuale dei bagagli personali costituiscono per il cittadino comune la manifestazione più eclatante della persistente divisione della Comunità, che resta ben lontana dalla “comunità più ampia e più profonda” voluta dai Trattati originari. Queste barriere pregiudicano gravemente anche l'industria, il commercio e gli affari, poiché non fanno che imporre tempi d'attesa supplementari, formalità e spese di trasporto e di manutenzione, aumentando i costi e quindi riducendo la competitività. La soppressione delle barriere fisiche risponde conseguentemente a un duplice scopo, che è allo stesso tempo di ordine economico e di ordine politico. L'istituzione al Consiglio europeo di Fontainebleau di un comitato ad hoc “Europa dei cittadini” (Comitato Adonnino) testimonia eloquentemente l'enorme importanza che riveste l'aspetto politico. Non c'è nessun altro ambito nel quale i progressi che potrebbero essere realizzati sarebbero più tangibili o servirebbero più direttamente le finalità e le ambizioni della Comunità» (traduzione dal testo francese).

Il Trattato di Maastricht del 1992 istituì l'Unione europea e le attribuì il compito di promuovere il progresso economico e sociale mediante, fra l'altro, «la creazione di uno spazio senza frontiere interne» (art. B, successivamente rifuso nell'art. 2 TUE). A tal fine, da un lato, attribuì alla Comunità europea (al cui nome fu dallo stesso Trattato tolto l'aggettivo "economica") una nuova competenza in materia di «misure relative all'entrata e alla circolazione delle persone nel mercato interno» (art. 2, lett. *d*) TCE), che però rimaneva per il momento limitata alla politica dei visti d'ingresso (art. 100C TCE). Dall'altro, istituì la cittadinanza dell'Unione, attribuendo a ogni cittadino dell'Unione «il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» (artt. 8 e 8A, successivamente rifusi negli artt. 17 e 18 TCE).

Anche questo secondo tentativo non andò a buon fine, sempre per l'opposizione degli Stati meno propensi a cedere la sovranità con riguardo al controllo delle proprie frontiere. Così, nel 1997 il Trattato di Amsterdam giunse a un compromesso. L'accordo di Schengen fu integrato nell'*acquis* comunitario, ma come un particolare caso di cooperazione rafforzata¹⁹. Questa peculiare configurazione giuridica ha consentito di introdurre effettivamente nel territorio dell'Unione uno spazio privo di frontiere interne, perché ha reso possibile non farne parte agli Stati membri che erano in disaccordo²⁰. Per gli Stati di nuovo ingresso, invece, la partecipazione all'area Schengen diventava una condizione necessaria.

Il Trattato di Amsterdam non ha però rinunciato alla costruzione di uno spazio senza frontiere interne, anzi l'ha portata a un livello di elaborazione superiore introducendo lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

Nella nuova formulazione dell'art. B (da questo momento in poi art. 2 TCE), l'Unione continuava a prefiggersi «la creazione di uno spazio senza frontiere interne», come strumento per promuovere il progresso economico e sociale, ma riceveva anche il nuovo compito di

¹⁹ La materia è regolata dal Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea (attualmente è il protocollo n. 19), che costituisce un caso di cooperazione rafforzata a sé stante, come risulta dalle clausole di salvezza contenute negli artt. 40 TUE e 11 TCE.

²⁰ Regno Unito, Irlanda e Danimarca.

conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima.

Questa formulazione contiene tre aspetti cruciali per il rapporto dell'Unione con i confini.

Anzitutto, l'Unione non aveva più semplicemente il compito di abolire le frontiere interne tra gli Stati membri, unificandone così lo spazio, ma veniva direttamente definita come uno spazio. L'Unione è uno spazio, cioè un territorio delimitato da un confine²¹.

Inoltre, lo spazio in cui consiste l'Unione è qualificato da valori (libertà, sicurezza e giustizia), che l'Unione ha il compito di assicurare in termini assoluti, cioè come politiche autonome che non dipendono strumentalmente da nient'altro che dall'esigenza di assicurare la libera circolazione delle persone. La dimensione politica della libera circolazione, quale diritto di cittadinanza delle persone, trova qui la sua consacrazione si potrebbe dire costituzionale.

Infine, viene introdotto per la prima volta il concetto delle «frontiere esterne». Ed è qui che si incontra il significato peculiare, ambiguo come si vedrà, dei confini europei.

Certamente, la disposizione costituisce l'atto istitutivo di una frontiera europea, non più formata dalla somma dei confini degli Stati membri, bensì comune a tutti gli Stati membri e rappresentata dall'insieme delle linee di confine e degli altri punti (porti, aeroporti) dai quali sia possibile fare ingresso nel territorio dell'Unione. Ma si tratta di un atto fondativo debole, non costitutivo di un territorio unito, perché legato pragmaticamente al compito di presidiare con «misure appropriate»

²¹ Non si vuol dire con questo che il Trattato di Amsterdam abbia avvicinato l'Unione all'idea di nazione, che è appunto tradizionalmente «associata a un territorio delimitato da una frontiera, un confine, entro il quale si esercita la sovranità dello Stato» (S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 331 ss.; cfr. anche S. CASSESE, *L'Europa ha bisogno di una frontiera unica*, su *Il Corriere della sera*, 3 aprile 2016, 24, dove si sottolinea che il problema specifico dell'Europa è quello di superare il rischio di irrigidimento dei «vecchi confini nazionali», non quello di replicarli su scala maggiore).

le frontiere interne da ingressi incontrollati e indesiderati alle frontiere esterne, in una logica che resta quella della fiducia reciproca tra Stati sovrani sancita dall'accordo di Schengen²².

La debolezza ora rilevata non è soltanto politica, né tantomeno puramente simbolica, ma è soprattutto giuridico-situazionale, perché dipende dal contesto in cui la norma era inserita.

L'art. 2 TCE affermava, per quanto interessa in questa sede, una competenza dell'Unione a controllare le frontiere e a disciplinare l'asilo e l'immigrazione. Questa competenza era specificata nel nuovo Titolo IV, dedicato a «Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libertà di circolazione delle persone». Da queste disposizioni risultava che il Consiglio avrebbe dovuto adottare sia misure per «garantire che alle frontiere interne non ci siano controlli sulle persone», sia «misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri» (art. 62).

Come si vede, nel passaggio dall'art. 2 all'art. 62 le frontiere esterne cessavano di essere (rappresentate come) le frontiere dell'Unione, cioè come confini comuni, e ritornavano ad essere (definite come) le frontiere degli Stati membri comunicanti con l'esterno, secondo la logica interstatale di Schengen. Concretamente, ciò comportava l'attribuzione al singolo Stato, posto alla frontiera esterna, della responsabilità e dell'intero onere economico per la sua gestione.

Inoltre, le misure attribuite alla competenza del Consiglio riguardavano prevalentemente profili formali e procedurali, mentre le condizioni più sostanziali per l'ingresso nel territorio dell'Unione erano implicitamente lasciate alla prevalente competenza degli Stati membri. Questo valeva in particolare per le misure relative al diritto di asilo dei rifugiati e per le misure in materia di politica dell'immigrazione, previste dall'art. 63.

²² La riprova maggiore della debolezza fondativa del confine europeo è che a vent'anni di distanza dal Trattato di Amsterdam si debba ancora osservare che «l'Europa avrà presto o tardi un'unica frontiera, quella esterna», ma nel frattempo «il dibattito in corso» continua a vertere «sul ruolo che debbono giocare le frontiere interne rispetto a quelle esterne (...) invece di cooperare per il rispetto di un'unica frontiera» (S. CASSESE, *L'Europa ha bisogno di una frontiera unica*, cit.).

Il fatto è che le competenze in materia di attraversamento delle frontiere esterne, asilo e immigrazione restavano ancorate all'esigenza di rendere possibile l'abolizione dei controlli alle frontiere interne, quali sue «misure di accompagnamento» (art. 61), e questo finiva per far ruotare le politiche europee nell'orbita dell'*acquis* di Schengen. Tale *acquis* ha così funzionato come un tetto massimo di europeizzazione desiderabile e raggiungibile.

Di qui l'intrinseca in-fondatezza del confine europeo, non solo in quanto frontiera non realmente unica e condivisa tra gli Stati membri, ma anche in quanto frontiera non necessariamente accompagnata da una politica di livello europeo sulle condizioni di accesso allo spazio interno delle persone provenienti da paesi terzi.

3. *Gli squilibri del sistema Schengen*

Il quadro ambiguo creato dal Trattato di Amsterdam ha rivelato tutti i suoi limiti nel momento attuativo, dove la disciplina approvata dall'Unione non è riuscita ad andare al di là, negli aspetti che realmente contano, di un adattamento delle regole già vigenti nell'area Schengen prima del recepimento nell'*acquis* comunitario.

Per quanto riguarda i controlli alle frontiere esterne, l'Unione ha avviato un ambizioso progetto per la realizzazione di una loro «gestione integrata» a livello europeo, mediante il regolamento n. 2007/2004, istitutivo dell'Agenzia Frontex, incaricata di offrire sostegno tecnico e conoscenze specialistiche agli Stati membri per la gestione delle frontiere esterne, di garantire il coordinamento delle operazioni congiunte degli Stati membri, comprese le operazioni di rimpatrio, e di aiutare gli Stati membri in circostanze che richiedono una maggiore assistenza tecnica e operativa²³.

Nel regolamento si ribadiva il principio di Schengen, secondo cui «il controllo e la sorveglianza delle frontiere esterne ricade sotto la responsabilità degli Stati membri» (4° considerando), ma si sottolineava anche

²³ Per un'attenta analisi critica del contesto entro il quale l'Agenzia si trova ad operare, si veda S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: Frontex e diritto internazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2008, 367 ss.

che «l'efficacia del controllo e della sorveglianza delle frontiere esterne è una questione della massima importanza per gli Stati membri, qualunque sia la loro posizione geografica», ragion per la quale «sussiste l'esigenza di promuovere la solidarietà tra gli Stati membri nel settore della gestione delle frontiere esterne» (6° considerando).

L'istituzione dell'Agenzia era considerata espressione di una tale solidarietà e l'Agenzia stessa era espressamente incaricata di «promuove(re) la solidarietà tra gli Stati membri» (art. 1), ma le possibilità d'intervento di questo organismo restavano limitate all'ambito strettamente operativo e alle ristrettezze di un bilancio dipendente da meri «contributi» volontari della Comunità europea e degli Stati membri.

L'esigenza di creare un sistema integrato di gestione delle frontiere basato sull'interesse comune non ha portato a ulteriori realizzazioni.

Anzi, il regolamento n. 562/2006, con il quale è stato approvato il codice delle frontiere Schengen, ha evitato ogni riferimento alla solidarietà tra gli Stati membri ed è tornato a ribadire con maggior ossequio l'impostazione originaria della convenzione applicativa dell'accordo di Schengen.

Infatti, il regolamento, nonostante riconosca che «il controllo di frontiera è nell'interesse non solo dello Stato membro alle cui frontiere esterne viene effettuato, ma di tutti gli Stati membri che hanno abolito il controllo di frontiera interno» (6° considerando), tuttavia continua ad attribuire a ciascuno Stato membro la responsabilità esclusiva e l'intero onere dello svolgimento dei controlli alla frontiera esterna, imponendo incondizionatamente di predisporre «personale e risorse appropriati e sufficienti (...) in modo da garantire un livello efficace, elevato ed uniforme di controllo alle frontiere esterne» (art. 14). È previsto che «gli Stati membri si prestano assistenza e assicurano tra loro una cooperazione stretta e permanente ai fini di un'esecuzione efficace del controllo di frontiera», ma la disposizione specifica, conformemente all'originaria impostazione dell'accordo di Schengen, che si tratta di una mera «cooperazione operativa» (art. 16).

L'unica significativa modalità di condivisione degli oneri per il controllo delle frontiere esterne è restata quella straordinaria, discrezionalmente disposta dal Consiglio ai sensi dell'art. 64(2) TCE, per il caso in

cui «uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata dall'afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi».

La responsabilità esclusiva di ciascuno Stato membro per i controlli che gli competono viene imposta senza alcuna considerazione per il fatto che il controllo delle frontiere esterne si configura come un servizio o una prestazione che alcuni Stati prestano a favore di tutti gli altri Stati, i quali peraltro risparmiano anche i costi dei controlli alle frontiere interne e restano padroni di ripristinare unilateralmente i controlli alle frontiere interne «in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna» (art. 23)²⁴.

La solidarietà cui il regolamento Frontex si riferiva riguarda, dunque, sia il mutuo vantaggio della soppressione dei controlli interni, sia l'esigenza di dividere tra tutti i partecipanti i costi e la responsabilità dei controlli esterni. Ma questo tema, nonostante la sua evidente crucialità, è rimasto inaffrontato per mancanza di consenso politico tra i governi nazionali.

4. *Gli squilibri del sistema Dublino*

Ancor più pesante, in negativo, si è rivelato il condizionamento di Schengen per la disciplina sul riconoscimento del diritto d'asilo.

Fin dal 1990, gli Stati membri della UE aderenti all'accordo di Schengen avevano siglato un apposito accordo, la convenzione di Dublino, a fronte della decisione del Consiglio europeo di Strasburgo del dicembre 1989 di armonizzare le politiche in materia di asilo. Lo scopo della convenzione di Dublino era chiaramente quello di ribadire il principio basilare di funzionamento dell'area Schengen anche nel settore della protezione umanitaria.

Tale settore rivestiva una evidente delicatezza, dal momento che la protezione internazionale assicurata dalla Convenzione di Ginevra costituisce motivo di ingresso legittimo e permanenza (eventualmente)

²⁴ Sono le origini di Schengen che continuano a dominare la scena (cfr. S. PAOLI, *The Schengen Agreements and their Impact on Euro-Mediterranean Relations. The Case of Italy and the Maghreb*, in *J. of European Integration History*, 21, 2015, 125 ss.).

definitiva all'interno dell'area Schengen. Si poneva, pertanto, il problema che, se gli aventi diritto alla protezione internazionale fossero riusciti a sfuggire ai controlli alla frontiera esterna, avrebbero potuto poi spostarsi facilmente all'interno dell'area Schengen e scegliere il paese in cui presentare la domanda d'asilo, che sarebbe poi stato anche quello in cui il profugo avrebbe dovuto dimorare e cercare lavoro una volta accolta la sua domanda²⁵. La convenzione di Dublino perseguì principalmente lo scopo di impedire che i profughi potessero scegliere lo Stato membro in cui presentare la domanda d'asilo.

Infatti, stabilì dei criteri per determinare lo Stato membro che sarebbe stato competente ad esaminare la domanda e adottò come criterio principale quello per il quale l'onere sarebbe ricaduto sullo Stato responsabile di aver lasciato entrare lo straniero, in perfetta consonanza con il criterio di Schengen che attribuisce la responsabilità del controllo alle frontiere esterne allo Stato sul cui territorio esse si trovano. Nel caso del sistema Dublino, tale principio di responsabilità si traduceva nel far ricadere sullo Stato responsabile del controllo di frontiera le conseguenze di aver lasciato entrare il richiedente.

Le regole della convenzione parlano chiaro in proposito. In essa si stabilisce, infatti, che la domanda di asilo verrà presa in considerazione soltanto da uno Stato membro, individuato in base ai criteri dettati dalla stessa convenzione, senza alcuna possibilità di scelta per il richiedente. Di conseguenza, quando viene presentata una domanda di asilo, lo Stato a cui è presentata deve per prima cosa determinare quale sia lo Stato competente a prenderla in esame. A parte il caso del ricongiungimento familiare (art. 4), vale il criterio che «l'esame della domanda di asilo compete allo Stato membro responsabile del controllo dell'entrata dello straniero nel territorio degli Stati membri» (art. 7)²⁶. Necessario com-

²⁵ Infatti, il diritto della CEE non riconosceva, come neppure oggi lo riconosce il diritto UE, al cittadino di un paese terzo, pur soggiornante legalmente in maniera stabile, di fruire della stessa libertà di circolazione attribuita ai lavoratori cittadini degli Stati membri dai Trattati. Su questo decisivo aspetto del regime di asilo europeo si sofferma criticamente C. FAVILLI, *Reciproca fiducia*, cit., paragrafi 7 e 8.

²⁶ Sono solo specificazioni del medesimo criterio le altre due ipotesi della competenza dello Stato che abbia rilasciato un titolo o un visto di soggiorno al soggetto che successivamente prima della scadenza abbia chiesto asilo (art. 5) e della competenza

pletamento del sistema è la regola che impone il ritrasferimento coattivo del profugo nel territorio dello Stato di primo ingresso, competente all'esame della domanda, qualora la persona se ne sia allontanata per presentare domanda in un altro Stato (artt. 10-13).

La logica di questo criterio di responsabilità, se applicata alla fattispecie dell'asilo, risulta incomprensibile e palesemente iniqua, poiché in materia di asilo vige il principio di non-respingimento. Pertanto, l'ingresso nell'area Schengen non potrebbe essere impedito, neppure se lo volesse, da parte dello Stato preposto al controllo della frontiera esterna.

Spesso, nelle discussioni giuridiche su questo punto si registra una certa confusione tra due aspetti che dovrebbero restare invece rigorosamente distinti. Si sostiene, infatti, che sia giusto addossare l'onere di prendere in carico i profughi aventi diritto alla protezione internazionale allo Stato che li ha lasciati penetrare nel territorio dell'Unione dalla frontiera esterna, perché ogni Stato è responsabile verso tutti gli altri della propria politica in materia di ingresso e di soggiorno degli stranieri²⁷. È questo in particolare il presupposto delle accuse che gli Stati interni ricorrentemente hanno rivolto alla Grecia e all'Italia di determinare un afflusso incontrollato di migranti nell'area Schengen, per carenze nel registrare i migranti e nel distinguere tra richiedenti asilo e migranti economici irregolari da reimpatriare.

dello Stato in cui materialmente sia stata irregolarmente varcata la frontiera dal richiedente asilo (art. 6).

²⁷ L'argomento è, ad esempio, esposto nelle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak nella causa C-620/10, *Kastrati*, par. 48-49: «il regolamento n. 343/2003 ha ripreso al riguardo, in sostanza, l'idea alla base della convenzione di Dublino del 15 giugno 1990, secondo la quale, in uno spazio in cui la libera circolazione delle persone è garantita conformemente alle disposizioni dei trattati, ciascuno Stato membro è responsabile nei confronti di tutti gli altri della sua politica in materia di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi e deve assumerne le conseguenze con spirito di solidarietà e di leale cooperazione (...) Da ciò risulta chiaramente che l'elemento di riferimento rilevante per l'applicazione del regolamento n. 343/2003, alla luce del principio dell'autore, è la fondazione di una responsabilità di uno Stato membro nei confronti di altri Stati membri in relazione ad un richiedente asilo. Ciò tiene conto del principio, secondo il quale ciascuno Stato membro deve rendere conto a tutti gli altri delle sue azioni in materia d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi».

Ma l'argomento risulta fuorviante, perché accettare sul proprio territorio un profugo avente diritto di asilo non è il frutto di una scelta dello Stato, ma di un suo obbligo di diritto internazionale e umanitario, rispetto al quale non è neppure concepibile una «politica» in materia di ingresso. Pertanto, il criterio di Dublino addossa arbitrariamente a certi Stati l'onere di una scelta che essi in realtà non hanno il potere di effettuare.

Da questo risulta che, in realtà, il vero significato del sistema di Dublino è quello di impedire, da un lato, ai profughi di scegliere liberamente lo Stato di destinazione, e di addossare, dall'altro, il maggior onere della protezione umanitaria in capo agli Stati posti alle frontiere esterne. Analogamente, si direbbe, alla regola di Schengen che addossa interamente agli Stati di frontiera l'onere della loro gestione a vantaggio di tutti gli altri.

A chiusura del sistema, la Convenzione di Dublino poneva la c.d. clausola di sovranità, in forza della quale lo Stato membro che non sia competente all'esame della domanda può comunque decidere di prenderla in carico di propria iniziativa (art. 3) o su richiesta di un altro Stato membro, «per motivi umanitari, in particolare di carattere familiare o culturale» (art. 9). Questa clausola, come si vedrà, ha avuto indirettamente un ruolo molto importante nella genesi della crisi del 2015, a causa della sua trasformazione giurisprudenziale in un obbligo di non trasferimento del richiedente nello Stato che sarebbe competente a esaminare la domanda quando sussista rischio di trattamenti inumani o degradanti²⁸.

Anche il sistema Dublino è stato recepito dall'Unione europea come *acquis* di Schengen, senza introdurre sostanziali modificazioni, attraverso il regolamento n. 343/2003 (Dublino II), nonostante l'art. 63 TCE avesse affidato in questo campo all'Unione il compito di definire «misure in materia di asilo, a norma della Convenzione di Ginevra», autorizzandola espressamente anche a intervenire sui criteri di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo²⁹.

²⁸ Cfr. *infra*, paragrafo 5.

²⁹ Pur lasciando un'amplissima discrezionalità agli Stati membri, la disciplina comunitaria sulle condizioni di accoglienza si è posta direttamente il compito di assicurare i diritti dei singoli richiedenti. Ci si riferisce al corpo di disciplina, adottato in forza del-

Da ultimo, si deve sottolineare che il Trattato di Amsterdam non è stato neppure in grado di produrre una politica dell'immigrazione di livello comunitario³⁰. Non solo, come si accennava, gli interventi comunitari hanno inciso soprattutto sulle procedure e sugli aspetti formali della disciplina, ma anche le discipline sostanziali approvate si sono limitate a dettare indicazioni generiche, lasciando la più piena libertà di scelta agli Stati membri in sede di recepimento delle direttive, così da pregiudicare un'effettiva armonizzazione della materia.

Soprattutto, agli Stati membri è stata lasciata in maniera assoluta qualsiasi decisione sulle quantità di immigrati per motivi di lavoro da ammettere nel proprio territorio³¹. E la mancanza di una politica comune in materia di immigrazione ha alterato profondamente i rapporti tra gli Stati membri nel momento di maggior penetrazione dei profughi nello spazio interno dell'Unione.

5. *Il cuneo dei diritti umani e il cortocircuito tra Schengen e Dublino*

La situazione descritta non corrisponde più ai criteri di fondo della materia codificati dai Trattati, perché il Trattato di Lisbona del 2007,

l'art. 63 TCE, che ha formato il c.d. sistema comune europeo di asilo, cioè le direttive 2003/9/CE, sulle condizioni per l'accoglienza, 2005/85/CE, sulle procedure per l'esame delle domande, e 2004/83/CE, sul contenuto della protezione. Invece, per quanto riguarda la distribuzione degli oneri tra gli Stati membri è prevalsa la strumentalità rispetto agli equilibri di Schengen. La stessa impostazione è stata confermata dal regolamento Dublino III (n. 604/2013), le cui poche novità discendono soprattutto dal recepimento di pronunce giurisdizionali. Unica eccezione, ma mai applicata, è stata la direttiva 2001/55/CE del 20 luglio 2001, «sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi».

³⁰ C. FAVILLI, *Immigrazione (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2012, 675 ss.

³¹ Questa prerogativa degli Stati membri è stata espressamente riconosciuta con il Trattato di Lisbona, ma in un contesto completamente differente nel quale gli Stati membri sono obbligati a formulare una politica comune in materia di immigrazione fondata sulla solidarietà reciproca ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi (art. 67 TFUE). Cfr. *infra*, paragrafo 9.

come si vedrà al paragrafo 9, ha apportato un radicale mutamento di prospettiva. Tuttavia, quella situazione corrispondeva alle regole di diritto derivato ancora vigenti al momento in cui l'ondata dei profughi del 2015 si è riversata nell'area Schengen, perché il Trattato di Lisbona era rimasto completamente inattuato, come del resto è tuttora.

La crisi europea dei rifugiati è quindi anche crisi di un assetto superato e di dubbia legittimità, perché non più rispondente alle coordinate costituzionali fissate dal Trattato, e troppo a lungo trascinato per potersi ancora giustificare con la mera difficoltà di trovare un accordo politico tra gli Stati membri. Quando la Commissione nell'Agenda sulle migrazioni del maggio 2015, ricordata all'inizio, affermava che «abbiamo palesemente bisogno di un approccio nuovo, più europeo», non si riferiva all'esigenza di riformare i principi della disciplina, ma alla necessità di attuare un quadro di principi già esistente nei Trattati.

Prima di introdurre questo quadro nella riflessione, è opportuno vedere in che modo la disciplina vigente ha funzionato nel momento più drammatico della crisi dei rifugiati.

A tal fine occorre introdurre il tassello, che ha fatto collassare il sistema. Ci si riferisce al riconoscimento giudiziale del diritto dei richiedenti asilo a un'accoglienza umana e non degradante. Questo diritto si era già infilato come un cuneo nell'ingranaggio di Dublino e ne aveva provocato l'inceppamento proprio nel paese che stava per trovarsi in prima fila nell'emergenza profughi, la Grecia.

La vicenda è stata già ampiamente ricostruita e commentata, quindi in questa sede ci si può limitare a riportarne gli aspetti essenziali ai fini della comprensione della crisi del 2015.

Il sistema di Dublino aveva un bug, si potrebbe dire, perché il meccanismo di determinazione dello Stato competente per l'esame della domanda di asilo si reggeva sulla presunzione che «gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non-respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi» (reg. n. 604/2013, 3° considerando)³², ma nella sua assolutezza tale presunzione si è rivelata contestabi-

³² C. FAVILLI, *Reciproca fiducia*, cit., paragrafo 2, osserva che «la presunzione di sicurezza ha l'obiettivo di precludere l'accertamento in concreto della tutela del diritto alla protezione internazionale», cioè di consentire la rapida «applicazione dei criteri stabiliti nel regolamento, senza doversi preoccupare del "destino" della persona soggetta a

le. E la contestazione è avvenuta proprio in ordine allo snodo decisivo per il funzionamento di Dublino, quello cioè dei ritrasferimenti dei richiedenti asilo allo Stato membro competente ai sensi del regolamento. In numerose sentenze, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti affermato che il trasferimento non deve esporre la persona al rischio di trattamenti disumani o degradanti in violazione dell'art. 3 CEDU e che in proposito deve essere assicurato il diritto ad un ricorso effettivo previsto dall'art. 13.

Una volta constatato che il regolamento di Dublino lascia a tutti gli Stati il potere discrezionale di esaminare la domanda d'asilo anche se non siano competenti, la Corte di Strasburgo ha trasformato questo margine di apprezzamento in un dovere, per lo Stato a cui sia stata presentata domanda di asilo, di verificare che le condizioni sussistenti presso lo Stato che sarebbe competente a esaminare la domanda di asilo in base al sistema di Dublino, non siano tali da esporre il migrante al rischio di trattamenti disumani o degradanti. Qualora tale rischio sussista, lo Stato sarà obbligato a prendere in carico il richiedente ed esaminarne la domanda, senza disporre il trasferimento.

In particolare, con la sentenza *M.S.S.* del 21 gennaio 2011, la Corte di Strasburgo ha condannato il Belgio per aver disposto trasferimenti verso la Grecia, a causa delle condizioni gravemente deficitarie nell'accoglienza e nel trattamento dei richiedenti asilo in questo paese, confermate anche dall'Alto Commissario per i Rifugiati dell'ONU³³.

trasferimento nello Stato ritenuto competente. Per questo nella Convenzione di Dublino, così come poi nei regolamenti Dublino I e II, la presunzione di sicurezza era formulata in termini assoluti, senza permettere alcun sindacato agli Stati membri circa l'effettiva tutela dei diritti fondamentali nello Stato competente in base al regolamento».

³³ Corte Edu, 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. v. Belgium and Greece* (fra i numerosi commenti, cfr. L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo «par ricochet» o protezione «par moitié»? la Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento «Dublino II»*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 824 ss.; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, in *Diritti umani e dir. internaz.*, 2011, 343 ss.). A questa sono seguite altre analoghe pronunce (ad es., sent. 2 aprile 2013, ric. n. 27725/10, *Hussein v. the Netherlands and Italy*, 8 giugno 2013, ric. n. 53852/11, *Halimi v. Austria and Italy*; 18 giugno 2013, ric. n. 73874/11, *Abubeker v. Austria and Italy*; 13 gennaio 2015,

Analoga conclusione è stata raggiunta dalla Corte di giustizia nella sentenza *N.S.*, sempre con riferimento ad ipotesi di ritrasferimenti verso la Grecia. Malgrado la Corte abbia ritenuto che non ogni violazione dei livelli minimi di accoglienza, ma solo a gravi carenze sistemiche siano rilevanti ai fini di vietare il ritrasferimento, tale è stato riconosciuto essere il caso della Grecia³⁴.

Quest'ultima sentenza è stata decisiva nel produrre il blocco totale dei trasferimenti verso la Grecia, anche perché aveva messo in luce le conseguenze insostenibili della regolamentazione vigente, rilevando che (paragrafo 87)

quanto alla situazione della Grecia, è pacifico tra le parti che hanno presentato osservazioni alla Corte che detto Stato membro era, nel 2010, il punto di ingresso nell'Unione del 90% circa dei migranti clandestini, di modo che l'onere sopportato da detto Stato membro in ragione di tale afflusso è sproporzionato rispetto a quello sopportato dagli altri Stati membri e che le autorità greche sono materialmente incapaci di farvi fronte. La Repubblica ellenica ha fatto presente che gli Stati membri non avevano accettato la proposta della Commissione di sospendere l'applicazione del regolamento n. 343/2003 e di modificarlo attenuando il criterio del primo ingresso.

Così la sentenza colpiva al cuore il sistema di Dublino e provocava l'immediata sospensione della Grecia dal meccanismo dei trasferimenti³⁵.

ric. n. 51428/10, *A.M.E. v. Netherlands*; 6 giugno 2013, ric. n. 2283/12, *Mohammed v. Austria*; 5 dicembre 2013, ric. n. 60104/08, *Sharifi v. Austria*; 7 maggio 2014, ric. n. 44689/09, *Safai v. Austria*; 3 luglio 2014, ric. n. 71932/12, *Mohammadi v. Austria*).

³⁴ Corte giust., 21 dicembre 2011, cause C-411/10 *N.S.* e 493/10 *M.E.*; per una critica all'impostazione riduttiva della Corte di giustizia, cfr. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia*, cit., paragrafo 3, secondo la quale il confronto con la posizione della Corte Edu «mostra plasticamente la differenza di approccio tra una Corte specializzata nella tutela dei diritti umani e una che invece si preoccupa di salvaguardare gli obiettivi dell'Unione nel rispetto dei diritti umani».

³⁵ La statuizione della Corte è stata recepita nell'art. 3 del reg. n. 604/13, ai sensi del quale «Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza

Quattro anni dopo, al momento dello scoppio della crisi dei rifugiati, la Grecia si trovava ancora in questo limbo, la pressione alle sue frontiere si presentava incommensurabilmente più grave che nel 2010 e il meccanismo di Dublino era ancora vigente, ma formalmente inapplicabile. Nel frattempo, anche diversi trasferimenti in Italia erano stati bloccati dalle Corti nazionali e dalla Corte EDU, per il rischio di trattamenti inumani e degradanti³⁶. Nonostante non fossero state riscontrate criticità sistemiche, un aggravamento della pressione dei migranti sull'Italia avrebbe rischiato di sollevare un altro caso di onere sproporzionato e di carenza sistemica delle condizioni di accoglienza, tale da impedire sistematicamente il ritrasferimento in Italia dei profughi sfuggiti ai controlli alla frontiera³⁷.

6. La crisi dei rifugiati e la scomparsa dell'interesse comune dell'Unione

Si può ora analizzare dal punto di vista giuridico quanto accaduto nel 2015. Di fronte alla marea proveniente dalla Turchia, la Grecia non possedeva strutture di accoglienza e di registrazione dei profughi sufficienti e adeguate. Lasciata sola dagli altri Stati membri e dall'Unione europea, e neppure assoggettabile ai ritrasferimenti di Dublino, non

dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente. Qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente».

³⁶ I. GRIFÒ, *L'Italia non è un paese sicuro per i richiedenti asilo? Il caso EM e altri deciso dalla Corte suprema del Regno Unito*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 1735 ss.

³⁷ Viceversa, per due recenti casi di annullamento di ordini di trasferimento disposti dal governo italiano verso paesi ritenuti dal giudice non sicuri in base alla giurisprudenza della Corte Edu, cfr. Cons. St., sez. III, 27 settembre 2016, n. 4002 (Bulgaria) e n. 4002 (Ungheria).

aveva alcun incentivo a bloccare l'enorme flusso diretto a nord³⁸. Anche gli altri Stati sulla rotta balcanica erano incentivati dalla situazione a lasciar passare, perché altrimenti avrebbero dovuto prendere in carico i migranti ed esaminarne le domande di asilo o sostenere il costo di un loro rimpatrio in caso di mancata presentazione della domanda. Inizialmente, anche l'Ungheria si attenne a questa prassi, visto che i profughi erano diretti in Germania e che, non essendo Stato di primo ingresso nell'Unione, non rischiava l'applicazione del ritrasferimento.

Peraltro, occorre sottolineare nuovamente che il lasciar passare risultava giustificato dal principio di non-refoulement. Il tentativo dei profughi di scegliere lo Stato membro in cui presentare domanda d'asilo non risultava di per sé illegale, ma comportava unicamente la soggezione al ritrasferimento nello Stato di primo ingresso, tranne i casi di ricongiungimento familiare e salva sempre comunque la speranza che lo Stato prescelto accettasse volontariamente di esaminare la domanda³⁹.

Tuttavia, l'entità del flusso migratorio era troppo elevata per consentire un assorbimento senza contraccolpi, anche perché i profughi avrebbero dovuto essere presi in carico definitivamente, non potendo essere rimandati in Grecia. Diversi Stati furono così indotti a ripristinare le frontiere interne, invocando la clausola di tutela dell'ordine pubblico prevista dal codice Schengen. Come reazione, l'Ungheria chiuse completamente la propria frontiera esterna. Anche la Francia e l'Austria

³⁸ Come osserva M. SAVINO, *La crisi dei confini*, cit., nota 64, «secondo il principio-cardine della disciplina europea in materia di esame delle domande di protezione internazionale (...), lo Stato cui compete esaminare la domanda è lo Stato membro di primo ingresso, anche irregolare, del richiedente. Sono evidenti le implicazioni distributive di questo principio e l'incentivo che ne deriva, per gli Stati-frontiera, a non registrare l'ingresso sul loro territorio dei migranti che abbiano interesse a chiedere asilo in un altro Stato membro».

³⁹ Posizione questa adottata sistematicamente dalla Germania (F. GIAVAZZI, *I migranti e la logica tedesca*, su *Corriere.it*, 18 gennaio 2016), con grave costo politico per il partito di governo (M. RICCI, *La notte di Colonia fa calare il sipario sull'ultima democristiana: Angela Merkel*, su *Repubblica.it*, 30 gennaio 2016; T. MASTROBUONI, *Germania, elezioni in Meclemburgo-Pomerania: populistici AfD sorpassano la Cdu, vince la Spd*, su *Repubblica.it*, 4 settembre 2016).

chiusero le frontiere per impedire il passaggio dei profughi provenienti dall'Italia.

Si generò così una grave crisi del sistema di Schengen, cui aveva contribuito in maniera determinante il cortocircuito del sistema di Dublino già in atto da ben prima dello scoppio della crisi.

Al di là dei giudizi politici e morali, quanto è accaduto ha dimostrato che la complessiva regolamentazione della materia non solo incentiva gli Stati membri a perseguire il proprio interesse immediato e a non curarsi dei problemi degli altri, rendendo più difficile la cooperazione, ma rende anche recessivo l'interesse dell'Unione.

Lo si vede bene dagli interventi decisi per far fronte alla crisi e dagli esiti che tali interventi hanno avuto.

Appare anzitutto significativo che solo l'estrema gravità della situazione sia riuscita a far emergere con chiarezza il problema chiave della sostenibilità e proporzionalità degli oneri addossati agli Stati esterni per il controllo della frontiera e per la protezione umanitaria, quale problema di ripartizione dei costi e di condivisione delle responsabilità tra tutti gli Stati membri⁴⁰. L'evidente tendenza a eludere questo problema,

⁴⁰ Si veda in particolare la già citata comunicazione della Commissione n. 197/2016: «il sistema Dublino non è stato concepito per garantire una distribuzione sostenibile delle responsabilità nei confronti dei richiedenti asilo nell'ambito dell'UE, e questa carenza è stata messa in rilievo dall'attuale crisi» e che di conseguenza «l'obiettivo generale è passare da un sistema che, per come è stato concepito o per la scorretta attuazione, attribuisce una responsabilità sproporzionata ad alcuni Stati membri e incoraggia flussi migratori incontrollati e irregolari, a un sistema più equo che offra percorsi ordinati e sicuri verso l'UE ai cittadini di paesi terzi bisognosi di protezione o in grado di contribuire allo sviluppo economico dell'Unione». Analogamente, per quanto riguarda gli oneri di controllo delle frontiere esterne, nella citata comunicazione n. 120/2016 la Commissione sottolinea che «la crisi senza precedenti nel settore della migrazione e dei rifugiati ha reso molto difficile per diversi Stati membri svolgere controlli efficaci delle frontiere esterne in conformità dell'acquis di Schengen, nonché provvedere all'accoglienza dei migranti in arrivo e al trattamento delle loro domande. La Grecia, soprattutto per la sua posizione geografica, è particolarmente colpita da questi fenomeni (...). Questo afflusso massiccio è di natura tale da sottoporre a forte pressione il controllo delle frontiere esterne di qualunque paese. Comunque, è necessario rimediare immediatamente alle carenze nella protezione della frontiera esterna da parte della Grecia e in Grecia. La responsabilità spetta in primo luogo alla Grecia, ma in ultima istanza all'in-

persino a negarlo o a mascherarne l'esistenza, segnala appunto una grave difficoltà di percezione o di autorappresentazione dell'interesse comune dell'Unione, che dovrebbe essere sempre in qualche modo un equilibrio tra gli interessi degli Stati membri⁴¹.

Anche le risposte date alla crisi suggeriscono che il quadro giuridico (inteso come il modo in cui vengono rappresentati gli interessi dell'Unione) produce incentivi distorti rispetto alle esigenze di cooperazione.

A parte gli accordi internazionali per ridurre la pressione dei rifugiati, il problema affrontato con maggior decisione è stato quello delle carenze di controlli alla frontiera esterna⁴².

La Commissione ha proposto un approccio basato sull'istituzione di punti di crisi (*hotspots*), al fine di rafforzare la capacità di registrare gli arrivi, di avviare i richiedenti alla procedura di asilo e di reimpatriare gli irregolari⁴³. Come si è visto in precedenza, la possibilità di assistere operativamente gli Stati in difficoltà con i controlli alle frontiere era già prevista dal regolamento Frontex, ma non era prevista la possibilità di obbligare gli altri Stati membri a coadiuvare l'intervento con proprio personale, né erano chiari i poteri di coordinamento della Commissione.

L'esperienza ha quindi riportato in primo piano la politica di gestione integrata delle frontiere avviata con il regolamento Frontex e ha condotto alla trasformazione dell'Agenzia in una Guardia costiera dotata di un significativo contingente di uomini, di poteri operativi più chiari ed incisivi e di un meccanismo efficace di copertura dei costi delle operazioni⁴⁴. Parallelamente, l'Unione ha puntato sul rilancio del meto-

tera Unione. Le frontiere esterne della Grecia sono anche le frontiere esterne di ciascun membro dello spazio Schengen».

⁴¹ Come sottolinea M. SAVINO, *La crisi dei confini*, cit., paragrafo 4, rispetto ai problemi in gioco «la percezione dell'esistenza di un interesse comune stenta ad affermarsi».

⁴² Per una ricostruzione più puntuale delle misure adottate in questo ambito si rinvia a M. SAVINO, *La crisi dei confini*, cit., paragrafi 2 e 3.

⁴³ Sui punti di crisi, basati su squadre di supporto formate da funzionari degli altri Stati membri, dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (Easo), di Frontex e di Euro-pol, cfr. M. SAVINO, *op. cit.*, paragrafo 2.1.

⁴⁴ Regolamento n. 2016/1624 del 14 settembre 2016. Come sottolineato da M. SAVINO, *La crisi dei confini*, cit., paragrafo 2.1, il modello di gestione mista delle frontiere che si sta affermando «fa leva sulla coamministrazione per superare la tradizionale dif-

do di coordinamento nel ripristino temporaneo delle frontiere interne con la riforma del codice Schengen⁴⁵.

Né il criterio della responsabilità esclusiva dello Stato per la gestione della frontiera esterna né il potere unilaterale dello Stato di ripristinare la frontiera interna sono stati superati, ma è stato comunque sancito, con istituti giuridici effettivi, che i confini esterni e interni rappresentano un interesse comune dell'Unione.

Molto meno chiara ed incisiva è stata l'azione dell'Unione sul fronte dell'accoglienza dei richiedenti asilo.

È certamente emersa la sproporzionata distribuzione degli oneri di accoglienza tra gli Stati membri⁴⁶. Infatti, tutte le azioni e le discussioni al livello dell'Unione hanno ruotato attorno a questo punto. Anzitutto, il piano di ricollocamento straordinario di 160.000 profughi deciso dal Consiglio a settembre 2016 è partito dalla constatazione della necessità di sgravare la Grecia e l'Italia da un onere di accoglienza divenuto insostenibile a causa dell'aumento straordinario del numero dei richiedenti asilo⁴⁷. In secondo luogo, sono stati stanziati consistenti fondi destinati al miglioramento e potenziamento della capacità di accoglienza della Grecia. Anche questo passaggio si basa sul riconoscimento del fatto che l'onere di accoglienza imposto dal sistema di Dublino non può essere fatto interamente gravare sul singolo Stato membro, ma deve almeno in parte essere sostenuto dal bilancio europeo⁴⁸. Infine, come

fidenza verso i controlli svolti dagli Stati-frontiera e creare quelle condizioni di affidabilità delle attività di frontiera che sono essenziali per la sopravvivenza dello spazio di libera circolazione».

⁴⁵ Regolamento n. 2016/399 del 9 marzo 2016.

⁴⁶ Si vedano le affermazioni della Commissione riportate *supra* in nota 38.

⁴⁷ Decisione del Consiglio n. 2016/1754 del 29 settembre 2016, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia.

⁴⁸ Nella Raccomandazione della Commissione del 10 febbraio 2016, C(2016) 871 final, rivolta alla Repubblica ellenica sulle misure che la Grecia deve adottare con urgenza in vista della ripresa dei trasferimenti a norma del regolamento (UE) n. 604/2013, si osserva che «nel 2015 il forte aumento degli arrivi di migranti ha notevolmente aggravato i problemi della Grecia, esercitando una pressione enorme sulle sue risorse» e che «alla Grecia è stata assegnata una quota consistente dei finanziamenti dell'Unione europea

già visto, la Commissione ha affermato la necessità di riformare il sistema di Dublino proprio al fine di rendere più equilibrato l'onere della protezione internazionale gravante su ciascuno degli Stati membri⁴⁹.

Tuttavia, non si può dire che l'esperienza della crisi abbia prodotto una reale trasformazione delle prospettive.

Si deve osservare, infatti, che gli aiuti alla Grecia sono stati stanziati al fine dichiarato di rendere possibile un suo rientro nel sistema di Dublino, cioè in buona sostanza per ripristinare la possibilità di ritrasferirvi i profughi fuoriusciti e ancora in attesa di presa in carico definitiva⁵⁰. Nel dicembre 2016 la Commissione ha comunicato che, grazie ai fondi stanziati e all'ottemperanza alle raccomandazioni rivolte all'inizio dell'anno, ora la Grecia è in grado di rientrare gradualmente nel sistema di Dublino⁵¹. Questo annuncio renderebbe possibile agli Stati membri di disporre ritrasferimenti di masse di profughi in Grecia, secondo la regola di Dublino ancora in vigore per la quale l'esame della richiesta di asilo spetta allo Stato di primo ingresso. In attesa che si metta mano a una riforma del sistema, ancora molto al di là da venire, sussiste concretamente il rischio che sulla Grecia finiscano per riammassarsi i profughi non desiderati dagli altri Stati membri⁵².

per il periodo 2014-2020 per aiutarla ad attuare misure nazionali nel campo dell'asilo e della migrazione».

⁴⁹ Cfr. C. FAVILLI, *La crisi del sistema Dublino: quali prospettive?*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Rapporto Irpa 2017*, Napoli, 2017 (in corso di pubblicazione). La Commissione ha proposto anche la trasformazione dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, istituito con il reg. UE n. 439/2010, in una vera e propria Agenzia (COM(2016)271 del 4 maggio 2016, *Proposta di regolamento relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010*).

⁵⁰ Nella citata Raccomandazione del 10 febbraio 2016 si legge che «dal 2011 ad oggi, la sospensione dei trasferimenti in Grecia a norma del regolamento Dublino ha notevolmente compromesso l'efficacia del funzionamento del sistema Dublino nell'Unione europea (...). La Grecia dovrebbe quindi intraprendere urgentemente tutte le iniziative necessarie per consentire la ripresa dei trasferimenti Dublino».

⁵¹ Cfr. il comunicato stampa dell'8 dicembre 2016, *La Commissione riferisce sui progressi compiuti nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*.

⁵² M. BRESOLIN, *Piano Ue da 50 miliardi per curare alla radice il dramma dei migranti*, su *lastampa.it*, 7 settembre 2016: «sono circa 50 mila i richiedenti asilo bloccati in Grecia e ora per il governo di Atene potrebbe arrivare anche la beffa. La Germania,

D'altra parte, si deve sottolineare che il piano di ricollocamento straordinario non viene attuato dagli Stati membri⁵³. Il significato negativo di questa reazione non deve essere sottovalutato, perché il piano di ricollocamento straordinario è stato il primo esperimento di *burden sharing*, con distribuzione autoritativa di quote di rifugiati tra gli Stati membri. Il fatto che gli Stati oppongano una efficacissima resistenza passiva e, soprattutto, che non vengano attivati, da parte della Commissione, strumenti coercitivi per imporre l'adempimento degli obblighi, segnala una distorsione del quadro giuridico, che produce posizioni deboli e posizioni forti del tutto a prescindere dalla meritevolezza dei rispettivi interessi degli Stati membri.

Peraltro, l'inattuazione del piano di ricollocamento sta producendo l'effetto di bloccare in Grecia i migranti sospesi nel limbo dell'atteso ritrasferimento. Ai migranti, infatti, è stata prospettata la possibilità di aderire al piano di trasferimento, ottenendo così la loro volontaria presentazione della domanda di asilo in Grecia e togliendo loro l'incentivo a tentare di raggiungere clandestinamente altri Stati membri. Poi però la promessa di ricollocamento non è stata mantenuta e i profughi si trovano ancora ammassati in strutture che, nonostante la già ricordata dichiarazione ufficiale di dicembre, continuano a restare gravemente inadeguati per l'accoglienza⁵⁴.

che ha recentemente promesso all'Italia di darle una mano accogliendo i profughi attualmente sul nostro territorio, è pronta ad attivare sì flussi, ma in senso contrario. Il ministro dell'Interno Thomas de Maiziere ha infatti spiegato che Berlino rispedirà ad Atene profughi che avevano fatto domanda d'asilo in Grecia. Così prevedono le regole di Dublino (la «gestione» del migrante spetta al Paese in cui è stata effettuata la prima richiesta di protezione internazionale) e infatti la Commissione europea fa sapere di non aver nulla da obiettare. I rimpatri verso la Grecia, dagli altri Paesi europei, erano stati interrotti nel 2011, dopo che una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva definito «inumane» le condizioni di ospitalità. Per la Germania (e per Bruxelles) ora però la situazione di emergenza è finita e dunque entro la fine dell'anno sono previste le partenze».

⁵³ Cfr. le tabelle allegate al Settimo rapporto sulla ricollocazione e il reinsediamento (COM (2016) 720 final del 9 novembre 2016) dalle quali risulta che, sui 160.000 profughi da ricollocare entro il settembre 2017, all'8 novembre 2016 ne erano stati ricollocati solo 5376 dalla Grecia e 1549 dall'Italia.

⁵⁴ *Grecia, a rischio la vita di migliaia di migranti intrappolati*, su *Repubblica.it*, 15 dicembre 2016.

7. Una struttura normativa di livello europeo che introduce incentivi distorti nelle relazioni tra gli Stati membri

Non è stata la crisi dei migranti a generare la consapevolezza dell'iniquità e dell'inefficacia delle regole di Schengen e di Dublino. Questa consapevolezza traspare già dal Programma di Tampere del 1999⁵⁵ e diviene molto netta nel Programma di Stoccolma del 2009, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵⁶.

L'enfasi con cui la Commissione, nelle recenti comunicazioni sul ripristino di Schengen e sulla necessità di riformare il sistema comune di asilo, ha sottolineato che la crisi avrebbe reso evidenti i difetti delle regole vigenti risponde all'esigenza retorica di convincere Stati membri recalcitranti a trovare l'accordo per una riforma non più procrastinabile. Ma non corrisponde né alla realtà dei fatti né a una corretta rappresentazione giuridica della situazione attuale.

Sul piano dei fatti, la realtà è che le regole vigenti hanno prodotto una configurazione conflittuale degli interessi degli Stati membri, distinguendone le posizioni tra chi è avvantaggiato e chi è penalizzato da

⁵⁵ Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, punti 3 («sarebbe contrario alle tradizioni europee negare tale libertà a coloro che sono stati legittimamente indotti dalle circostanze a cercare accesso nel nostro territorio. Ciò richiede a sua volta che l'Unione elabori politiche comuni in materia di asilo e immigrazione»), 4 («l'obiettivo è un'Unione europea aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti dell'uomo, e capace di rispondere ai bisogni umanitari con solidarietà») e 16 («il Consiglio europeo esorta il Consiglio a intensificare gli sforzi per giungere ad un accordo sulla protezione temporanea degli sfollati, basato sulla solidarietà tra gli Stati membri. Il Consiglio europeo ritiene che occorra prendere in considerazione l'opportunità di mettere a disposizione qualche forma di riserva finanziaria per la protezione temporanea nelle situazioni di afflusso massiccio di immigrati»).

⁵⁶ Consiglio europeo, *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini* (2010/C 115/01), paragrafo 6.2.2. *Responsabilità condivise e solidarietà tra Stati membri*: «Occorre promuovere un'effettiva solidarietà con gli Stati membri che sono sottoposti a particolari pressioni. Ciò andrebbe realizzato seguendo un approccio ampio ed equilibrato. Si dovrebbero quindi analizzare e sviluppare ulteriormente meccanismi di condivisione volontaria e coordinata delle responsabilità tra Stati membri».

quelle regole. Si tratta di una di quelle situazioni di stallo su cui tipicamente si è esercitata la teoria dei giochi, ed è chiaro che in essa gli incentivi a cooperare per cambiare la situazione a vantaggio di tutti sono esponenzialmente negativi⁵⁷. Infatti le regole di Schengen potenziano il disincentivo a cooperare già insito nelle regole di Dublino.

La sinergia negativa tra Schengen e Dublino ha condotto fatalmente gli Stati membri a mettere in scena il peggior gioco possibile.

Le regole vigenti doppiamente penalizzano gli Stati con le frontiere esterne, particolarmente quelli con i confini più facilmente raggiungibili e impossibili da controllare, cioè principalmente la Grecia e l'Italia⁵⁸. Questi Stati sono, infatti, gravati di oneri di controllo alle frontiere, di registrazione e accoglienza dei profughi e di reimpatrio degli irregolari, tutti soggetti al potere di raccomandazione Schengen e sanzionabili con procedura d'infrazione. Inoltre, sono quelli gravati quasi per intero dall'onere di esaminare le domande di asilo e, soprattutto, di accogliere stabilmente sul proprio territorio coloro che risulteranno beneficiari di protezione internazionale.

Questi Stati, in quanto posti sulla frontiera esterna, risultano asserviti alle esigenze di controllo dell'immigrazione degli Stati interni, senza alcuna possibilità di avanzare pretese giuridicamente sanzionabili alla condivisione o alla redistribuzione degli oneri di accoglienza umanitaria. Più che disincentivarli a cooperare, questo assetto di interessi fortemente squilibrato spinge gli Stati svantaggiati a opporre resistenza passiva. Le pratiche del lasciar passare e la cronica insufficienza delle strutture di accoglienza affondano qui le loro radici.

Sull'altro versante, anche gli Stati avvantaggiati lo sono doppiamente. Anzitutto, essi non sono gravati di alcun obbligo positivo, ma solo di

⁵⁷ R. AXELROD, *Giocchi di reciprocità. L'insorgenza della cooperazione*, Milano, 1985; D.M. KREPS, *Teoria dei giochi e modelli economici*, Bologna, 1992; R. LUCCHETTI, *Di duelli, scacchi e dilemmi. La teoria matematica dei giochi*, Milano, 2001.

⁵⁸ Non si tratta semplicemente della facilità con cui la Grecia e l'Italia possono essere raggiunte via mare rispettivamente dalla Turchia e dalla Libia, né della difficoltà di controllare le coste, ma si tratta soprattutto degli effetti del principio di non respingimento in mare (S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori e principio di non refoulement: la Corte EDU condanna l'Italia per i respingimenti forzosi di migranti in alto mare*, in *Resp. civ. previd.*, 2013, 454 ss.).

un onere negativo, quello di non effettuare controlli sulle persone alla frontiera interna. La retorica di Schengen dipinge questo dovere come un onere molto gravoso, sottolineando che questi Stati si assumono un rischio per il vantaggio di tutti, che deve essere adeguatamente compensato dalla responsabilità e dalla responsabilità degli Stati posti a presidio della frontiera esterna. Ma la verità è che quell'onere trova già il suo compenso nella libertà di circolazione che esso consente, della quale si avvantaggiano grandemente le economie degli Stati interni. Il secondo vantaggio di cui godono gli Stati favoriti dal sistema attuale è la possibilità di azionare unilateralmente i due strumenti difensivi del ripristino delle frontiere interne e dei ritrasferimenti coattivi dei profughi ai paesi competenti per l'esame della domanda secondo le regole di Dublino. Nel complesso, questa configurazione giuridica incentiva fortemente le posizioni di arrocco, con rifiuto ostinato di qualsiasi ipotesi di cambiamento e di ossessivo richiamo al rispetto delle regole vigenti.

Nell'effettuare questo genere di considerazioni, occorre naturalmente guardarsi dal rischio di concepire gli Stati membri (e l'Unione) come entità antropomorfe, compatte al loro interno e dotate di intelletto, desideri, paure e volontà⁵⁹. I protagonisti del gioco descritto sono in realtà i governi in carica, i quali si trovano anche avviluppati nella complessa rete degli equilibri politici interni, dei rapporti con i loro parlamenti e con le autonomie locali, e delle preoccupazioni per il mantenimento del consenso elettorale, quindi per le reazioni dell'opinione pubblica e per gli attacchi strumentali degli avversari politici ai quali sono sempre esposti.

Per quanto possano essere condizionati, non c'è comunque dubbio che i protagonisti del gioco siano i governi degli Stati membri, perché il

⁵⁹ Come osservava M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano, 2005, 89, «lo stato – non più oggi che nel corso della sua storia – non ha mai avuto questa unità, questa individualità, questa funzionalità rigorosa e direi anche questa importanza. Dopo tutto, forse, lo stato non è che una realtà composita (...). La governamentalizzazione dello stato è stata pur sempre il fenomeno che ha permesso allo stato di sopravvivere. Probabilmente, se lo stato esiste nella sua forma attuale, lo si deve proprio a questa governamentalità, che è al contempo esterna e interna allo stato, poichè sono le tattiche di governo a permettere di definire, di volta in volta, ciò che compete o non compete allo stato, ciò che è pubblico o privato, ciò che è statale e ciò che non lo è».

potere di cambiare le regole dell'Unione resta saldo nelle mani del Consiglio europeo. Lo stallo delle relazioni tra gli Stati membri sopra descritto si traduce quindi immediatamente nella paralisi dell'iniziativa riformatrice. Per questa ragione, la riflessione giuridica non si può concludere con un richiamo all'impegno politico delle istituzioni europee, affinché sia finalmente approvata per una riforma che recepisca le indicazioni contenute nel Trattato di Lisbona.

Questo cunicolo conduce a un vicolo cieco. Occorre scavare in un'altra direzione per trovare un passaggio.

8. Le disposizioni del Titolo V TFUE introdotte dal Trattato di Lisbona sono norme di principio, non semplici indirizzi politici

Il confine è strettamente legato alla sovranità statale, esso delimita materialmente il territorio su cui la sovranità si esercita. Non stupisce che la cessione di sovranità all'Unione in questo campo risulti così difficile, né che, una volta rinunciato alla sovranità sul controllo delle frontiere interne, si sia «indurita» la pretesa di controllo delle frontiere esterne. Ma soprattutto, non stupisce che nella risposta alla crisi attuale si stia rivelando più facile istituire una guardia costiera comune che non redistribuire quote di profughi. Infatti, nel primo caso si tratta di tener fuori, mentre nel secondo si tratta di lasciar entrare, ed è questo che «diminuisce» la sovranità statale⁶⁰.

L'impatto in cui si trova la materia è chiaramente determinato dalla difficoltà di trasferire a livello europeo il potere di decidere quali e quante persone lasciar entrare nel proprio territorio, senza che rilevi in alcun modo la distinzione tra criminali e terroristi, migranti economici irregolari e profughi richiedenti asilo o protezione umanitaria.

È come se delle disposizioni introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di asilo e immigrazione soltanto una sia rimasta in piedi, quella che fa salvo il «diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi» (art. 79, par. 5).

⁶⁰ Sui significati simbolici del confine e sulla centralità delle dinamiche di attraversamento e rafforzamento dei confini, cfr. S. MEZZADRA, *Terra e confini. Metamorfosi di un solco*, Roma, 2016.

Là dove la condivisione e l'azione concertata risolverebbero molto più facilmente i problemi, gli Stati membri sembrano preferire di correre il rischio della disintegrazione dell'Unione piuttosto che elaborare una politica comune dell'accoglienza e dell'immigrazione economica⁶¹.

Come programma d'azione politica, il Trattato di Lisbona ha chiaramente fallito e sembra difficile pensare che, nelle ardue condizioni attuali, si formi all'interno del Consiglio europeo il consenso sufficiente a rilanciarlo.

Tuttavia, le disposizioni dei Trattati non sono semplicemente dei programmi d'azione politica per i governi degli Stati membri riuniti nel Consiglio, sono anche dei principi.

Se è vero che i Trattati sono «la carta costituzionale di base dell'Unione»⁶² e che l'Unione «è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita da(i) Trattat(i)»⁶³, è compito della riflessione giuridica metterne a fuoco la precettività, svolgendo fino in fondo le implicazioni di questa definizione.

Chi ha riflettuto a fondo sul tema, ha sottolineato che «nell'ambito dell'Unione europea occorre distinguere i principi, e in particolare i principi fondamentali, dagli obiettivi»⁶⁴.

⁶¹ Le reazioni degli Stati membri alla crisi dei profughi risponde ai caratteri delle «dinamiche di disintegrazione» illustrate da J. ZIELONKA, *Is the EU doomed?*, Cambridge, 2014 (trad. it. *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, Roma-Bari, 2015, 23 ss.).

⁶² Come ribadito con forza nel parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla Cedu (Corte giust., 18 dicembre 2014, n. 2, par. 163, in *Foro it.*, 2015, IV, 61, con note di R. PARDOLESI, di G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Cedu: nessuna sorpresa, nessun rammarico*, e di G. ALBENZIO, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu: «It's a long long way...»*). Cfr. anche S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. internaz.*, 2016, 68 ss.

⁶³ Come insegna la Corte fin dalla sentenza *Les Verts* (Corte giust., 23 aprile 1986, causa 294/83, par. 23), puntualmente richiamata dalla giurisprudenza successiva (cfr. spec. Corte giust., 3 settembre 2008, cause C-402/05 e 415/05, *Kadi*, par. 281).

⁶⁴ A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2011, spec. 50 s.: l'Autore sostiene, in particolare, che l'art. 2 TUE si riferisca a principi fon-

Dagli obiettivi in quanto tali, intesi nel senso che si limitino ad esprimere «gli effetti auspicati dell'azione dell'Unione nella realtà sociale», difficilmente potrebbero scaturire le stesse indicazioni precettive ricavabili dai principi, che «segnano le basi e i limiti dell'agire dell'Unione europea», ma nei Trattati si registra anche un «intreccio di obiettivi e principi» e comunque «sembra persistere una certa insicurezza nell'identificazione dei principi fondamentali europei»⁶⁵.

Ed è appunto nell'identificazione pratica di certi enunciati come principi che si decide della loro precettività oppure della loro condanna al limbo delle indicazioni in perenne attesa di una volontà politica del legislatore europeo che le raccolga⁶⁶.

È indubitabile che certe indicazioni contenute nei Trattati abbiano avuto e continuino ad avere una forza precettiva incomparabile rispetto ad altre, cui sembra mancare quasi del tutto la capacità di tradursi in una qualche forma di precettività. La causa di questo trattamento differenziato è giurisprudenziale, in quanto risiede nella convinzione che le norme programmatiche contenute nei Trattati debbano necessariamente attendere l'intervento del legislatore europeo per diventare effettive.

Questa posizione è stata enunciata chiaramente dalla Corte di giustizia nella sentenza sugli accordi commerciali conclusi con paesi terzi nell'ambito del Gatt, interpretando gli artt. 2 e 3 TCE nel senso che essi prevedano il rafforzamento della coesione sociale come «uno degli obiettivi della Comunità», ma con disposizioni che

presentano un carattere programmatico, di modo che la realizzazione dell'obiettivo della coesione economica e sociale deve essere il risultato delle politiche e delle azioni della Comunità nonché degli Stati membri⁶⁷.

damentali, mentre l'art. 3 contempla obiettivi essenziali dell'Unione, sebbene intrecciati a principi.

⁶⁵ A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, 49 ss.

⁶⁶ S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.

⁶⁷ Corte giust., 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Rep. portoghese c. Cons. UE*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, 997, con nota di G.M. RUOTOLO, *Organizzazione mondiale del commercio e ordinamento comunitario nella giurisprudenza recente della Corte di*

Si tratta di un'interpretazione che ricalca esattamente quella si era formata in Italia nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della Costituzione e l'entrata in funzione della Corte costituzionale, e di cui la Corte si è sbarazzata fin dalla sua prima pronuncia, osservando che

la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche⁶⁸.

La questione delle norme programmatiche dei Trattati meriterebbe di essere approfondita, ma in questa sede è sufficiente sottolineare che, come nella Costituzione italiana, anche nei Trattati europei «è proprio attraverso il complesso delle disposizioni “programmatiche” che risultano l'accento caratteristico e la peculiarità» dell'ordinamento che essi intendono realizzare, «sicché, scartando dall'ambito della giuridicità (e della giuridicità normativa) questo gruppo di disposizioni, si verrebbe a mutilare arbitrariamente la Costituzione» dell'Unione europea «di una sua parte essenziale», mentre invece occorre assumere come criterio interpretativo la constatazione che «una Costituzione, come qualsiasi

giustizia: un nodo ancora irrisolto e in *Giust. civ.*, 2000, 949, con nota di P. PUSTORINO, *Osservazioni sulla legittimità degli atti comunitari in base alle norme del GATT*.

⁶⁸ Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. cost.*, 1956, I. Questo vero e proprio atto fondativo della giurisprudenza costituzionale, senza il quale la parte sostanziale della nostra Costituzione avrebbe avuto un destino ben diverso, deve molto alla riflessione di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, che raccoglie i numerosi interventi con cui l'Autore, giovandosi della riflessione sulla precettività dei principi generali svolta prima dell'avvento della Costituzione, aveva combattuto da un punto di vista elevatissimo culturalmente la giurisprudenza sulle norme programmatiche, non soltanto da un punto di vista generale (nei due saggi *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione* del 1948, e *Le norme “programmatiche” della Costituzione* del 1952), ma anche affrontandone alcuni fra i più delicati profili applicativi (due saggi, in particolare, erano stati dedicati a combattere la tesi del carattere meramente programmatico dell'art. 21 Cost., che appunto formerà oggetto della prima sentenza della Corte). Cfr. anche M. LUCIANI, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in *La magistratura ordinaria nella storia dell'Unità d'Italia*, Torino, 2012, 75 ss.

altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo» e quindi «deve essere intesa e interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione»⁶⁹.

Il Titolo V TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, attribuisce all'Unione competenze sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che si traducono in compiti delle sue istituzioni e limiti alla sovranità degli Stati membri suscettibili di diventare attuali solo al momento in cui quelle competenze siano esercitate. Ma ciò non significa che quelle disposizioni siano tutte indistintamente di carattere meramente programmatico, perché in esse sono chiaramente enunciati anche i principi fondamentali della materia, ai quali tutte le norme approvate dall'Unione o dagli Stati membri in quell'ambito devono risultare conformi.

Questi principi sono «promozionali», perché mirano a una trasformazione sostanziale dell'ordinamento dell'Unione, ma non possono essere considerati meramente «programmatici», perché ciò equivarrebbe a privarli della precettività che deriva loro dall'essere contenuti in testo costituzionale, quale, secondo la giurisprudenza *Les Verts*, i Trattati pienamente sono.

L'art. 67 contiene una disposizione immediatamente applicabile, laddove stabilisce che l'Unione «garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne», e una disposizione di principio, laddove prevede che l'Unione «sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi»⁷⁰.

Il Trattato non specifica i contenuti della politica comune che l'Unione deve adottare, però rende doveroso il raggiungimento di un

⁶⁹ V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 11 ss.

⁷⁰ Il discorso che si sta svolgendo nel testo è diverso, nonostante l'identità del nome, rispetto al problema della solidarietà tra gli Stati membri in materia economica (su cui cfr., fra i tanti, B.G. MATTARELLA, *Solidarity, a Political Issue*, in *Europ. Rev. Public Law*, 26, 2014; F. DE WITTE, *Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts of Justice in Europe*, in *Europ. Law J.*, 18, 2012, 694 ss.), sia per la compattezza sistematica del Titolo V, sia per il carattere di principio fondante di tutte le materie ivi regolate che il Trattato gli attribuisce, sia per la forza precettiva espressa dal combinato disposto degli artt. 67 e 80, come ora si vedrà.

livello di armonizzazione dei principi sostanziali delle materie considerate tale da configurare un'effettiva politica comune, segnando una netta trasformazione rispetto al quadro costituzionale delineato dal Trattato di Amsterdam in questo ambito.

I doveri di «instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» (art. 77), di sviluppare (art. 78)

una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento

e di sviluppare «una politica comune dell'immigrazione» (art. 79) sono posti dal Trattato come condizioni necessarie per la realizzazione di «uno spazio di libertà» senza «controlli sulle persone alle frontiere interne» (art. 67).

Articolata in tre ambiti, la politica comune è però una sola, come chiaramente traspare dalla formulazione dell'art. 67.

Il principio espresso dall'insieme di queste previsioni è che la costruzione dello spazio comune interno presuppone necessariamente regole sostanziali comuni sull'ingresso degli stranieri, le quali siano tali da disinnescare la conflittualità insita in un sistema, come quello di Schengen ancora in vigore, che abolisce i controlli alle frontiere interne lasciando però del tutto intatta la pretesa degli Stati membri di decidere le condizioni dell'ingresso degli stranieri sul loro territorio.

Oltre a essere tutte necessarie e necessariamente comuni, le regole comuni sono improntate a un principio forte, quello della solidarietà tra gli Stati membri.

L'immediata precettività di questo principio e il suo carattere strutturalmente costituzionale non possono essere negati. L'art. 67 utilizza la stessa espressione costituzionalmente pregnante che era stata dell'art. 6, comma 1, ed è ora dell'art. 2 TUE: così come l'Unione «si fonda» su determinati principi o valori, allo stesso modo, la politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere è «fondata» sulla solidarietà tra gli Stati membri. Anche «il contenuto normativo» dell'art. 67, si può quindi dire, «sta nell'uso del tempo indicativo (“si fonda”)), che lo rende riconoscibile come una di quelle «poche

norme», «poste in particolare rilievo, che riguardano un'intera materia», ne individuano «il fondamento normativo» e per questo «vengono qualificate come *principi fondamentali* o *strutturali*»⁷¹.

Il rango costituzionale e la precettività immediata del principio di solidarietà tra Stati membri sulla validità di tutti gli atti dell'Unione in questa materia sono poi espressamente e inequivocabilmente enunciati dalla norma di chiusura del Capo 2 dedicato alle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione.

L'art. 80 stabilisce, infatti, che «le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario».

L'importanza che il Trattato attribuisce all'effettività di questa statuizione è sottolineata dalla previsione di uno specifico e immediatamente sanzionabile obbligo positivo: «ogniquale volta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio».

Come si è illustrato in precedenza, le regole di base dei sistemi di Schengen e di Dublino, considerate nelle loro relazioni reciproche, delineano un ordinamento della materia che non si fonda certo sul principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, ma che risulta anzi in profondo contrasto con esso⁷².

In più, la mancanza di una politica comune in materia di immigrazione, che sarebbe invece necessaria in base agli artt. 67 e 79 del Trattato, produce le gravi distorsioni sopra segnalate sul funzionamento del sistema di asilo e sui rapporti tra gli Stati membri, creando, si potrebbe dire, una situazione ambientale che mette strutturalmente a rischio il dovere di «rispetto dei diritti fondamentali», specificamente ribadito per la materia in esame dall'art. 67 del Trattato.

⁷¹ A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali*, cit., 46 ss.

⁷² Il protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie manteneva in vigore gli atti adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, finché «non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati» (art. 9). Si deve ritenere che tale riserva sia venuta meno con l'approvazione del regolamento di Dublino III, del nuovo codice delle frontiere Schengen e con il regolamento istitutivo della guardia costiera.

Esiste, dunque, una via per il superamento dell'attuale situazione di stallo.

È una strada giuridica, perché mira a sbloccare e indirizzare la strada per l'avvio effettivo delle riforme annunciate: è la strada che riconosce a determinate disposizioni dei Trattati il valore precettivo dei principi costituzionali e li applica con rigore al diritto esistente, facendo cadere o disapplicando le regole e gli atti che con essi contrastano, o correggendone il senso mediante l'interpretazione costituzionalmente orientata, in modo da costringere la politica a seguire la strada che essa stessa si è data nel momento in cui ha consegnato l'idea di una certa convivenza tra gli Stati europei alla forza cogente del Trattato⁷³.

⁷³ La tesi sostenuta nel testo potrebbe apparire di primo acchito ingenua o velleitaria, come tutte quelle che si sono lanciate a sostenere il fondamento costituzionale dei Trattati sulla base della mera centralità dei valori che da essi sembrava trasparire (per un'analisi critica di queste tesi, cfr. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, 39 ss.). Pare, quindi, opportuno precisare, senza poter in questa sede approfondire gli aspetti tecnici del tema, che l'affermazione di una precettività delle disposizioni di principio contenute nel Titolo V mira a fornire argomenti per la costruzione di una giustiziabilità, analoga al sindacato di costituzionalità, degli atti di diritto derivato in materia, nonché delle norme e degli atti amministrativi interni che su quelle regole si basano. L'occasione per un tale sindacato può sorgere in molteplici modi e sulla base di azioni di soggetti differenti, dagli Stati membri ai singoli migranti. Se c'è qualcosa che ha sempre distinto l'ordinamento comunitario da un mero quadro di relazioni internazionali è proprio che le disposizioni dei Trattati hanno sempre saputo trovare una via per la loro attuazione. Il discorso che qui si svolge ha di mira essenzialmente di rendere praticabile per i principi contenuti nel Titolo V la stessa strada che tante altre disposizioni dei Trattati hanno già intrapreso con successo. Ma la portata pratica dell'argomento che si sta elaborando coinvolge anche l'iniziativa della Commissione, specialmente quella relativa all'avvio delle procedure d'infrazione (in questo senso sembra muoversi, ad esempio, il comunicato del 10 febbraio 2017 *Implementing the Common European Asylum System: Commission acts on 9 infringement proceedings*, reativo all'avvio di procedure d'infrazione per gli Stati membri che non attuano le decisioni sul ricollocamento dei migranti).

9. Solidarietà, equa ripartizione delle responsabilità e uguaglianza sostanziale tra gli Stati membri: la Costituzione orizzontale nascosta nei Trattati

Il punto d'attacco della riflessione di Crisafulli sulla precettività delle disposizioni programmatiche era stato la constatazione che in tali disposizioni si concentrasse tutta la carica innovativa della Costituzione repubblicana, mirante a una profonda trasformazione degli assetti di interesse sedimentatisi nell'ordinamento previgente⁷⁴. Lo sguardo del giurista coglieva lucidamente la valenza politica delle disposizioni programmatiche, ma percepiva anche il pericolo che, lasciate totalmente all'iniziativa del legislatore, quelle disposizioni avrebbero perso la loro tensione verso l'effettività. Quindi ne sottolineò l'autonoma precettività proprio al fine di garantire che gli assetti vigenti, contrari alle nuove indicazioni sostanziali contenute nella Costituzione, non si perpetuassero per via dell'inerzia delle forze politiche⁷⁵.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona pone l'analogo problema di una riforma costituzionale che segna una profonda cesura con l'ordinamento europeo previgente, ma, essendo affidata a un'iniziativa politica che specifichi i contenuti delle politiche comuni da essa prefigurate, corre un grave rischio di ineffettività.

I principi di cui al Titolo V del Trattato costituiscono una parte importante e delicata della Costituzione approvata con il Trattato di Li-

⁷⁴ V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio*, cit., 36: «dall'insieme delle disposizioni programmatiche si ricava la prospettiva e il senso di un movimento: dello sviluppo, cioè, della società statale in certe direzioni schematicamente previste dalla Costituzione. La quale, pertanto, complessivamente considerata, ci dà, non soltanto la figura essenziale di un modo di essere *attuale* (previsto e disciplinato come attuale), ma anche ed insieme la figura essenziale di un modo di essere *futuro* dell'ordinamento medesimo (previsto cioè, e disciplinato come possibile, ed anzi come necessario ossia come *giuridicamente doveroso*».

⁷⁵ V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 35: «ma è un programma che fa parte integrale della Costituzione, che si è tradotto, cioè, in una serie di principi costituzionali, formulati con maggiore o minore perspicuità a secondo dei casi, in altrettante disposizioni del testo costituzionale e che logicamente si collega con il nuovo ordinamento giuridico sancito – con efficacia immediata e diretta – dalle altre parti della Costituzione».

sbona⁷⁶. Gli artt. 67 e 80 introducono un concetto di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri che risulta opposto rispetto a quello che definisce la posizione del singolo Stato membro in ordine all'obbligo di rispetto del diritto comunitario, nei rapporti con gli altri Stati membri.

Tradizionalmente, la Corte di giustizia ha definito la soggezione degli Stati membri al diritto comunitario in termini di stretta legalità, affermando che gli Stati membri hanno un obbligo incondizionato di applicare le regole di diritto derivato, anche se le ritengono «in contrasto con determinati interessi nazionali», e non possono «dispensarsi unilateralmente dall'osservanza dei propri obblighi» neppure di fronte alle «difficoltà di applicazione rivelatesi in sede di attuazione»⁷⁷.

Il fondamento di una tale rigida interpretazione del vincolo derivante dai Trattati è rinvenuto dalla giurisprudenza nell'uguaglianza tra gli Stati membri di fronte al diritto comunitario e nel dovere di solidarietà reciproca tra essi:

⁷⁶ Nel Trattato di Lisbona è stata trasfusa la parte sostanziale del fallito Trattato costituzionale e questo ha introdotto nei Trattati i contenuti ed elementi espressivi tipici di una Costituzione (sulla genesi e i contenuti del Trattato, cfr. P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2010). Come osserva L.S. ROSSI, *L'Unione europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 749 ss., il Trattato di Lisbona può essere inteso come una costituzione materiale o una quasi-costituzione dell'Unione, ma il problema è che esso sia riconosciuto come tale dai cittadini europei e dagli Stati membri, comprese le loro Corti costituzionali. Tuttavia, come si sta cercando di argomentare nel testo, l'affermazione della dimensione costituzionale del Trattato dipende essenzialmente da quanto essa sia riconosciuta e fatta valere dalla Corte di giustizia nel sindacato sulla validità degli atti di diritto derivato dell'Unione e nel rinvio pregiudiziale, non tanto in ordine all'attribuzione di diritti ai cittadini, quanto in ordine alla definizione delle posizioni rispettive degli Stati membri.

⁷⁷ Corte giust., 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Repubblica italiana*, paragrafi 20 e 22, in *Foro it.*, 1973, IV, 49 ss., con note di N. CATALANO, *Sopranazionalità formale e sopranazionalità sostanziale* e di A. TIZZANO, *Persistenti violazioni del Trattato CEE e singolari pretese dell'Italia*. Cfr. anche F. CAPELLI, *Una vocazione europea all'italiana (le discriminazioni poste in essere dall'Italia ai danni dei propri operatori)*, in *Dir. scambi internaz.*, 1973, 155 ss.

Il fatto che uno stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli stati membri dinanzi al diritto comunitario. Questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico comunitario⁷⁸.

Come si vede, il portato specifico di questo concetto di solidarietà è l'impossibilità di mettere in discussione l'assetto sostanziale di interessi realizzato da una determinata disciplina comunitaria, la quale deve essere accettata dal singolo Stato membro anche quando, nell'«equilibrio tra i vantaggi e gli oneri», i primi vanno tutti a beneficio di alcuni Stati membri e gli oneri tutti a carico di altri Stati membri. Ed è precisamente questo che accade con il sistema coordinato di regole di Schengen e di Dublino, come espressamente riconosciuto dalla Commissione.

Il Trattato di Lisbona non mette certo in discussione il dovere degli Stati membri di attuare il diritto dell'Unione, accettandolo anche se si pone in contrasto con gli interessi nazionali. Tuttavia, introduce disposizioni sostanziali che impongono al diritto derivato dell'Unione di realizzare assetti di interessi nei quali i vantaggi e gli oneri degli Stati membri siano distribuiti in modo equilibrato. Questo è chiaramente il caso dei principi di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, che presiedono alla materia regolata dal Titolo V.

Negli artt. 67 e 80 la solidarietà tra gli Stati membri assume una funzione opposta rispetto a quella che essa assolveva nel contesto della giurisprudenza sulla stretta legalità comunitaria, quella cioè di consentire a uno Stato membro, che si trovi ad essere svantaggiato da un assetto di interessi squilibrato o non equo prodotto da una regolamentazione

⁷⁸ Sentenza cit., paragrafi 24 e 25. La prospettiva espressa da queste formulazioni trova il suo presupposto nella visione monistica espressa dalla Corte nella sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Foro it.*, 1964, IV, 137 ss., con nota di N. CATALANO, *Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, per la quale «a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri», in quanto «questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi».

europea, di sollevare in sede giurisdizionale una questione relativa al contrasto di quella regolamentazione con i principi che reggono i rapporti tra gli Stati membri nella materia del Titolo V, instaurando così un giudizio sostanzialmente equiparabile a un vero e proprio sindacato di costituzionalità.

Il principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri si collega al principio fondamentale, introdotto dal Trattato di Lisbona all'art. 4 TUE, per il quale «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati». Questa formulazione non può essere intesa come un mero richiamo al principio di diritto internazionale generale dell'uguaglianza degli Stati, perché l'Unione non è un'organizzazione stabile di relazioni internazionali tra Stati, ma un processo di integrazione tra essi. Né, d'altra parte, quella formulazione può essere ridotta a una codificazione del principio di stretta legalità elaborato dalla Corte di giustizia, perché l'uguaglianza in senso costituzionale, come senz'altro è da intendersi quella menzionata dall'art. 4, ha una dimensione sostanziale preponderante rispetto alla mera uguaglianza formale di tutti i soggetti di fronte alla legge.

In questo senso, gli artt. 67 e 80 TFUE costituiscono una importante applicazione del principio di uguaglianza sancito in via generale dall'art. 4, perché segnalano che, se sugli Stati membri incombe l'obbligo di rispettare il diritto derivato dai Trattati, questo a sua volta deve essere tale da trattare sostanzialmente in maniera uguale gli Stati membri nei rapporti di reciproci vantaggi ed oneri che le sue regole stabiliscono⁷⁹.

⁷⁹ Sviluppo qui un'importante intuizione di M.P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 979 ss., che costituisce un'infrastruttura concettuale indispensabile per cogliere il significato del «salto» costituzionale che il Trattato di Lisbona ha cercato di far compiere all'ordinamento dell'Unione. L'A. notava che, mentre la Comunità europea rappresenta «un'entità dalle connotazioni tipicamente "verticali" nel senso che privilegia gli strumenti dell'integrazione in una prospettiva *top-down*», lo spazio giuridico europeo, nel quale l'Unione «ha il compito di organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli» (così recitava art. 1, comma 3, TUE, di cui lo scritto citato sottolineava la grande importanza), possiede una struttura «caratterizzata più in senso orizzontale che verticale», «quale ordinamento generale in cui far operare, convergere ed interferire tra loro gli ordinamenti degli Stati membri», e ponendo così un problema più che di «integrazione giuri-

Come si è cercato di dimostrare, la crisi nelle relazioni tra gli Stati membri, manifestatasi con l'emergenza dei rifugiati, trova la sua causa prima in una regolamentazione europea che, non rispettando il principio di uguaglianza sostanziale tra gli Stati membri e continuando a nascondere il disequilibrio orizzontale sotto il dovere verticale di rispettare le regole dell'Unione, non produce certo cooperazione e reciprocità, ma soltanto divisioni e irrigidimenti nazionalistici⁸⁰.

10. Una debole forza messianica

La riflessione che precede si è svolta nel segno di un uomo, un profugo in fuga dalla persecuzione e dalla guerra come tanti altri. Malato di cuore a quarantotto anni, esule, internato in un campo di concentramento, ridotto nella condizione di apolide, si era arrampicato su una montagna per attraversare clandestinamente il confine e mettersi in salvo. Aveva in tasca il biglietto della nave e il visto d'ingresso per un altro Paese, al di là del mare, dove amici e colleghi lo aspettavano ormai da troppo tempo.

Aveva tardato a partire, credeva che nei tempi bui e minacciosi che si stavano levando ci fosse ancora qualcosa da fare, una testimonianza da dare. Poi la guerra era avanzata veloce e le vie di fuga si erano improvvisamente chiuse. Arrivato dall'altra parte del confine, fu fermato dalla guardia di frontiera: non aveva il permesso per uscire dal paese da cui era fuggito. Per quel giorno, quella era la regola. Se fosse arrivato un giorno prima, sarebbe passato. Se fosse arrivato un giorno dopo, sarebbe passato.

dica», di «cooperazione e di reciproco riconoscimento». A mio avviso, la «vera rottura costituzionale nel processo di integrazione europea», che l'Autore vedeva già nel Trattato istitutivo dell'Unione, si è manifestata pienamente solo con il Trattato di Lisbona, e ciò non perché sia stata superata la divisione in pilastri, ma proprio per l'introduzione del principio di uguaglianza tra gli Stati membri, che ha fornito il fondamento costituzionale di quella dimensione orizzontale dell'Unione, che egli aveva acutamente rilevato nell'art. 1, comma 3, TUE.

⁸⁰ Il discorso sin qui condotto condivide molti aspetti con quanto sostenuto da A.J. MENÉNDEZ, *The Refugee Crisis: Between Human Tragedy and Symptom of the Structural Crisis of European Integration*, in *Europ. Law J.*, 22, 2016, 388 ss.

Ma lui arrivò nel giorno sbagliato in quel posto di mare al confine tra la Francia e la Spagna. Era il 26 settembre 1940. Il piccolo paesino ai piedi dei Pirenei si chiamava Port Bou. Portava con sé una cartella contenente un voluminoso manoscritto, che non fu mai ritrovato. Anche a causa di quel peso, il viaggio sulla montagna l'aveva molto provato. Gli fu data una stanza e qualche cura da parte del medico locale. Quella notte si tolse la vita.

Si chiamava Walter Benjamin⁸¹. Era nato a Berlino il 15 luglio 1892 in una famiglia ebraica. Aveva un visto d'ingresso per gli Stati Uniti, dove lo aspettavano Theodor e Gretel Adorno, Max Horkheimer, Hannah Arendt (qualche anno prima non era riuscito a decidersi ad accettare l'invito insistente del suo amico di gioventù Gershom Scholem a trasferirsi in Israele)⁸². È stato uno dei più importanti filosofi del Novecento.

Hanno scritto di lui che «la stessa morte di Benjamin, il suo suicidio, in fuga dalle truppe naziste, (...) al confine tra Francia e Spagna, testimonianza del fatto che quello benjaminiano è proprio un pensiero di confine e del confine», profondamente differente da un pensiero del limite, perché «là dove il pensiero del limite vede un abisso, quello del confine cerca un passaggio»⁸³.

⁸¹ Una ricostruzione accurata, anche del contesto giuridico dell'ultimo viaggio del filosofo si trova in C. SALETTI (a cura di), *Fine terra. Benjamin a Port Bou*, Verona, 2010; cfr. anche H. EILAND, M.W. JENNINGS, *Walter Benjamin. Una biografia critica*, Torino, 2015.

⁸² T.W. ADORNO, *Profilo di Walter Benjamin*, in *Prismi*, Torino, 1972, 233 ss., H. ARENDT, *Il pescatore di perle. Walter Benjamin 1892-1940*, Milano, 1993; G. SCHOLEM, *Walter Benjamin. Storia di un'amicizia*, Milano, 2008; ID., *Walter Benjamin e il suo angelo*, Milano, 1978. Benjamin sarebbe stato integrato a New York nell'Istituto per la ricerca sociale dell'Università di Francoforte, trasferitosi negli Stati Uniti e diretto da M. Horkheimer, che era stato la principale fonte di sostentamento di Benjamin negli anni dell'esilio parigino. Il suo suicidio e la lettura delle sue Tesi sul concetto di storia furono uno degli stimoli decisivi per la *Dialettica dell'illuminismo*, che Adorno e Horkheimer scrissero nel 1942.

⁸³ F. DESIDERI, M. BALDI, *Benjamin*, Roma, 2010, 12 ss. Al titolo di uno dei molti studi dedicati a Benjamin da questo Autore è ispirato il sottotitolo del presente lavoro (F. DESIDERI, *Catastrofe e redenzione. Benjamin tra Heidegger e Rosenzweig* (1983), ora in ID., *La porta della giustizia. Saggi su Walter Benjamin*, Bologna, 1995, 167 ss.).

Aveva lavorato per gran parte degli ultimi anni della sua vita a un'opera sui *Passages* parigini del XIX secolo. *Passages* è il nome del memoriale che Dani Karavan ha creato per lui a Port Bou, un passaggio che dall'aperto ti riconduce all'aperto, di fronte al mare⁸⁴. Riflettendo sui *Passages*, Benjamin aveva sviluppato una peculiare concezione della conoscenza storica, che nel 1939, di fronte allo shock del patto Hitler-Stalin, si era tradotta, nella formulazione di alcune tesi, non destinate forse alla pubblicazione in quella forma, ma rimaste come il suo testamento spirituale⁸⁵.

Era un materialista storico di un genere affatto particolare. Affermava che il materialismo storico «può competere senz'altro con chiunque se prende al suo servizio la teologia, che oggi, com'è a tutti noto, è piccola e brutta, e tra l'altro non deve lasciarsi vedere» (Tesi I). Teologia per lui era il messianismo ebraico nella versione mistica appartenente alla tradizione del neoplatonismo cabalistico, cui si era avvicinato in gioventù grazie all'amico Scholem⁸⁶.

Le tesi, infatti, parlano di redenzione, ma di redenzione del passato: «nell'idea di felicità risuona ineliminabile l'idea di redenzione. Ed è lo stesso per l'idea che la storia ha del passato. Il passato reca con sé un indice segreto che lo rinvia alla redenzione» (Tesi II). Esse indicano che solo attraverso la redenzione del passato può essere liberata la via della speranza nel tempo presente:

il dono di riattizzare nel passato la scintilla della speranza è presente solo in quello storico che è compenetrato dall'idea che neppure i morti sa-

⁸⁴ <http://walterbenjaminportbou.cat/en/content/lobra>.

⁸⁵ W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, edizione critica a cura di G. BONOLA e M. RANCHETTI, Torino, 1997, cui si riferiscono le citazioni delle Tesi che seguono nel testo.

⁸⁶ F. DESIDERI, M. BALDI, *Benjamin*, cit., 12: «la tradizione alla quale Benjamin indubbiamente appartiene è quella del neoplatonismo cabalistico; una tradizione che attraversa la cultura europea per lo più in maniera sotterranea e che è merito proprio del più vecchio e fedele amico di Benjamin, Gershom Scholem, aver riportato alla luce dello studio e della ricerca scientifica».

Cfr. anche T. TAGLIACOZZO (a cura di), *Walter Benjamin, Gershom Scholem e il linguaggio*, Milano, 2016; ID., *Messianismo e teologia politica in Walter Benjamin*, in D. GENTILI, T. TAGLIACOZZO (a cura di), *Il messianismo ebraico*, Firenze, 2009, 93 ss.

ranno al sicuro dal nemico, se vince. E questo nemico non ha spesso di vincere (*Tesi VI*).

Benjamin scriveva davanti a una catastrofe imminente e non si faceva illusioni sul male che stava avanzando. Le tesi sono una critica radicale ad ogni illusione sulla civilizzazione irreversibile dell'uomo: «lo stupore perché le cose che noi viviamo sono “ancora” possibili nel ventesimo secolo non è filosofico» (*Tesi VIII*). Era stato un intellettuale cosmopolita, vissuto tra Berlino e Parigi in un'epoca di grande civiltà artistica e intellettuale, poi tutto era crollato. Si erano innalzati muri economici, muri politici, muri ideologici, i popoli erano stati messi gli uni contro gli altri, l'odio aveva preso il sopravvento.

Un altro suo amico, Bertolt Brecht, ha scritto per lui:

Imperi crollano. I capibanda
incedono in veste di uomini di stato. I popoli
non si vedono più sotto le armature.
Così il futuro è nelle tenebre, e le forze del bene sono deboli⁸⁷.

Le tesi sono quindi un avvertimento a tendere al massimo l'attenzione verso il passato nell'attimo del pericolo:

l'importante è trattenere un'immagine del passato nel modo in cui s'impone non prevista al soggetto storico nell'attimo del pericolo, che minaccia tanto l'esistenza stessa della tradizione quanto i suoi destinatari (*Tesi VI*).

E

se è così, allora esiste un appuntamento misterioso tra le generazioni che sono state e la nostra. Allora noi siamo stati attesi sulla terra. Allora noi, come ad ogni generazione che fu prima di noi, è stata consegnata una debole forza messianica, a cui il passato ha diritto (*Tesi II*).

Questa forza messianica attiene alla capacità di rendersi conto che gli eventi non devono necessariamente scorrere secondo la loro intrin-

⁸⁷ B. BRECHT, *Per il suicidio del profugo W.B.*, in *Poesie politiche*, a cura di E. GANNI, Torino, 2015.

seca causalità. L'apparente ineluttabilità della storia nasconde in realtà il fatto che gli eventi sono sempre il frutto delle decisioni di singole persone che si trovano investite del potere di assumerle. Quindi, queste decisioni sono sempre il prodotto di una coscienza. La rivoluzione di cui parlano le Tesi è appunto una rivoluzione della coscienza, prodotta da un'ascesi espressamente paragonata alla meditazione monastica⁸⁸.

Il presente, afferma Benjamin, «non è passaggio», ma è l'adesso nel quale «il tempo è in equilibrio ed è giunto a un arresto» (Tesi XVI), perché «proprio del pensiero non è solo il movimento delle idee, ma anche il loro arresto» e «il pensiero si arresta d'improvviso» (Tesi XVII) quando la coscienza «afferra la costellazione in cui la sua epoca è venuta a incontrarsi con una ben determinata epoca anteriore» (Frammento A). Per chi sappia cogliere in questo modo il «presente come quell'adesso, nel quale sono disseminate e incluse schegge del tempo messianico» (Frammento A), ogni attimo si rivela come la «*chance* di una soluzione del tutto nuova, prescritta da un compito del tutto nuovo» (Tesi XVII)⁸⁹.

La nostra epoca si è già arrestata in una «costellazione carica di tensioni» con l'epoca in cui il profugo Walter Benjamin si tolse la vita. Rispetto alle moltitudini di profughi che fuggono dall'orrore, l'Europa è

⁸⁸ «I temi che la regola assegnava ai frati per la meditazione avevano il compito di renderli estranei al mondo e alle sue faccende. Le riflessioni che veniamo svolgendo qui sono scaturite da un'analogia determinazione» (Tesi X).

⁸⁹ Nella Tesi XVII Benjamin criticava ogni idealismo politico (ma in particolare quello della socialdemocrazia tedesca), assimilandolo al concetto kantiano di «compito infinito», che egli aveva studiato in gioventù (cfr. T. TAGLIACCOZZO, *Esperienza e compito infinito nella filosofia del primo Benjamin*, Macertata, 2013), e vi contrapponeva l'adesso (Jetztzeit) messianico, inteso come quella coscienza che, grazie al «punto critico» raggiunto nell'incontro della sua epoca con determinate immagini del passato, realizza che nel presente è sempre possibile decidere diversamente rispetto alle decisioni prese nel passato ed evitare quindi il ripetersi della catastrofe. Per questo, la «soluzione del tutto nuova» di cui parla la Tesi XVII è in grado di redimere anche il passato. Sul pensiero politico sviluppato da Benjamin già in gioventù e riaffiorante nelle Tesi, cfr. D. GENTILI (a cura di), W. BENJAMIN, *La politica e altri scritti. Frammenti III*, Milano, 2016, 15 ss.; M. PALMA (a cura di), W. BENJAMIN, *Scritti politici*, Roma, 2011; M. PONZI, B. WITTE (a cura di), *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, Torino, 2006; M. TOMBA, *La «vera politica». Kant e Benjamin: la possibilità della giustizia*, Macerata, 2006.

come la Spagna del 1940 al momento dell'invasione della Francia da parte delle truppe naziste. Quel giorno a Port Bou il profugo non fu lasciato passare, ma oggi noi possiamo redimere la sua sconfitta, perché abbiamo ancora in mano la *chance* di una soluzione del tutto nuova⁹⁰.

Lasciando passare i profughi, sviluppando l'accoglienza invece della chiusura⁹¹, gli Stati europei sono ancora in tempo a ristabilire la giustizia nei loro rapporti reciproci. Affermando la solidarietà e l'equa ripartizione delle responsabilità nei confronti dei profughi, il che significa mettere al primo posto le persone, i frammenti di Costituzione disseminati nei Trattati hanno ancora la possibilità di ricordare ai governi che l'Unione esiste solo ed esclusivamente per «la creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa» (art. 1, comma 2, TUE)⁹². E

⁹⁰ Non è la sorte del filosofo ad attirare il giurista qui, ma la capacità di apertura del suo pensiero, che si intende nel confronto tra l'esigenza della giustizia e la perenne tentazione dell'ordine, come sottolinea C. GALLI, *Genealogia della politica*, Bologna, 2010, 402: «mentre lo sguardo di Benjamin nell'immanenza profana scorge la possibilità della redenzione, quello di Schmitt vi legge la sfida dell'ordine, così che se nella *Jetztzeit* benjaminiana, nell'attimo che eccede la mera durata, traluce l'eterno, nell'accezione schmittiana, invece, si esprime in negativo l'Idea di ordine. Di qui deriva che l'Angelo di Benjamin non promette l'avvenire ma la salvezza (...). È da questa distanza che si spiega come sia possibile che l'antipositivismo che li accomuna produca un'apertura radicale alla Giustizia, in Benjamin, e una tensione all'ordine del Diritto, in Schmitt». Inutile aggiungere che il diritto che è puro ordine, senza alcuna scintilla di giustizia, non può essere considerato *ius*, ma sempre e soltanto *lex*.

⁹¹ Ci si riferisce specificamente alla proposta di riconoscere la libertà di circolazione e di soggiorno tra gli Stati membri anche i cittadini dei paesi terzi che abbiano diritto alla protezione internazionale, per la quale cfr. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia*, cit., paragrafo 10, la quale condivisibilmente ritiene che grazie a tale riconoscimento «gli Stati potrebbero agire più facilmente con spirito di leale cooperazione e si potrebbero individuare strumenti di applicazione del principio di solidarietà, in particolare finanziaria, che tengano conto sia del numero dei beneficiari di protezione dei quali gli Stati membri sono responsabili sia di quelli che invece soggiornano in un altro Stato membro. Potrebbero essere individuati incentivi al trasferimento verso taluni Stati piuttosto che altri, impegnando a questo fine risorse che sono invece oggi in gran parte finalizzate ai controlli, alle procedure di identificazione nonché a quelle di trasferimento nell'ambito del sistema Dublino, senza peraltro, come si è visto, ottenere risultati significativi».

⁹² Conviene sottolineare un'altra volta che in questa sede non si sta proponendo una sorta di palingenesi costituzionale del diritto europeo sulle migrazioni, perché la sorte dell'integrazione europea dipende, e non potrebbe essere altrimenti, dall'accordo politi-

poiché i popoli non sono astrazioni ma persone, per potersi prendere cura dei profughi occorre anche prendersi cura delle persone che formano i popoli europei, farli sentire sicuri, assicurarsi del loro benessere, diffondere non l'odio, ma il senso del bene⁹³.

Ludwig Wittgenstein ha scritto che

quando si traccia un confine si possono avere diverse e svariate ragioni. Se delimito un'area con una siepe, con una linea, o in qualche altro modo, ciò può avere lo scopo di non far entrare o di non far uscire qualcu-

co dei governi degli Stati membri (si aderisce in questo alla visione moderatamente realistica dell'integrazione europea espressa da M. GILBERT, *Storia politica dell'integrazione europea*, Roma-Bari, 2005). La politica, tuttavia, non è la giustizia e certe volte ha bisogno che la giustizia diventi effettiva, e si trasformi in una pietra d'inciampo per il calcolo politico, così da trovare l'appiglio per mettersi in moto e imboccare la direzione del bene invece che quella della distruzione. La giustizia può anche passare da una piccola porta. Si pensi alle vaste ripercussioni che potrebbe avere, se accolta dalla Corte, la tesi sostenuta dall'Avv. gen. Mengozzi nella causa C-638/16, secondo la quale l'art. 25, par. 1, lett. a), del reg. n. 810/2009 deve essere interpretata nel senso che «l'État membre sollicité par un ressortissant d'un pays tiers afin de lui délivrer un visa à validité territoriale limitée au motif de l'existence de raisons humanitaires est tenu de délivrer un tel visa si, eu égard aux circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que le refus de procéder à la délivrance de ce document conduira à la conséquence directe d'exposer ce ressortissant à subir des traitements prohibés par l'article 4 de la Charte, en le privant d'une voie légale pour exercer son droit de demander une protection internationale dans cet État membre. L'absence d'attaches familiales ou d'autre nature d'un tel ressortissant avec l'État membre sollicité est sans incidence sur cette réponse». Tutto il sistema europeo di controllo alle frontiere, basato sulla distinzione tra aventi diritto alla protezione umanitaria e migranti meramente economici, sarebbe messo radicalmente in questione.

⁹³ G. NAPOLITANO, *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 717 ss. giustamente sottolinea l'importanza dell'amministrazione nelle situazioni di grave crisi della popolazione, perché è l'amministrazione che fa sentire la presenza diretta delle istituzioni nella vita quotidiana, che manifesta la cura del potere politico per le persone. Ma il problema riguarda anzitutto l'indirizzo politico generale, i fini della legislazione e gli effetti che essa produce. Il dibattito sui fini dell'Unione europea è aperto, non solo a livello politico, ma anche giuridico (cfr. ad es., M. DAWSONN, F. DE WITTE, *From Baance to Conflict: a New Constitution fo the EU*, in *Europ. Law J.*, 22, 2016, 204 ss., nonché i saggi raccolti in M. HARTMANN, F. DE WITTE (a cura di), *Regeneration Europe*, in *German Law J., Special Issue*, 2013, 14, 441 ss.).

no; ma può far parte anche di un gioco nel quale i giocatori debbano, per esempio, saltare oltre il confine (...). Perciò, se traccio un confine, con ciò non è stato ancora detto perché lo traccio⁹⁴.

Non è ancora detto perché la frontiera esterna europea sia stata tracciata. Invece che per escludere chi proviene da fuori, potrebbe essere stato per avvicinare i popoli che vivono dentro.

⁹⁴ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, I, 499 (trad. it. *Ricerche filosofiche*, Torino, 2014, 161). Desidero ringraziare Cristina Campiglio, Edoardo Chiti, Luca De Lucia, Giulia Rossolillo e Mario Savino per aver letto una prima versione di questo scritto e per le osservazioni fatte.

DIRITTI FONDAMENTALI DEL “NON CITTADINO” E PRINCIPIO DI UNITÀ DELL’ORDINAMENTO GIURIDICO

Luca Buscema

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive in tema di “diritto alla ricerca di un rifugio sicuro”. 2. La vocazione universale dei diritti fondamentali della persona alla prova delle politiche nazionali di gestione dei fenomeni migratori. 3. Inclusione sociale e logiche securitarie. 4. I diritti sociali e di partecipazione (politica) dei migranti all’interno della Repubblica delle autonomie. 5. Flussi migratori e (aspirazioni di una) società multiculturalale.

1. Notazioni introduttive in tema di “diritto alla ricerca di un rifugio sicuro”

All’interno di un ordinamento giuridico democratico, ispirato agli ideali di fondo propri del costituzionalismo moderno¹, si assiste, ordinariamente, alla codificazione di un catalogo di diritti inalienabili dell’individuo² (in uno con i doveri costituzionali, contraltare indefettibile dei

¹ Secondo una prima accezione, “il costituzionalismo consiste essenzialmente in un sistema di pensiero volto a garantire i diritti e le libertà contro gli arbitrii dello Stato attraverso l’individuazione di limiti giuridici ai relativi poteri”. Così R. DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo per una costituzione universale dei diritti e delle libertà*, in *Human rights*, 2, 17.05.2013, in www.federalismi.it, 1. Nello stesso senso v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 03, 2771.

² “La costituzione dei diritti sembra (...) conferire ad ogni testo costituzionale una vocazione giuridica universale. Essa non si esaurisce nel testo scritto delle disposizioni costituzionali sui diritti e sulle libertà, ma si evolve in armonia con l’evoluzione del diritto internazionale dei diritti umani, e, in Europa, con le tradizioni costituzionali comuni degli stati membri che alimentano il “diritto costituzionale europeo”. Pertanto i diritti individuali e le libertà fondamentali che da essa discendono si pongono non solo come situazioni giuridiche soggettive date in virtù della relativa elencazione, tassativa,

primi)³, che, pur essendo proteso nel senso di sintetizzare i valori appartenenti ad una comunità avvinta da un sentimento indissolubile di identità nazionale⁴, appare rivolto nella direzione di consentire la salvaguardia e la promozione delle libertà fondamentali della persona indipendentemente dal possesso dello *status civitatis*.

I diritti inviolabili, pertanto, divengono

l'espressione di un ordinamento libero già realizzatosi e, allo stesso tempo, costituiscono il presupposto affinché questo ordinamento si ricostituisca continuamente tramite l'esercizio individuale delle libertà da parte di tutti⁵.

In un siffatto contesto valoriale, assicurare l'effettività e la continuità dei diritti di libertà – e, al contempo, contrastare i (sempre) nuovi

ma soprattutto come insieme di fini che il legislatore deve realizzare". Così R. DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo*, cit., 18.

³ Sottolinea G. COLETTA, *Verso l'estensione del diritto di voto ai non cittadini*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 352 ss., che il rispetto dei (*rectius*: l'adesione spontanea ai) doveri costituzionali di solidarietà postula uno specifico riferimento non solo ai cittadini, bensì anche nei confronti di tutti coloro i quali, stranieri o apolide, decidano di radicare la propria esistenza all'interno dei confini nazionali così da implicare una patente volontà di integrazione, prodromica, al ricorrere dei presupposti richiesti *ex lege*, al conseguimento della cittadinanza e, prima ancora, al riconoscimento della titolarità effettiva dei diritti fondamentali della persona.

⁴ È da tempo noto l'ampio dibattito sviluppato attorno al riconoscimento della titolarità dei diritti fondamentali della persona, codificati all'interno della Carta del 1948, in favore dello straniero, non tanto, in verità, riguardo all'*an* (essendo ormai pacifico che il Costituente abbia espressamente voluto riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo a prescindere dalla cittadinanza), quanto in relazione all'individuazione, in concreto, delle singole posizioni giuridiche soggettive attive riferibili nei riguardi dell'individuo in quanto tale, sia cittadino che apolide o straniero. Nella sterminata letteratura sul punto, v., *ex multis*: L. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *Human rights*, 2, 17.05.2013, in www.federalismi.it, 31 ss.; A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista Aic*, 02.07.2010, in <http://archivio.rivista.aic.it/rivista/2010/00/Pace01.pdf>, 12 ss.

⁵ Così P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, 39.

pericoli di disgregazione – costituisce la principale sfida che un Paese democratico deve saper assumere su di sé⁶.

In questo senso, la vocazione internazionale dei diritti dell’uomo contribuisce ad arricchire il patrimonio assiologico proprio di ciascuno Stato e, al tempo stesso, richiede la conformazione di strumenti di garanzia che trascendano i confini nazionali e prescindano dal riferimento alla cittadinanza, di modo da risultare serventi ai bisogni di tutela dell’individuo a fronte di aggressioni perpetrate all’interno di sistemi di governo autoritari⁷ che impediscono il libero dispiegarsi (delle libertà fondamentali e) della personalità di ciascuno⁸.

In tale prospettiva, si dimostra esemplificativo il complesso ed articolato modello di protezione (frutto dell’intersezione tra norme di diritto internazionale, generale e/o pattizio⁹, europeo¹⁰ e singole discipline

⁶ Si tratta, in particolare, di “preservare l’equilibrio, vitale per la tenuta del sistema e della stessa Costituzione, tra normazione e giurisdizione, in primo luogo tra normazione costituzionale e giurisdizione parimenti costituzionale. Ecco perché, in presenza di bisogni dell’uomo diffusamente e profondamente avvertiti, la legislazione costituzionale deve fare – a me pare – tutta quanta la propria parte, non abdicando a favore di strumenti di normazione inadeguati, quali sono quelli utilizzati dalla maggioranza di turno, o – peggio ancora – direttamente ed esclusivamente a favore di oscillanti e non di rado internamente discordanti orientamenti giurisprudenziali”. Così A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 23.

⁷ Cfr., *ex multis*: E. BERNARDI, *Asilo politico* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, I vol., Torino, 1987, 422.

⁸ In merito, evidenziano una stretta correlazione tra la figura del rifugiato e la protezione dei diritti umani C. HEIN, L. CAPPELLETTI, *Rifugiati politici* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII vol., Torino, 1997, 460.

⁹ Cfr., *ex multis*: G. BISCOTTINI, *Rifugiati* (voce), in *Enc. Dir.*, XL vol., Milano, 1989, 899 s.; C. HEIN, L. CAPPELLETTI, *Rifugiati*, cit., 461 ss. Per un approfondimento in merito al ruolo da riconoscere alla Convenzione di Ginevra del 1951 alla stregua di compendio fondamentale dei principi e valori di fondo sottesi allo *status* di rifugiato ed al diritto d’asilo, v. F. LENZERINI, *Diritto d’asilo e esclusione dello status di rifugiato. Luci e ombre nell’approccio della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 01, 108 ss.

¹⁰ In particolare, è stato osservato, il diritto di asilo, inteso come diritto ad un «luogo sicuro», ad una protezione internazionale per cittadini di Stati terzi perseguitati o, comunque, in pericolo, per ragioni connesse alla situazione di fatto esistente all’interno del Paese di provenienza, comincia a divenire obiettivo per una politica comune in seno

nazionali¹¹), che mira a riconoscere effettività al diritto ad un “rifugio sicuro”¹² rispetto alle sopraffazioni ed angherie perpetrate all’interno di

alla Comunità Europea a partire dalle dichiarazioni del Consiglio di Tampere dell’ottobre 1999. In tal senso e per un approfondimento in merito all’evoluzione della disciplina dettata in materia di asilo all’interno dell’Unione europea v. S. MIRATE, *Diritto di asilo e condizioni minime di accoglienza: la Corte Ue chiarisce obblighi e responsabilità degli stati membri*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 03, 809 ss. Sul punto v. anche E. BENEDETTI, *Il diritto d’asilo e la protezione dei rifugiati nell’ordinamento comunitario dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Milano, 2010, 101 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto di asilo in Italia e nell’Unione europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all’“esternalizzazione” e politiche nazionali di gestione della c.d. “emergenza immigrazione”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2010, 1450 ss.; B. CORTESE, *L’esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato tra competenze comunitarie e nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 1, 2006, 63 ss.; D. DUBOLINO, *L’identificazione dello Stato competente all’esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento 1*, in *Dir. Un. Eur.*, 4, 2004, 811 ss. Circa la disamina degli obiettivi del “sistema comune europeo dell’asilo” v. A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. internaz.*, 3, 2009, 669 ss.; L. MANCA, *Asilo* (voce), in S. PATTI (a cura di), *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore, I vol.*, Milano, 2007, 675 s.; ID., *Rifugiati* (voce), in S. PATTI (a cura di), *Il Diritto*, cit., 556 s.; ID., *Asilo (diritto di)*, *I Diritto internazionale* (voce), in *Enc. Giur.*, III vol., Roma, 2006, 1 ss.

¹¹ Come si avrà modo di vedere meglio, a breve, in riferimento all’ordinamento italiano, “l’indubbia rilevanza costituzionale del diritto di asilo emerge, in primo luogo, dalla *sedes* prescelta per disciplinarlo. Essa, inoltre, si sviluppa in una duplice prospettiva: prima di tutto, sul piano dei principi costituzionali destinati a mostrare (e mutare) il volto esterno della Repubblica, in conformità con il più generale ripudio della guerra e l’impegno proiettivo di promuovere in ambito internazionale un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni; in secondo luogo, sul versante dei diritti costituzionali più propriamente detti, in larga parte oramai riconosciuti e garantiti (...) nei confronti non soltanto del cittadino ma dell’uomo in quanto uomo”. Così M. BENVENUTI, *Asilo (diritto di)*, *II Diritto costituzionale* (voce), in *Enc. Giur.*, III vol., Roma, 2007, 1 s. In merito v. anche C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, *Diritto costituzionale* (voce), in *Enc. Dir.*, III vol., Milano, 1958, 222 ss.

¹² In particolare, in base alla Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954, come integrata dal protocollo relativo allo *status* dei rifugiati, siglato a New York il 31 gennaio 1967 ed entrato in vigore il 4 ottobre 1967, il termine «rifugiato» si applica a chiunque, temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trovi fuori dal Paese di

uno Stato¹³ per ragioni politiche¹⁴, religiose¹⁵, etniche¹⁶, culturali¹⁷ e sociali¹⁸.

cui è cittadino e non possa o non voglia, a causa di questo timore, avvalersi della protezione dello Stato di appartenenza, oppure a chiunque, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori dal Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non possa o non voglia tornarvi per le medesime ragioni. Sul punto v. Corte di giustizia UE, grande sezione, 05.09.2012, n. 71. Secondo C. HEIN, L. CAPPELLETTI, *Rifugiati*, cit., 462, “la sovraccitata definizione del rifugiato contiene elementi soggettivi (“timore di persecuzione”) ed elementi oggettivi: il timore deve essere fondato”. Invero, secondo V. SANTARSIERE, *Stato di rifugiato e diritto di asilo politico. Tra rilevanza dei presupposti e prove ardue*, in *Giur. merito*, 2007, 12, 3322, “questa definizione di rifugiato è divenuta insufficiente, perché il panorama delle persone in cerca di rifugio presso altri Stati è andato arricchendosi di nuove figure. Si osserva in dottrina che le persone costrette a lasciare il Paese di origine sono mosse anche da cause diverse dai motivi persecutori: guerre civili, occupazione straniera, calamità naturali, violazione permanente dei valori fondamentali della persona umana”.

¹³ Invero, secondo E. LA PENNA, *Rifugiati* (voce), in *Enc. Giur.*, XXXI vol., Roma, 1994, 1: “il Governo d’un Paese può costringere un uomo a diventare rifugiato o direttamente o indirettamente. La prima ipotesi consiste nell’espellere l’uomo ovvero nell’impedirgli il rientro in patria, e di solito si verifica per motivi “politici” o di «sicurezza nazionale» non meglio identificati. La seconda ipotesi ricorre, invece, quando l’uomo, volendo sfuggire alle più svariate forme di persecuzione, abbandona la sua terra o, trovandosene fuori, non intende rientrarvi”.

¹⁴ Ci si riferisce, in particolare, alla professione di un’opinione, di un pensiero o di una convinzione su di una questione inerente ai potenziali persecutori e alle loro politiche o ai loro metodi, indipendentemente dal fatto che il richiedente abbia tradotto tale opinione, pensiero o convinzione in atti concreti. In merito v., *ex multis*: Tribunale Trieste, 20.11.2013, n. 1386.

¹⁵ Esse includono, ad esempio, le convinzioni teiste, non teiste e ateiste, la partecipazione a (o l’astensione da) riti di culto celebrati in privato o in pubblico, sia singolarmente, sia in comunità, altri atti religiosi o professioni di fede, nonché le forme di comportamento personale o sociale fondate su un credo religioso o da esso prescritte. In merito v., *ex multis*: Tribunale Trieste, 20.11.2013, n. 1386. Sul punto v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 05.09.2012, n. 71. Per un commento v. A. APOSTOLI, *La Corte di giustizia si pronuncia su richieste di riconoscimento dello status di rifugiato per motivi religiosi*, in *Giur. cost.*, 2012, 05, 3772 ss.

¹⁶ Ci si riferisce, in particolare, al colore della pelle, alla discendenza o all’appartenenza ad un determinato gruppo etnico. In merito v., *ex multis*: Tribunale Trieste, 20.11.2013, n. 1386.

¹⁷ In uno con il ricorrere o meno del possesso della cittadinanza, ovvero dello *status* di apolide, comunque tale da attribuire ad un individuo una certa nazionalità, ci si riferi-

Invero, l'esigenza di proclamare "l'immunità" dell'individuo dalla minaccia di persecuzioni ha origini certamente antiche¹⁹ ed è stata storicamente condizionata dal particolare contesto politico/sociale²⁰ entro

sce anche all'appartenenza ad un gruppo caratterizzato da una specifica identità culturale, etnica o linguistica, comuni origini geografiche o politiche o la sua affinità con la popolazione di un altro Stato. In merito v., *ex multis*: Tribunale Trieste, 20.11.2013, n. 1386.

¹⁸ In merito, si osserva, l'appartenenza ad un particolare gruppo sociale postula un insieme di individui che condividono una caratteristica innata o una storia comune, che non può essere mutata, oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi. Sul punto v., *ex multis*: Tribunale Trieste, 20.11.2013, n. 1386. Invero, a volte, le ragioni giustificative poste a base della richiesta di protezione ben possono tra loro intersecarsi; ed infatti, è stato, ad esempio, osservato che la cultura razzista "ha una valenza asimmetrica: la sua portata offensiva si dispiega nei contesti sociali in cui l'appartenenza ad un gruppo razziale porta con sé il retaggio di un passato di discriminazioni, o finanche di persecuzione violenta. Oltre a prendere di mira individui determinati, il discorso razzista diventa dunque un modo per conservare e ribadire un rapporto di gerarchia tra gruppi sociali". Così G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. Dir.*, 2009, 2, 290. Per una ulteriore esemplificazione, v., *ex plurimis*: E. LA PENNA, *Rifugiati*, cit., 5.

¹⁹ "Il concetto di asilo deve la sua nascita a primissime forme di ospitalità caratteristiche della tradizione nomade, si è successivamente sviluppato come «Luogo Sacro» nella civiltà greco-romana. La parola «àsilon» ha, infatti, origini greche: «senza cattura»". In tal senso e per un approfondimento v. A.D. TROVÒ, *Status di rifugiato: poteri istruttori officiosi del giudice ai sensi della direttiva (Ce) n. 83/2004*, in *Giur. merito*, 2012, 01, 100 ss. In merito v. anche M. UDINA, *Asilo (diritto di), 1) Diritto internazionale* (voce), in *Enc. Giur.*, III vol., Roma, 1988, 1; D.U. GALETTA, *Il diritto di asilo in Italia e nell'Unione europea oggi*, cit., 1449; L. MANCA, *Asilo (diritto di)*, cit., 1. Invero, secondo G. BISCOTTINI, *Rifugiati*, cit., 895, la figura del rifugiato, pur essendo molto antica, "non ha assunto rilievo internazionale sino a quando il relativo fenomeno si è mantenuto in proporzioni modeste e la circolazione degli uomini al di là delle frontiere è stata libera, scevra, completamente o quasi, da formalità". Sul punto v. anche E. BERNARDI, *Asilo politico*, cit., 422. Per contro, sottolinea il diritto di ogni Stato di controllare l'ingresso ed il soggiorno di individui stranieri sul proprio territorio e di provvedere legittimamente ad eventuali espulsioni S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori e principio di non refoulement: la Corte EDU condanna l'Italia per i respingimenti forzosi di migranti in alto mare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 02, 456 ss.

²⁰ Per una disamina del tema concernente gli spostamenti di popolazioni su larga scala che suppongono un fenomeno diacronico nella storia dell'umanità, la quale, in tutti i tempi ed in ragione delle più diverse circostanze, è stata obbligata a proporziona-

cui, con fatica e non certo in modo uniforme²¹, si è progressivamente affermata²².

“L’istituto trovava, dunque, agli albori, la sua giustificazione etica nella necessità imperativa di proteggere lo straniero, in quanto essere indifeso, «isolato dai suoi compatrioti e dai suoi parenti»²³.

Allo stato attuale, riconosciuto formalmente il diritto di beneficiare di strumenti (internazionali)²⁴ di tutela²⁵ apprestati in favore di coloro ai quali sia impedito nel proprio Paese d’origine l’effettivo esercizio delle libertà democratiche²⁶, secondo le condizioni stabilite all’interno di cia-

re una risposta giuridica di fronte alla domanda di assistenza e protezione internazionale avanzata da parte di individui minacciati dai più disparati pericoli, v. N. ARENAS, *Il sistema di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati. La direttiva 2001/55/CE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 05, 1275 ss.

²¹ Sottolinea F. LENZERINI, *Diritto d’asilo e esclusione dello status di rifugiato*, cit., 105 ss., che, in effetti, per lungo tempo, il diritto di asilo è stato storicamente configurato – piuttosto che come diritto individuale pertinente alla persona che invoca protezione – quale facoltà tendenzialmente incondizionata dello Stato, presso cui è richiesta protezione, di accordare o meno tale beneficio.

²² In tal senso, con una particolare attenzione per una ricostruzione storica effettuata alla luce di un approccio di matrice religiosa, v. F. RICCIARDI CELSI, *Asilo (diritto di)*, III *Diritto canonico* (voce), in *Enc. Giur.*, III vol., Roma, 2008, 1 ss. In merito v. anche G. CRIFÒ, *Asilo (diritto di)*, *Diritti antichi* (voce), in *Enc. Dir.*, III vol., Milano, 1958, 191 ss.; G. VISMARA, *Asilo (diritto di)* (voce), *Diritto intermedio*, in *Enc. Dir.*, III vol., Milano, 1958, 198 ss.; P. CIPRIOTTI, *Asilo (diritto di)*, *Diritto canonico ed ecclesiastico* (voce), in *Enc. Dir.*, III vol., Milano, 1958, 203 ss.

²³ In tal senso e per un approfondimento v. A.D. TROVÒ, *Status di rifugiato: poteri istruttori*, cit., 100 ss.

²⁴ Per una disamina degli strumenti internazionali di protezione dei diritti fondamentali della persona riferibili ai fenomeni migratori v. G. CORDIALE, *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero negli strumenti del consiglio d’Europa*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, 2016, 175 ss.

²⁵ Per una disamina del “tormentato” riconoscimento giurisprudenziale del diritto d’asilo come diritto costituzionale soggettivo perfetto v. M. BENVENUTI, *Asilo*, cit., 3 ss.

²⁶ In merito, in tema di limiti assiologici al riconoscimento del diritto di asilo, è stato, in passato, autorevolmente sottolineato che “poiché tra le libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione italiana non vi è quella di agire e di operare contro la Costituzione (cui anzi si è tenuti ad obbedire ed essere fedeli), l’art. 10, 3° comma, non si estende a coloro che abbiano compiuto atti contrari alla costituzione del loro paese e siano in conseguenza perseguiti nelle forme legali”. Così C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*,

scun ordinamento²⁷, è possibile assistere alla costruzione di un graduale sistema di protezione internazionale²⁸ incentrato sull'alterità (quanto a presupposti e contenuti)²⁹ tra il diritto di asilo e il diritto di rifugio³⁰.

Diritto costituzionale (voce), in *Enc. Dir.*, III vol., Milano, 1958, 223. Nello stesso senso v. anche A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Artt. 1/12, Bologna, 1975, 535. Sul punto, precisa M. BENVENUTI, *Asilo*, cit., 5, che “non ha dunque rilievo, ai fini del riconoscimento del diritto in questione, che lo straniero che lo richiede abbia eventualmente operato contro il suo ordinamento giuridico e sia per ciò legalmente ivi perseguito, dovendosi anche in questo caso assumere quale termine di raffronto (...) i principi fondamentali contenuti nella nostra Carta costituzionale”.

²⁷ In riferimento all'ordinamento italiano, sottolinea A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., 526 ss., che in merito alla formulazione del testo dell'art. 10, comma 3, Cost., in origine non fu possibile assistere ad unanime convergenza d'opinioni in seno all'Assemblea Costituente. Maturarono, sul punto, essenzialmente tre diverse posizioni ideologiche. Secondo un primo approccio, di matrice comunista, venne valorizzata l'idea di conferire un particolare rilievo alla condizione di perseguitato, onde circoscrivere il riconoscimento della protezione accordata dallo Stato italiano nei confronti solo di coloro i quali fossero oggetto di persecuzione, di modo da evitare di includere anche la semplice negazione dei diritti fondamentali della persona. In ossequio ad una diversa impostazione, di matrice socialista, maturò, diversamente, l'idea secondo la quale, per poter beneficiare del diritto d'asilo, fosse necessario che i diritti per la cui difesa un perseguitato straniero doveva aver lottato dovessero essere quelli garantiti dalla Costituzione italiana. Infine, emerse una terza opzione ricostruttiva, di estrazione liberale e democristiana, risultata, poi, in definitiva, prevalente, in base alla quale venne prescelta l'opportunità di estendere al massimo la sfera dei possibili beneficiari del diritto d'asilo richiedendo, in sostanza, “la sussistenza di un elemento obiettivo: che lo Stato dell'esule conculchi i fondamentali diritti liberal-democratici che sono garantiti dalla nostra Costituzione”. Evidenzia la contraddizione tra l'ampiezza del diritto riconosciuto dall'art. 10, comma 3, della Costituzione e le difficoltà incontrate nella sua attuazione fino a quando non ha preso corpo una disciplina particolarmente stringente e puntuale di matrice internazionale ed europea, R. FINOCCHI GHERSI, *Il diritto di asilo in Italia e in Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2001, 919 ss. Infine, per una disamina del sistema italiano di protezione dei rifugiati alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, v., *ex multis*: E. CORCIONE, *L'Italia e il trattamento dei richiedenti asilo: sistema di accoglienza e valutazione del rischio*, in *Giur. merito*, 11, 2013, 2419 ss.

²⁸ Invero, in tema di protezione internazionale dello straniero, l'esame comparativo dei requisiti necessari per il riconoscimento, da un lato, dello *status* di rifugiato politico e, dall'altro, della protezione sussidiaria, evidenzia un diverso grado di personalizzazione del rischio oggetto di accertamento, atteso che nella protezione sussidiaria si co-

La qualità di «rifugiato» si differenzia, infatti, da quella di avente diritto all’asilo³¹ perché postula, quale fattore determinante, il fondato timore di essere perseguitato nel proprio Paese³².

glie, rispetto al rifugio politico, un’attenuazione del nesso causale tra la vicenda individuale ed il rischio rappresentato. In merito v., *ex multis*: Corte di Cassazione, sez. VI, 20.03.2014, n. 6503. In tal senso, la misura di protezione del permesso umanitario può essere riconosciuta a un cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto rifugiato ma nei cui confronti sussistano fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, correrebbe un grave pericolo. Sul punto, v., *ex plurimis*: Tribunale Trieste, 20.11.2013, n. 1386; Tribunale Trieste, 12.11.2013; Tribunale Roma, sez. I, 21.10.2013, n. 20908; Tribunale Roma, sez. I, 01.08.2012.

²⁹ Sul punto v. A.D. TROVÒ, *Status di rifugiato: poteri istruttori*, cit., 101 ss.; L. MANCA, *Asilo (diritto di)*, cit., 2. Invero, secondo M. UDINA, *Asilo (diritto di)*, cit., 1, “il rifugio è atto individuale del singolo e costituisce il presupposto dell’asilo che implica attività normativa ed eventualmente materiale da parte dello Stato. Non esiste asilo senza rifugio, mentre può esservi rifugio, più o meno temporaneo, non seguito da asilo”.

³⁰ Invero, evidenzia E. LA PENNA, *Rifugiati*, cit., 2, che “mentre la parola “rifugiato” sottolinea in particolare la fase finale dell’azione compiuta dall’individuo costretto ad abbandonare la sua residenza abituale, viceversa il termine “profugo”, pur riferendosi alla persona che si trova nelle condizioni del rifugiato, pone l’accento sulla fase iniziale dell’azione, e cioè sul momento dell’abbandono della residenza abituale”. Per un approfondimento in merito alla possibilità, *de iure condito*, di differenziare, tra loro, tre diverse “categorie di profughi”, v. A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., 539 ss. Sul punto v. anche M. BENVENUTI, *Asilo*, cit., 2.

³¹ Invero, “la comunanza di ordine sostanziale che ha vieppiù associato i due istituti dell’asilo e del rifugio rende difficile operare una netta separazione tra di essi. La prassi giurisprudenziale vi ha segnato una linea di demarcazione di natura ideologica, che ha prodotto una disciplina differenziata. Se ne è discostata la recente giurisprudenza di legittimità, pervenendo alla conclusione che le norme di diritto interno succedutesi sino ad oggi nella soggetta materia abbiano delineato al momento lo statuto dell’asilante in via di parziale attuazione del dettato costituzionale, tant’è che: a) richiedente asilo è la persona che ha presentato la domanda di asilo ed è in attesa di ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato; b) procedura di asilo è la procedura composta dai vari passaggi burocratici che iniziano quando il cittadino straniero presenta la domanda di asilo fino a quando viene emanato un provvedimento definitivo in merito al riconoscimento (o no) dello status di rifugiato”. Così e per un approfondimento v. S. DEL CORE, *Diritto d’asilo e status di rifugiato nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2007, 04, 152 ss. Schematicamente, sostiene E. BENEDETTI, *Il diritto d’asilo e la protezione dei rifugiati nell’ordinamento comunitario dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Milano, 2010, 6, che, in definitiva, “il dato di fatto è che tutti i rifugiati sono sicuramente

In questa direzione, al fine di ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, è necessario un requisito che non viene richiesto per l'acertamento del diritto d'asilo³³ e, cioè, (almeno) la sussistenza di fondati motivi sulla base dei quali ritenere che lo straniero subirebbe nel proprio Paese una persecuzione³⁴, laddove, per il diritto di asilo, è suffi-

te stati richiedenti asilo ma non tutti i richiedenti asilo vengono necessariamente riconosciuti rifugiati”.

³² Ed infatti, “la richiesta di riconoscimento dello status di rifugiato presuppone il fondato timore di essere vittima di persecuzioni religiose o razziali o dipendenti dall'appartenenza ad un determinato gruppo sociale o dal possesso di una cittadinanza o dalle proprie opinioni politiche; il diritto di asilo, invece, è posto in relazione non già al fatto di essere vittima delle suddette sopraffazioni, ma di essere destinatario di altri fatti che hanno in concreto compromesso nel Paese di origine l'effettivo esercizio delle libertà democratiche e ciò indipendentemente dal motivo della limitazione”. Così e per un approfondimento v. D. TROJA, *Il d.lg. 28 gennaio 2008, n. 25: la normativa in materia di riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, in *Giur. merito*, 2009, 02, 320 s.

³³ In giurisprudenza è stato osservato che la categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo in quanto la Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata con l. 24 luglio 1954, n. 722, prevede quale fattore determinante per l'individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10, comma 3, Cost. Sul punto v. Corte di Cassazione, sez. I, 04.05.2004, n. 8423. Invero, la richiamata Convenzione internazionale non prevede un vero e proprio diritto di asilo in favore dei rifugiati politici; alla diversità di requisiti ai quali sono subordinate le due situazioni soggettive corrisponde anche una difformità di trattamento, nel senso che allo straniero il quale chiede il diritto di asilo null'altro viene garantito se non l'ingresso nello Stato, mentre il rifugiato politico, ove riconosciuto tale, viene a godere, in base alla Convenzione di Ginevra, di uno *status* di particolare favore. In tal senso v. Corte di Cassazione, sez. un., 26.05.1997, n. 4674. In merito, per un commento circa l'evoluzione della giurisprudenza, v., *ex multis*: S. DEL CORE, *Diritto d'asilo e status di rifugiato*, cit., 135 ss.

³⁴ Invero, “al fine di postulare l'integrazione degli elementi costitutivi dell'atto persecutorio, le condotte perpetrate devono essere «sufficientemente gravi», per la loro natura o la loro reiterazione, da rappresentare una «violazione grave dei diritti umani fondamentali», in particolare dei diritti assoluti per i quali, in forza dell'articolo 15, paragrafo 2, della CEDU, non è ammessa deroga”. Così Corte di giustizia UE, grande sezione, 05.09.2012, n. 71. In base agli orientamenti maturati all'interno dell'ordinamento italiano, onde poter accedere al sistema di protezione, si ritiene che debba essere dimostrato, con sufficiente attendibilità, quantomeno il fondato timore da parte del ri-

ciente l’oggettiva ed effettiva repressione (*rectius*: soppressione) dei fondamentali diritti civili e politici all’interno dello Stato di provenienza³⁵.

Così, è stato evidenziato, i rifugiati (normalmente, richiedenti asilo)³⁶, sono persone che, trovandosi al di fuori dei confini del Paese in

chiedente di essere perseguitato ed è richiesto che egli esponga la personale vicenda senza contraddizioni, che la stessa risulti essere compatibile con la situazione generale del Paese di origine e, soprattutto, che vengano effettuati tutti gli sforzi possibili per circostanziare la domanda formulata. Sul punto v., *ex multis*: Tribunale Milano, sez. I, 25.03.2010, n. 3982. In questa direzione, il limitato onere probatorio legato al ridotto grado di disponibilità delle prove non può configurare “un diritto del beneficiario al dubbio, né un obbligo dell’amministrazione di smentire con argomenti contrari le ragioni addotte dall’istante, né può indurre a ritenere sufficienti le attestazioni provenienti da terzi estranei al giudizio o a richiami al notorio circa la situazione politico-economiche di dissesto del paese di origine o circa persecuzioni nei confronti di non specificate etnie di appartenenza; ciò vale a dire che il richiedente deve provare, quantomeno in via presuntiva, il concreto pericolo cui andrebbe incontro con il rimpatrio con preciso riferimento all’effettività ed all’attualità del rischio”. In merito, v., *ex multis*: Tribunale Milano, sez. I, 25.03.2010, n. 3982; Tribunale Milano, sez. I, 25.03.2010, n. 3981. In tal contesto, però, l’autorità amministrativa esaminante ed il giudice devono svolgere un ruolo attivo nell’istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali, oltre che fondato sulla possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione necessaria. Sul punto, v., *ex pluris*: Tribunale Roma, sez. I, 29.01.2014; Tribunale Trieste, 20.11.2013, n. 1386; Corte di Cassazione, sez. VI, 24.10.2013, n. 24066; Corte di Cassazione, sez. un., 17.11.2008, n. 27310. In dottrina v., *ex multis*: A.D. TROVÒ, *Status di rifugiato: poteri istruttori*, cit., 102 ss. Per l’effetto, si osserva che, “in tema di immigrazione e tutela dell’incolumità dell’extracomunitario (...) l’ordinamento prescrive parametri normativi ad hoc, da interpretare in senso alternativo e non cumulativo, per l’accertamento giudiziale della credibilità del richiedente lo status di rifugiato politico. È, così, illegittima la sentenza di merito con cui, pur dando atto del riscontro positivo di tutti i criteri legali di credibilità del richiedente, quali le oggettive condizioni del Paese d’origine (...) e la valutazione della buona fede soggettiva, venga escluso dal giudice, peraltro inadempiente al proprio dovere di cooperazione istruttoria e quindi in violazione delle norme nazionali e dei principi comunitari, il riconoscimento della misura protettiva internazionale sulla base di un unico elemento ritenuto divergente”. Così Corte di Cassazione, sez. VI, 04.04.2013, n. 8282.

³⁵ Sul punto v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico, II vol.*, Padova, 1976, 1157. Per un approfondimento in merito v. A. APOSTOLI, *La Corte di giustizia si pronuncia*, cit., 3772 ss.

cui hanno la residenza abituale³⁷, non possono o non vogliono tornarvi³⁸ per il timore di essere perseguitate per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le loro opinioni politiche³⁹.

Accanto ai rifugiati ed ai richiedenti asilo, poi, si staglia la categoria dei c.d. “migranti economici” per i quali la situazione di degrado economico e sociale in cui versano non costituisce ancora oggi ragione sufficiente a riconoscere loro un appropriato sistema di tutele, quanto meno simile, se non integralmente equiparabile, alle guarentigie prima brevemente accennate⁴⁰.

³⁶ Invero, “il termine asilo non trova definizione alcuna nelle norme e principi di diritto internazionale, salvo il riferimento della nostra Costituzione, art. 10 comma 3. Si intende come diritto del rifugiato di poter entrare nel territorio di uno Stato e soggiornarvi, almeno temporaneamente, «asilo temporale». V’è poi l’asilo diplomatico, cioè l’asilo richiesto in una rappresentanza diplomatica, per entrare e rimanere nel territorio di un altro Stato, «asilo territoriale». Osserva R. Quadri essere il c.d. diritto di asilo una espressione impropria, con la quale si indica la facoltà dello Stato di permettere che stranieri ricercati dai rispettivi Stati nazionali restino indisturbati nel suo territorio. Esso è generalmente riconosciuto dalla dottrina e consacrato dalla prassi”. Così V. SANTARSIERE, *Stato di rifugiato e diritto di asilo politico*, cit., 3323.

³⁷ In riferimento alla latitudine assiologica ed applicativa dell’art. 10, comma 3, Cost., è stato osservato che “quanto ai destinatari del diritto soggettivo di asilo, essi non sono soltanto i cittadini stranieri, ma anche gli apolidi. Sarebbe infatti contrario allo spirito della norma ed agli intenti del costituente escludere dal beneficio della norma stessa gli apolidi i quali non possano esercitare i diritti di libertà nello Stato di residenza abituale. La norma, nel conferire il diritto d’asilo, prescinde dalla circostanza che il non-cittadino abbia o meno la nazionalità dello Stato nel quale non può esercitare i diritti fondamentali di libertà. Lo scopo della norma è consentire il soggiorno in Italia ai non-cittadini i quali non possono godere delle stesse libertà garantite in Italia nello Stato estero con il quale siano stabilmente legati, e cioè con lo Stato di cui sono cittadini o con quello in cui, pur non avendone la nazionalità perché apolidi, risiedono stabilmente”. Così A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 534.

³⁸ Per una distinzione tra asilo territoriale ed extraterritoriale v. M. GIULIANO, *Asilo (diritto di)*, *Diritto internazionale* (voce), in *Enc. Dir.*, III vol., Milano, 1958, 204 ss.; M. UDINA, *Asilo (diritto di)*, cit., 1 ss.

³⁹ In tal senso e per un approfondimento v. A.D. TROVÒ, *Status di rifugiato: poteri istruttori*, cit., 101 ss.

⁴⁰ Cfr. Corte costituzionale, 13.01.2004, n. 5.

In merito, si osserva, le condizioni di estrema indigenza in cui sono relegati milioni di individui, che comportano una vita di stenti e privazioni, effettiva, reale e tangibile fonte di pericolo per la sopravvivenza e la dignità della persona, non rappresentano, infatti, in ambito internazionale, una motivazione talmente rilevante da “costringere” i Paesi “civili” ad apprestare ogni doveroso rimedio al fine di sollevare dalla paura e dal bisogno singoli individui, gruppi sociali e, talvolta, intere comunità soggiogate dalla morsa della fame e della carestia e, di conseguenza, condannate a vivere in uno stato permanente di miseria, frustrazione ed emarginazione⁴¹.

È pur vero, però, che, ancorché la (vana), costante e disperata ricerca dei mezzi di sostentamento necessari a garantire la stessa sopravvivenza dell’individuo importi la negazione dei più elementari diritti fondamentali della persona, non può essere sottaciuto che le ragioni della solidarietà umana, massimamente evidenti in dette ipotesi, non possano essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco, di cui deve farsi carico, con pieno senso di responsabilità, ciascuna Nazione.

Uno Stato sovrano, infatti, non può abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere⁴²; in tale direzione, si osserva, le regole stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un’adeguata accoglienza sono poste “a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali”⁴³.

⁴¹ In merito, sia consentito il rinvio a L. BUSCEMA, *La torsione solidale della “mano invisibile” nell’ambito delle politiche di sviluppo sostenibile della produzione e della distribuzione delle risorse alimentari*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P. PETRILLO (a cura di), *Atti del Convegno internazionale Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile, II Vol.*, Fondazione CESIFIN Alberto Predieri – Cesifin online, 2016, 63 ss.

⁴² Sul punto v., *ex multis*: C. INGRATOCCI, *Il contrasto all’immigrazione clandestina via mare: considerazioni a margine dell’istituzione di una zona contigua italiana*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 221 ss.

⁴³ Così Corte costituzionale, 21.11.1997, n. 353. Sul punto, v., *ex multis*: A. ALGOSTINO, *L’espulsione fra tutela dei “casi umani più disperati” e “presidio” delle frontiere*

In un siffatto contesto, la sfida che anima le comunità interessate da incessanti flussi migratori si compone di molteplici e complesse interazioni tra modelli giuridici e sociali affatto diversi e connotati da un livello di eterogeneità difficilmente riducibile a sintesi e/o unità⁴⁴.

Abbandonata ogni marginale illusione di relegare il fenomeno delle migrazioni ad espressione di contingente emergenza, magari contraddistinta da profili di criticità manifesti, ma destinata, in realtà, ad arrestarsi o a regredire in un ragionevole arco di tempo, l'attenzione dell'ordinamento deve essere rivolta nella direzione della costruzione di un modello istituzionale proiettato nel senso della progressiva apertura al dialogo, all'integrazione ed al confronto⁴⁵, pur nell'ottica della saldezza dei valori che conformano una data civiltà in ordine ai quali, onde salvaguardare l'identità di un popolo, non può che esserne auspicato (*recitius*: preteso) il rispetto anche da parte dei "non cittadini"⁴⁶.

re, in *Giur. it.*, 1998, 150, 1481 ss.; G. CINANNI, *Tre principi per una disciplina organica e coerente sull'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 1997, 6, 3460 ss.

⁴⁴ Ciò vale, in verità, non solo in riferimento alle migrazioni interessanti popoli appartenenti a nazioni diverse, spesso non solo geograficamente, ma, innanzitutto, culturalmente distanti, bensì anche in ordine a processi di abbandono della terra natia da parte di una consistente moltitudine di individui ed il successivo radicamento in seno a comunità stanziate in luoghi sì lontani, ma comunque ricompresi all'interno dello stesso territorio nazionale. È il caso, ad esempio, del fenomeno migratorio che interessò non molti decenni addietro gli abitanti del meridione d'Italia, realizzando ciò che "chiesa, lingua, partiti, istituzioni pubbliche e servizio militare non erano mai riusciti ad assicurare e cioè l'effettiva unificazione del paese". Così e per un approfondimento v. S. LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana. Dalla fine della guerra agli anni Novanta*, Venezia, 1992, 259 ss. In merito, v. anche P. GINSBORG, *Storia dell'Italia dal dopoguerra a oggi. Società e politica 1943-1988*, Torino, 1989, 286 ss.; G. FOFI, *L'immigrazione meridionale a Torino*, Milano, 1975, 9 ss.; L. CHIARA, F. FRISONE, *Immigrazione ed emigrazione in Italia: profili storici*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 41 ss.

⁴⁵ Approfondisce il tema del valore degli studi e delle ricerche scientifiche condotte ai fini dell'implementazione delle politiche d'accoglienza ed assistenza F. GARREFFA, *Accoglienza, assistenza e protezione delle persone migranti*, Milano, 2015, 13 ss.

⁴⁶ Secondo E. LANZA, *Il trattamento giuridico dello straniero nell'epoca della globalizzazione*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 92, «oggi l'identità è definita come "inclusiva", perché, in una società di cui si sostiene la maggiore complessità che nel passato, il rapporto di somiglianza/alte-

Si stagliano, in questa prospettiva, due diversi ordini di problemi: l’uno, immediatamente correlato all’effettività delle libertà fondamentali della persona declinata anche in favore dei “non cittadini”⁴⁷; l’altro, concernente la costante e difficoltosa ricerca di un dialogo interculturale che sappia coniugare al meglio, in ossequio al valore della tolleranza, le istanze di riconoscimento delle tradizioni delle (molteplici) civiltà di appartenenza degli immigrati in uno con il (non negoziabile) rispetto dei valori di fondo che permeano un ordinamento democratico.

2. La vocazione universale dei diritti fondamentali della persona alla prova delle politiche nazionali di gestione dei fenomeni migratori

La posizione rivestita dallo straniero in seno all’ordinamento giuridico risulta collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici che trovano la loro sintesi all’interno delle scelte compiute da parte di ciascun Paese in materia di immigrazione⁴⁸.

In particolare, in tema di politiche di gestione dei flussi migratori (attuate onde salvaguardare beni giuridici essenziali, quali l’ordine pubblico e la sicurezza pubblica) e di adozione delle conseguenti misure di organizzazione, di coordinamento e di contenimento, concretizzantesi in un complesso ed articolato sistema di accoglienza, ovvero, per contro, nell’emanazione di provvedimenti di respingimento⁴⁹ e/o

rità è definito per ambiti e non in modo generale. Ci sono aspetti della vita che ci accomunano agli altri e aspetti che ce ne distanziano in egual misura».

⁴⁷ Per una qualificazione dello straniero mediante “una semplicistica relazione dialettica di negazione”, alla stregua, cioè, di “non cittadino”, v. E. GIANFRANCESCO, *Gli stranieri, i diritti costituzionali e le competenze di Stato e Regioni*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2014/03/Gianfrancesco_Stranieri-Diritti-Costituzionali.pdf, 1.

⁴⁸ Cfr. Corte costituzionale, 24.02.1994, n. 62. Per un commento v. P. BONETTI, *Tra interessi dello Stato e diritti dell’individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell’espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, 3, 2372 ss.

⁴⁹ Per una disamina dei profili contraddistinti da maggiore criticità in merito al fenomeno dei respingimenti v., *ex plurimis*: F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2014, 63 ss.; C. MORSELLI, *Hic sunt leones: la Corte di Strasburgo traccia l’invalidabile linea di*

espulsione⁵⁰, sorgono all'attenzione dell'interprete perplessità sia di carattere dogmatico, sia di natura sostanzialmente pratica, in termini di attitudine dei programmati strumenti preventivi e/o repressivi a consentire il giusto bilanciamento tra il rispetto delle norme tese a disciplinare le condizioni e le procedure di ingresso e soggiorno all'interno del territorio dello Stato e la salvaguardia delle libertà fondamentali della persona⁵¹.

interdizione nella carta geografica dei respingimenti in alto mare, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 509 ss.; A. DEL GUERCIO, *La compatibilità dei respingimenti di migranti verso la Libia con la Convenzione europea dei diritti umani alla luce del ricorso Hirsi e altri c. Italia*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2/2011, 255 ss.; L. IUZZOLINI, *I respingimenti in mare tra diritto interno, diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. dell'uomo*, 2010, 65 ss.; A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2009, 591 ss.; L. MARATEA, *La prassi del respingimento alla frontiera e il diritto d'asilo. In margine alla vicenda della Cap Anamur*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2008, 136 ss.

⁵⁰ Cfr., *ex multis*: F. ASTONE, *Immigrazione e diritti fondamentali. Aspetti problematici della effettività della tutela giurisdizionale*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 146 ss.

⁵¹ Il riferimento è, ad esempio, all'istituto dell'espulsione amministrativa dello straniero sospettato di fatti di reato ascrivibili al novero delle condotte connotate e/o sorrette da finalità terroristiche. In dottrina, v., *ex multis*: M. SAVINO, "Enemy Aliens" in Italy? *The Conflation between Terrorism and Immigration*, in *Italian Journal of Public Law*, 2011, vol. 2, 231 ss. Invero, secondo T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 04.07.2011, n. 5826, "l'esigenza di tutelare i beni assolutamente fondamentali sopraindicati, infatti, impone una tutela molto avanzata, che impone all'Autorità procedente di adottare la misura dell'espulsione anche sulla base del semplice sospetto, sulla base di una valutazione effettuata anche solo alla stregua di meri indizi, in cui assumono rilievo preponderante i fattori induttivi della non manifesta infondatezza di progettualità terroristica, che possono essere ravvisati in fatti in sé e per sé privi dell'assoluta certezza che detta azione venga realizzata nell'imminenza, ma che, nel loro complesso, siano tali da fondare un giudizio che tale possibilità possa verificarsi. Ne consegue che non risulta necessario quel grado di accertamento completo (...) prescritto in sede penale per la condanna per il tentativo di reato, che qui si intende semplicemente prevenire, attesa la diversa finalità, preventiva e non punitiva, della misura in contestazione". In merito, però, anche laddove si tratti di gravi responsabilità ascrivibili in riferimento a fatti di terrorismo, la Corte E.D.U. ha più volte avuto modo di sottolineare che l'espulsione coatta dello straniero da parte di uno Stato membro verso lo Stato di appartenenza costituisce violazione dell'art. 3 C.E.D.U., relativo al divieto di tortura, ove sia verosimile che il soggetto espulso sia sottoposto in quel Paese a trattamenti contrari al senso di uma-

nità. Ai fini di tale valutazione, la Corte ha ribadito che è ininfluenza il tipo di reato di cui è ritenuto autore il soggetto da espellere, poiché dal carattere assoluto del principio affermato dall’art. 3 C.E.D.U. deriva l’impossibilità di operare un bilanciamento tra il rischio di maltrattamenti e il motivo invocato per l’espulsione. Sul punto v., *ex multis*: Corte EDU causa Saadi c. Italia, sent. 28 febbraio 2008, ric. n. 37021 del 2006; causa Abdelhedi c. Italia, sent. 24 marzo 2009, ric. n. 2638 del 2007; causa Ben Salah c. Italia, sent. 24 marzo 2009, ric. n. 38128 del 2006; causa Bouyahia c. Italia, sent. 24 marzo 2009, ric. n. 46792 del 2006; causa Darraji c. Italia, sent. 24 marzo 2009, ric. n. 11549 del 2005; causa Hamraoui c. Italia, sent. 24 marzo 2009, ric. n. 16201 del 2007; causa O.c. Italia, sent. 24 marzo 2009, ric. n. 37257 del 2006; causa Soltana c. Italia, sent. 24 marzo 2009, ric. n. 44006 del 2006; causa Sellem c. Italia, sent. 5 maggio 2009, ric. n. 12584 del 2008; causa Ben Khemais c. Italia, sent. 24 febbraio 2009, ric. n. 246 del 2007; causa Marinai c. Italia, sent. 27 marzo 2010, ric. n. 9961 del 2010; causa Adel Ben Slimen c. Italia, sent. 19 giugno 2012, ric. n. 38435 del 2010. Di conseguenza, “allorché la Corte europea ha stabilito che l’esecuzione di provvedimenti di espulsione o comunque di trasferimento forzoso verso un determinato Paese (...) integri la violazione dell’art. 3 Cedu, in considerazione del rischio di attuazione di pene o trattamenti inumani o degradanti, è compito di ogni organo giurisdizionale nazionale, competente a deliberare decisioni che comportano trasferimenti di persone verso quel Paese, individuare ed adottare, in caso di ritenuta pericolosità della persona, un’appropriata misura di sicurezza, diversa dall’espulsione, e ciò fino a quando sopravvengano fatti innovativi idonei a mutare la suddetta situazione di allarme”. Così Corte di Cassazione, sez. VI, 28.04.2010, n. 20514. Per una compiuta ricostruzione si rinvia, infine, a Corte di Cassazione, sez. VI, 20.09.2013, n. 21667, secondo cui “in tema di protezione internazionale, l’espulsione coatta dello straniero costituisce violazione dell’art. 3 CEDU, relativo al divieto di tortura, ogni qualvolta egli, a causa del pericolo di morte, tortura o trattamenti inumani e degradanti che lo minaccino, non possa restare nello stesso e debba, pertanto, indirizzarsi verso altro Paese che lo possa ospitare. Ne consegue che sono irrilevanti sia la gravità del reato al quale lo straniero sia stato condannato (nella specie, associazione con finalità terroristica ex art. 270 bis cod. pen.), sia la circostanza che egli non voglia rivelare il luogo della sua dimora in pendenza del procedimento, non potendo il riconoscimento della protezione internazionale fondarsi sul rispetto di un presunto vincolo fiduciario con lo Stato, né esistendo alcun obbligo di collaborazione o reciprocità a carico del richiedente asilo”. Sul punto, v., *ex multis*: R. BARBERINI, *L’espulsione dello straniero a rischio tortura: una sentenza della cassazione riletta alla luce degli sviluppi giurisprudenziali – nazionali ed internazionali – successivi*, in *Cass. pen.*, 2012, 06, 2227 ss.; P. PALERMO, *Dal terrorismo alla tortura attraverso le procedure di espulsione. Una sentenza della Suprema Corte di Cassazione (nota a Cass., sez. VI pen., 28 aprile 2010 (ud.); 28 maggio 2010 (dep.) n. 20514)*, in *Riv. pen.*, 2010, 12, 1277 ss.; A. CONZ, *L’espulsione dello straniero. L’art. 16 d.lg. n. 286 del 25 luglio 1998 (nota a Cass., sez. I pen., 5 febbraio 2008 (ud.); 12 febbraio 2008 (dep.) n. 6648)*, in *Cass. pen.*, 2009,

Sul punto, senza alcuna pretesa di esaustività, emerge l'esigenza di esaminare i presupposti al ricorrere dei quali addivenire alla qualifica di irregolarità della permanenza dei "non cittadini" entro i confini di un Paese diverso da quello di appartenenza, nonché le modalità di predisposizione degli atti prodromici al loro definitivo allontanamento.

Si tratta, in prima battuta, di conformare il sistema dell'accoglienza ai valori di fondo dell'ordinamento⁵², nel quadro, però, di un approccio non certo rimesso, in via esclusiva, all'apprezzamento di un singolo Stato, bensì concepito, innanzitutto, in chiave europea⁵³, ovvero internazionale⁵⁴, in ragione dell'evidente necessità di condividere le scelte strategiche, nonché la concreta amministrazione delle problematiche legate all'esodo di ingenti gruppi di individui, sovente animati da una (debole) speranza di riscatto dallo stato di miseria e frustrazione che li accompagna durante il disperato tentativo di raggiungere un "mondo migliore".

Per contro, in caso di inconciliabilità tra la tutela di superiori ed inderogabili interessi pubblici (ordine pubblico e sicurezza pubblica, *in primis*) e la permanenza entro i confini nazionali di migranti irregolari, si dimostra ineludibile ricercare una visione d'insieme del sistema dei respingimenti e delle espulsioni, sorretto, in estrema sintesi, dalla ne-

01, 316 ss.; N. PLASTINA, *Lotta al terrorismo: la Corte di Strasburgo conferma la natura assoluta dell'obbligo di "non refoulement" in relazione all'art. 3 Cedu (nota a Corte europea diritti uomo, sez. II, 24 febbraio 2009)*, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 3205 ss.

⁵² Per una ricostruzione dell'articolazione del sistema di accoglienza v. V. CARLINI, *Accoglienza ed integrazione: la protezione sociale di richiedenti asilo e rifugiati*, in C. HEIN (a cura di), *Rifugiati: vent'anni di storia del diritto d'asilo in Italia*, Roma, 2010, 229 ss.

⁵³ Circa il tema dell'eterogeneità delle discipline applicabili in materia di controllo dei confini agli albori del processo di costruzione dell'Unione europea, v. F. PELLEGRINO, *La discussa Agenzia Frontex*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 201.

⁵⁴ Cfr., *ex plurimis*: C. FRANCHINI, *Lo status di rifugiato nella Convenzione di Ginevra del 1951*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Torino, 2011, 73 ss.; P. BENVENUTI, *La convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, 151 ss.; E. CANNIZZARO, *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 440 ss.

cessità di improntare il modello immaginato a criteri di ragionevolezza e proporzionalità⁵⁵, in considerazione, in particolare, di ogni singola situazione individuale, non già collettiva⁵⁶.

Fermo il divieto di *refoulement*⁵⁷, in ossequio al consolidato orientamento maturato in seno alla C.E.D.U.⁵⁸, si pone l’attenzione in merito

⁵⁵ In questa direzione, è stato osservato che “gli interessi sottostanti alle esigenze di tutela delle politiche migratorie, aventi a loro volta rilievo costituzionale, devono essere bilanciati in senso deteriore con le esigenze di tutela dei diritti inviolabili della persona umana, indipendentemente dal fatto che la persona stessa partecipi o meno alla comunità territoriale”. Così A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, 2012, in www.giurcost.org, 11. Sul punto v. anche F. SCUTO, *Contrasto all’immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti fondamentali: un equilibrio non ancora raggiunto*, in G. D’IGNAZIO, S. GAMBINO (a cura di), *Immigrazione*, cit., 587 ss.

⁵⁶ Sul punto v., *ex multis*: B. NASCIBENE, *Il “libro verde” della Commissione su una politica comunitaria di rimpatrio degli stranieri irregolari: brevi rilievi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 02, 445; M. DE STEFANO, *I processi sommari e le espulsioni collettive di stranieri sono vietati*, in *I diritti dell’uomo: cronache e battaglie*, n. 1/2002, 76 ss.

⁵⁷ Per una disamina del principio di *non refoulement* alla luce del vigente diritto dell’Unione europea v. M.P. RIZZO, *Immigrazione irregolare via mare tra obblighi di soccorso e principio di non-refoulement*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 190 ss.

⁵⁸ Come già in precedenza rilevato, ineludibile appare l’esigenza di conformare l’ordinamento interno di ciascuno Stato al divieto di rimpatrio dell’immigrato laddove questi possa incorrere, all’interno della Paese di destinazione, nella sottoposizione a tortura e/o a trattamenti inumani e/o degradanti e, per l’effetto, si dimostra evidente la necessità di apprestare adeguate misure di tutela e salvaguardia, anche bilanciando le stesse con particolari strumenti sanzionatori, nel caso di adozione, *prima facie*, del provvedimento di espulsione per ragioni di sicurezza dello Stato in considerazione della reità del destinatario del provvedimento di allontanamento. Invero, “respingere uno straniero verso uno Stato che minacci la sua integrità fisica nelle forme della tortura è vietato tanto quanto rimandarlo nel luogo di persecuzione. In altre parole, il principio del non-refoulement è regola del diritto internazionale consuetudinario, complemento logico del diritto a cercare asilo riconosciuto nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo. Esso vincola tutti gli Stati, e copre tutte le misure attribuibili ad uno Stato che potrebbero avere l’effetto di rimandare un richiedente asilo o un rifugiato verso le frontiere di un territorio dove sia minacciata – indifferentemente – la sua vita o la sua libertà fisica o morale”. In tal senso e per un approfondimento v. R. BARBERINI, *L’espulsione dello straniero a rischio tortura*, cit., 2240 ss. Sul punto v. anche, *ex multis*: Corte di Cassazione, sez. VI, 20.02.2013, n. 4230; Corte appello Bari, sez. I, 04.09.2012, n. 955; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 06.06.2012, n. 5128; Corte europea di

all'esigenza di verificare la reale latitudine, assiologica ed applicativa, dei diritti di libertà riconosciuti in favore dei "non cittadini" al cospetto di provvedimenti afflittivi e/o sanzionatori che ne impongano l'allontanamento dal territorio dello Stato, nonché di differenziarne il trattamento in considerazione dello *status* rivestito⁵⁹.

Un sindacato giurisdizionale effettivo, in uno con l'opportunità di prevedere (non certo in termini generalizzati, pena, ovviamente, l'ineadeguatezza delle misure adottate), rimedi interinali di sospensione dell'efficacia, al cospetto di un gravissimo e certamente irreparabile pregiudizio, degli atti (asseritamente) illegittimi emanati⁶⁰, nonché una

ritti dell'uomo, sez. IV, 03.04.2012, n. 24027; Corte europea diritti dell'uomo, sez. IV, 23.02.2012, n. 27765; Tribunale Roma, sez. I, 14.02.2012, n. 81; Corte di Cassazione, sez. VI, 24.03.2011, n. 6880; Corte di Cassazione, sez. VI, 18.02.2011, n. 4139; Corte di Cassazione, sez. VI, 28.04.2010, n. 20514; Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 05.05.2009, n. 12584; Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 24.03.2009, n. 2638; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. grande chambre, 23.01.2008, n. 37201. In dottrina v., *ex multis*: A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2012, 03, 2358 ss.; F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2012, 721 ss.; A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. dir. internaz.*, 2012, 415 ss.; S. TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2009, 609 ss.; A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, n. 2, 449 ss.

⁵⁹ Postula una particolare forma di tutela in favore dei richiedenti asilo, ovvero di coloro che ambiscono al riconoscimento dello status di rifugiato, G. PERIN, *Riserva di giurisdizione ed effettività della difesa nella nuova disciplina dell'accompagnamento immediato alla frontiera degli stranieri*, in *Giur. cost.*, 2003, 01, 562 ss.

⁶⁰ In riferimento alla possibilità di immaginare forme di tutela giurisdizionale successive al momento in cui il danno grave ed irreversibile si sia già concretizzato e ciò in contraddizione con gli artt. 24 e 113 Cost., v., *ex multis*: G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 889 ss. In senso diametralmente opposto, ovvero nella direzione di intendere i provvedimenti dell'autorità amministrativa non immediatamente efficaci, pur riconoscendo la facoltà, in ossequio a stringenti forme di tutela giurisdizionale, di richiedere l'adozione di misure cautelari che impediscano allo straniero di sottrarsi definitivamente all'esecuzione dell'atto di allontanamento dal territorio dello Stato, v. G. PERIN, *Riserva di giurisdizione ed*

disciplina del trattenimento e/o della “detenzione amministrativa” compatibile con il precetto costituzionale dell’invulnerabilità della libertà personale⁶¹, costituiscono presupposti irrinunciabili in seno ad una società (che ama e suole definirsi) civile⁶².

Difatti,

per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori

effettività della difesa, cit., 558 ss. Sotto altro profilo, affronta il tema della garanzia di effettiva partecipazione al processo penale instaurato nei confronti di imputati non in *vinculis* I. FONZO, *Le garanzie dell'imputato nei procedimenti in materia migratoria alla luce dei recenti provvedimenti legislativi d.lgs. n. 32/2014 e 321-927-b*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 328 ss.

⁶¹ Cfr. Corte costituzionale, 24.02.1994, n. 62; Corte costituzionale, 10.04.2001, n. 105. In dottrina, v., *ex plurimis*: A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. e citt.*, 2014, 1, 17 ss.; A. CASADONTE, P.L. DI BARI, *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza. Garanzie minime e incertezza delle divergenti vie del controllo giurisdizionale. Conseguenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Dir. imm. e citt.*, 3/2002, 50 ss.; P. BONETTI, *Profili costituzionali della convalida giurisdizionale dell'accompagnamento alla frontiera*, in *Dir. imm. e citt.*, n. 2/2002, 13 ss.; G. MONACO, *Accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero: riserva di giurisdizione e potere di convalida*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2002, 645 ss.; G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2001, 3, 1680 ss.; D. PICCIONE, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, in *Giur. cost.*, 2001, 3, 1697 ss.

⁶² Per una disamina dell’effettività del diritto di difesa dell’immigrato in ordine al profilo della reale possibilità di comprensione dei provvedimenti amministrativi afflittivi emanati nei suoi confronti, la cui violazione può implicare l’insorgenza di una specifica responsabilità penale, v., *ex multis*: Corte costituzionale, 16.06.2000, n. 198; Corte costituzionale, 21.07.2004, n. 257. In dottrina, v., *ex plurimis*: P. PASSAGLIA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla disciplina dell'immigrazione*, in *Foro it.*, 2004, 2618 ss.; E. ROSI, *Espulsioni e diritti della difesa Interpretazioni contrastanti di una normativa carente*, in *Dir. Giust.*, 2003, 12, 12 ss.; M. PANZAVOLTA, *Diritto e processo nel nuovo reato di ingiustificato trattenimento del clandestino*, in *Giur. merito*, 2003, 11, 2242 ss.; I. FONZO, *Le garanzie dell'imputato*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 323 ss.

incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani⁶³.

Siffatta delicata ricerca del giusto contemperamento tra diversi valori in gioco spetta, in via primaria, al legislatore il quale possiede, in materia, un'ampia discrezionalità, arginata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal limite rappresentato dalla (non) manifesta irragionevolezza delle scelte compiute⁶⁴, la cui osservanza va accertata mediante uno scrutinio stretto e rigoroso delle differenze di trattamento eventualmente introdotte⁶⁵.

Invero, il generale *status libertatis*⁶⁶ che connota la posizione rivestita dal cittadino si riconnette al suo essere parte essenziale del popolo o, più precisamente, il "rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato"⁶⁷.

Al contrario, la mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale e, quindi, di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato "ospite", conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio di un Paese diverso da quello di appartenenza⁶⁸, dal momento che egli può "entrarvi

⁶³ Così Corte costituzionale, 10.04.2001, n. 105.

⁶⁴ Cfr. Corte costituzionale, 26.06.1969, n. 104; Corte costituzionale, 16.07.1970, n. 144; Corte costituzionale, 24.02.1994, n. 62.

⁶⁵ Cfr. A.M. CITRIGNO, *Le giustificazioni della diversità nelle politiche di inclusione sociale in materia di immigrazione: l'orientamento della Corte costituzionale*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 128.

⁶⁶ Cfr. Corte costituzionale, 24.02.1994, n. 62.

⁶⁷ Così Corte costituzionale, 24.02.1994, n. 62.

⁶⁸ Sottolinea E. LANZA, *Il trattamento giuridico dello straniero*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 95, che "la scelta del modo di trattare giuridicamente gli stranieri è, ovviamente, eminentemente politica. Non vi sono ragioni teoriche per escludere la legittimità di una posizione anche di chiusura assoluta verso l'alterità, in effetti coerente con la logica della sovranità nazionale. Chi vuole entrare in un Paese diverso dal proprio, deve essere accettato perché solo il requisito della cittadinanza attribuisce il diritto a stare in un dato territorio".

e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni (revocabili in ogni momento) e, per lo più, per un periodo determinato”⁶⁹.

Ciononostante, come ovvio all’interno di una società (che ama e suole definirsi) civile, l’eguaglianza dello straniero rispetto al cittadino⁷⁰ in riferimento alla sfera dei diritti fondamentali costituisce un assioma del tutto pacifico⁷¹ e risalente nel tempo⁷².

In particolare, si osserva che il principio di eguaglianza, pur essendo apparentemente riferito in via esclusiva ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, garantiti in favore di chiunque, anche in conformità all’ordinamento internazionale⁷³.

Ciò, in quanto la più intima consistenza dei diritti fondamentali della persona, che rappresentano un *minus* rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino, postula che “la titolarità di quei diritti, comune al cittadino e allo straniero nell’ambito di quella sfera, non possa non importare, entro la stessa, una loro posizione di eguaglianza”⁷⁴.

⁶⁹ Così Corte costituzionale, 24.02.1994, n. 62.

⁷⁰ Per una disamina dei rapporti intercorrenti tra eguaglianza, cittadinanza e diritti fondamentali nel sistema costituzionale *multilevel*, v. A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, 2012, in www.giurcost.org, 1 ss.

⁷¹ “Così, alcune libertà contemplate nella Costituzione, sebbene testualmente riferite ai soli cittadini, si estendono ai non cittadini proprio in ragione della situazione giuridica tutelata, riguardando diritti fondamentali inviolabili dell’individuo e, in quanto tali, patrimonio irrettabile di ogni persona”. In tal senso e per un approfondimento in merito alla quantità e qualità delle libertà fondamentali riconosciute anche in favore dei “non cittadini”, v. G. MOSCHELLA, *Immigrazione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 16 ss.

⁷² Cfr. Corte costituzionale, 23.11.1967, n. 120; Corte costituzionale, 26.06.1969, n. 104; Corte costituzionale, 16.07.1970, n. 144. Per un commento v. A. CASSESE, *Principio di eguaglianza e assunzione al lavoro di stranieri*, in *Giur. cost.*, 1970, 1653 ss.

⁷³ Cfr. Corte costituzionale, 26.06.1969, n. 104.

⁷⁴ Così Corte costituzionale, 26.06.1969, n. 104. In merito, sottolinea l’evanescenza del collegamento tra cittadinanza e titolarità dei diritti fondamentali della persona F. ASTONE, *Immigrazione e diritti fondamentali*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 145 ss.

L'acclarata equiparazione in riferimento alla più intima consistenza dei diritti di libertà, però, non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, possano presentarsi fra gli individui differenze di fatto che il legislatore può stimare e regolare nella sua discrezionalità⁷⁵, la quale non trova altro limite, come già rilevato, se non nella razionalità del suo apprezzamento⁷⁶.

Questa varietà di situazioni di fatto e di connesse valutazioni giuridiche, la cui elencazione può risultare indefinita al cospetto delle molteplici evenienze concretamente rilevabili⁷⁷, si fonda, essenzialmente,

⁷⁵ Circa la libertà di circolazione e soggiorno, profilo che, più di altri, contribuisce a denotare i tratti differenziali tra cittadini e stranieri, è stato semplicemente osservato che “il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il così detto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati”. Così Corte costituzionale, 26.06.1969, n. 104.

⁷⁶ Cfr. Corte costituzionale, 26.06.1969, n. 104; Corte costituzionale, 16.07.1970, n. 144. In dottrina v., *ex multis*: A.M. CITRIGNO, *Le giustificazioni della diversità*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 128 ss.

⁷⁷ Si pensi, ad esempio, alle prescrizioni in passato contemplate in seno al testo unico delle leggi di pubblica sicurezza circa l'obbligo imposto al cittadino straniero di denunciare ogni suo spostamento da un ambito territoriale comunale ad un altro (art. 142 T.U.L.P.S.), ovvero il concorrente obbligo, rispetto al primo eventualmente sostitutivo, imposto a chi lo alloggia(va) o lo ospita(va) di segnalare la sua presenza (artt. 1 e 2 d.lgs. n. 50 del 1948), imposizioni queste ritenute non irragionevoli perché fondate sulla necessità razionale di poter raggiungere lo straniero ovunque si trovi; ciò, non solo allo scopo di sottoporlo a controllo, ma anche di assicurargli forme di assistenza che gli sono dovute, “partecipandogli, ad esempio, informazioni e notizie urgenti con le quali le sue autorità consolari intendano raggiungerlo”. Sul punto v. Corte costituzionale, 26.06.1969, n. 104. Per un commento, v., *ex plurimis*: A. CASSESE, *Sulla costituzionalità di segnalare lo straniero all'autorità di pubblica sicurezza*, in *Riv. dir. internaz.*, 1969, 4, 573 ss.; C. CHIOLA, *L'obbligo di segnalare la presenza dello straniero costituisce limite “ragionevole” alla libertà oppure prestazione personale?*, in *Giur. cost.*, 1969, II, 1569 ss.; S. GRASSI, *Il d.lg. 5 febbraio 1948 n. 50, in tema di alloggio degli stranieri e degli apolidi*, in *Giur. cost.*, 1969, II, 1579 ss.; L. FAVINO, *Stranieri non*

sulla basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, “consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo”⁷⁸.

In tal contesto, ad esempio, al legislatore è certamente consentito subordinare, non irragionevolmente, l’erogazione di determinate prestazioni – non rivolte a rimediare a gravi situazioni di emergenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata⁷⁹; tuttavia, una volta che vengano in gioco situazioni di estrema urgenza, “il possesso di un particolare titolo di soggiorno non può essere assunto come ragionevole requisito di accesso alla prestazione”⁸⁰.

denunciati e cittadini condannati, in *Foro it.*, 1970, I, 1316, ss.; A. PIZZORUSSO, *Sulla omessa denuncia degli stranieri o apolidi ospitati alla autorità di p.s.*, in *Foro it.*, 1969, I, 2085 ss.

⁷⁸ Così Corte costituzionale, 26.06.1969, n. 104.

⁷⁹ Cfr. Corte costituzionale, 30.07.2008, n. 308.

⁸⁰ Così F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, 2010, in www.forumcostituzionale.it, 5. In questa direzione, ad esempio, si innestano le previsioni normative regionali che riconoscono l’iscrizione al servizio sanitario regionale anche agli stranieri che abbiano proposto ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno richiesto in correlazione al riconoscimento dello *status* di rifugiato, ovvero in ordine alla domanda di asilo, di protezione sussidiaria o di tutela per ragioni umanitarie. Sul punto v. Corte costituzionale, 22.07.2010, n. 269; Corte costituzionale, 17.07.2001, n. 252. Per un commento v. F.R. DAU, *Gli irriducibili diritti, ovvero dello straniero come persona. In merito alla pronuncia n. 269 del 2010 della Corte costituzionale italiana e alla definizione di una cittadinanza materiale*, 2011, in www.diritticomparati.it; G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del “pacchetto sicurezza”*. Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 3901 ss.; D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3238 ss.; M. SALVAGNI, *La tutela del diritto alla salute del cittadino straniero entrato irregolarmente nel territorio nazionale*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2002, 2, 371 ss.; D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari, “neocomunitari” o persone? Gli spazi d’azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un’ambigua sentenza della Corte*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wor>

Ordinariamente, però, come già evidenziato, ben possono essere introdotte modalità di godimento differenziato (anche) dei diritti inviolabili dell'individuo, legate al possesso (o alla mancanza) dello *status* di cittadino, ancorché solo in base ad una regolamentazione di dettaglio capace di resistere ad uno stretto scrutinio di costituzionalità.

Vi sono, cioè, diritti “fondamentali e inalienabili in un regime democratico – per ciò stesso riconosciuti con carattere di universalità – ma solo a coloro i quali sono legati dal vincolo di appartenenza giuridica allo Stato”⁸¹.

Si innesta entro un siffatto quadro assiologico un processo di “frantumazione” del principio di unità dell'ordinamento giuridico nell'ottica di una sempre più massiccia rivendicazione, promossa da parte di gruppi sociali eterogenei, di riconoscimento delle diverse identità culturali⁸², etniche, linguistiche e religiose⁸³ che si manifestano con sempre maggior enfasi all'interno di ogni singola comunità⁸⁴.

dpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2010/0031_nota_269_2010_strazzari.pdf; F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti*, cit., 4 ss.

⁸¹ Così A. SAITTA, *Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, 2014, in *www.giurcost.org*, 3, che continua: «È il caso, per fare il primo e più evidente riferimento, ai diritti elettorali, attivi e passivi, che gli artt. 48 e 51 Cost. riconoscono solo ai cittadini e non certo all'uomo, ancorché residente da tempo nello Stato. Va anche detto che secondo alcune costituzioni, anche i diritti di circolazione e soggiorno di riunione e, in genere, di associazione sarebbero da riferire, così come peraltro si esprime la lettera della nostra Costituzione, solo ai cittadini e non a tutti gli uomini per le implicazioni politiche che l'esercizio di tali diritti possono avere. Analogamente sono circoscritti ai soli cittadini il diritto di associarsi in partiti politici “per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale” (ex art. 48 Cost.), di rivolgere petizioni alle Camere (art. 50 Cost.), di promuovere iniziative legislative popolari (art. 71 secondo comma, Cost.), un referendum abrogativo (art. 75 Cost.) o costituzionale (art. 138 Cost.)».

⁸² Cfr., *ex plurimis*: E. JAYME, *Sull'identità culturale del sistema giuridico italiano in un'Europa unita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 02, 635 ss.

⁸³ Invero, “la relazione immigrazione/libertà religiosa, nel suo essere un elemento qualificante della contemporanea società multiculturale europea, evidenzia come la presenza di gruppi etnici e religiosi di minoranza non costituisca una fase culturale passeggera, ma abbia finito per assumere la fisionomia di «(...) una condizione reale e permanente destinata a pesare sulle forme della convivenza e sulla produzione delle relative regole di organizzazione». Così e per un approfondimento v. M. PARISI, *Profi-*

Storicamente, il percorso di arricchimento dell’ordinamento nazionale mediante l’assimilazione, ovvero, più propriamente, il “confronto critico” con i principi consacrati all’interno di sistemi giuridici stranieri, ha visto contrapporsi diverse opzioni ricostruttive, condizionate fortemente dal contesto culturale di riferimento⁸⁵.

Ciò ha prodotto effetti diretti circa la possibilità di riconoscere in favore dello straniero, di volta in volta, ovvero in misura permanente, un trattamento giuridico equivalente, ovvero differenziato, rispetto a quello riservato al cittadino, sia in relazione alle libertà fondamentali, sia in ordine ai diritti civili e sociali non assistiti dal carattere dell’inviolabilità⁸⁶.

Così, ad esempio, il codice civile del 1865, in omaggio ad un principio di solidarietà dei popoli, ispirato ed influenzato, in parte, dalle vicende risorgimentali, aveva operato un’equiparazione nel trattamento giuridico ammettendo lo straniero a godere incondizionatamente dei diritti civili riconosciuti al cittadino⁸⁷.

In un clima più sensibile al principio di nazionalità, nonché a tutela dell’aumentato flusso migratorio degli italiani verso terre straniere, il

li giuridici della tutela delle minoranze culturali e religiose nello spazio sociale europeo, in *Dir. famiglia*, 2014, 01, 449 ss.

⁸⁴ Sul punto, per un approfondimento, v., *ex multis*, V. TOZZI, *Società multi-culturale, autonomia confessionale e questione della sovranità*, in *Dir. eccl.*, 2000, 01, 124 ss.

⁸⁵ In merito, v., *ex plurimis*, A. LA TORRE, *Alterità e diritto: il confine fra cittadini e stranieri*, in *Giust. civ.*, 2009, 09, 339 ss.

⁸⁶ Per una differenziazione del grado e dell’intensità del riconoscimento della titolarità dei diritti fondamentali della persona in capo ai “non cittadini” secondo parametri che tendono a diversificare tra diritti civili e libertà negative, diritti sociali (ulteriormente precisandone i contenuti nei termini di prestazioni essenziali, non essenziali e “facoltative”) e diritti di partecipazione politica, rispetto ai quali “la cittadinanza riacquista appieno tutta la sua forza esclusiva, rappresentando una frontiera interna all’eguaglianza fra cittadino e straniero extracomunitario”, v. A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza*, cit., 12 s. Sul punto, per una disamina del rilievo che può assumere la vocazione “personalista” dei diritti di libertà rispetto alla cittadinanza, intesa, in tal contesto, quale fattore di esclusione, v. B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali. Relazione al convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti “Lo statuto costituzionale del non cittadino”. Cagliari 16-17 ottobre 2009 (testo non definitivo)*, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/Pezzini.pdf>, 26 ss.

⁸⁷ Cfr., *ex multis*: Corte di Cassazione, sez. II, 21.03.2013, n. 7210.

codice civile del 1942, pur ripetendo la medesima formula iniziale del testo del 1865, ha diversamente subordinato il godimento dei diritti da parte dello straniero nel territorio dello Stato alla “condizione di reciprocità”⁸⁸.

Come rilevato da più parti, tale condizione, derivante dal rilievo della difformità di trattamento riservata allo straniero da numerosi ordinamenti, costituisce una forma di “ritorsione” (o, per alcuni, secondo un paradigma ben noto al diritto internazionale, di “rappresaglia”), idonea a stimolare i vari ordinamenti statuali verso una parificazione dei regimi⁸⁹.

L’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, in un clima valoriale del tutto nuovo, ha fatto sorgere – e ha posto, poi – il problema di ritenere, o meno, la c.d. clausola di reciprocità tuttora in vigore⁹⁰.

Un’interpretazione costituzionalmente conforme del dato legislativo ha condotto ad un unico risultato ermeneutico possibile: sono esclusi dal suo ambito applicativo, in primo luogo, i diritti che la Costituzione repubblicana e le Carte internazionali attribuiscono ad ogni individuo per la sua stessa qualità di persona umana, “valore centrale attorno al quale costruire l’intero quadro dei diritti e delle libertà costituzionalmente riconosciuti e garantiti”⁹¹.

I diritti inviolabili e le libertà fondamentali, infatti, sono contraddistinti dal predicato dell’indivisibilità e spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umani⁹²; pertanto, proprio nella prospettiva dell’universalità della persona, chiunque, senza distinzione tra cittadino e straniero (e senza di-

⁸⁸ Cfr., *ex multis*: E. PUCCI, *Nota sul risarcimento dei danni da incidente stradale patito dallo straniero*, in *Dir. economia assicur. (dal 2012 Dir. e Fiscalità assicur.)*, 2012, 03, 546 ss.; D. DE STROBEL, *L’Art. 16 delle preleggi e il diritto al risarcimento dei danni subiti dallo straniero a seguito di un fatto illecito*, in *Diritto e Fiscalità dell’assicurazione*, 2010, 02, 380 ss.

⁸⁹ Cfr., *ex multis*: Corte di Cassazione, sez. II, 21.03.2013, n. 7210.

⁹⁰ Cfr., *ex multis*: Corte di Cassazione, sez. III, 11.01.2011, n. 450; Corte di Cassazione, sez. III, 10.02.1993, n. 1681.

⁹¹ Così e per un approfondimento v. F. POLITI, *La tutela della dignità dell’uomo quale principio fondamentale della Costituzione Repubblicana*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, III vol., Napoli, 2011, 2670 ss.

⁹² Cfr. Corte costituzionale, 10.04.2001, n. 105.

stinzione tra straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato e straniero privo di un titolo o di un permesso di soggiorno), ne è titolare⁹³.

In proposito, però, sorgono perplessità in ordine all’effettiva idoneità delle iniziative intraprese nella direzione dell’attuazione di un percorso di natura inclusiva, teso a consentire la piena integrazione dei “non cittadini” all’interno del contesto sociale ove (spesso per avventura) essi sono chiamati a condividere (reciprocamente) con la popolazione locale la loro vita quotidiana, specie alla luce dell’emersione di preoccupazioni (correlate alla massiccia presenza di immigrati – regolari o meno – all’interno del territorio nazionale), legate al pericolo di alterazione delle condizioni di libera e pacifica convivenza tra i consociati.

3. *Inclusione sociale e logiche securitarie*

La percezione della natura emergenziale dei fenomeni migratori che accompagna con costanza le politiche nazionali (ed europee) di gestione dei flussi maturate nel corso degli ultimi anni “implica una concezione dell’accoglienza limitata alla temporanea e prima assistenza”⁹⁴.

In quest’ottica, la popolazione locale, specie se il contesto di riferimento sia quello di ambiti territoriali di ridotte dimensioni, ove convivono da sempre piccole collettività avvinte da un rapporto di conoscenza reciproca, radicata nel tempo, sovente avverte la presenza di migranti alla stregua di una fonte di pericolo per la sicurezza e causa di progressivo degrado del tessuto sociale⁹⁵.

⁹³ Cfr., *ex multis*: Corte di Cassazione, sez. II, 21.03.2013, n. 7210.

⁹⁴ Così A. CAVAZZANI, *Problemi di accoglienza e prospettive di inserimento dei rifugiati nel Sud Italia*, in A. CAVAZZANI (a cura di), *Asylumisland: accoglienza ed inserimento socio-economico di rifugiati e richiedenti asilo nelle regioni del Sud Italia*, Soveria Mannelli, 2005, 12.

⁹⁵ Lo straniero “si tramuta facilmente nell’“altro”, nel “diverso” nell’“estraneo”, rappresentando esclusivamente una “emergenza” da risolvere attraverso politiche per lo più incoerenti, prive di programmazione, sganciate dalla realtà e ciò, non può sottacersi, anche al supporto fornito da tendenze xenofobe di taluni partiti politici che alimentano sentimenti di paura e di insicurezza”. Così A.M. CITRIGNO, *Le giustificazioni della di-*

Un consimile approccio, in verità, non risulta esclusivamente addebitabile alla “limitata” disponibilità dei cittadini (non) manifestata nei confronti dei più bisognosi, bensì a ragioni correlate, essenzialmente, a politiche dell’accoglienza non improntate a ragionevolezza e lungimiranza⁹⁶.

Una considerevole moltitudine di stranieri, improvvisamente dislocati in seno ad una comunità ristretta, senza che sia consentito loro intraprendere un percorso di progressiva inclusione, lavorativa e sociale⁹⁷, modifica di certo gli equilibri di collettività abituate ad essere quasi “autoreferenziali”⁹⁸, in assenza, peraltro, di strutture e dotazioni sufficienti a garantire un armonioso processo di integrazione, pur nel (reciproco) rispetto delle, tanto inevitabili quanto ovvie, differenze culturali⁹⁹.

versità, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 123.

⁹⁶ In merito, si osserva, l’accoglienza costituisce un atteggiamento culturale che investe aspetti eminentemente affettivo-relazionali, implica il riconoscimento e la valorizzazione delle differenze non alla stregua di fattori di disgregazione ed antinomia, bensì quale fonte di reciproco confronto ed accrescimento valoriale, in uno con una marcata attitudine all’empatia in favore dell’“alieno” frutto di una radicata vocazione per il rispetto della dignità umana. Sul punto v. R. TOMEI, M. LOMBARDI, *Aspetti psicopedagogici dell’accoglienza in prospettiva interculturale*, in B. CACCO, *L’interculturale. Riflessioni e buone pratiche*, Milano, 2007, 81 ss.

⁹⁷ Per una disamina dell’incidenza del divieto di discriminazione razziale in ambito comunitario riguardo, in particolare, alle modalità di accesso al mondo del lavoro, evidenziando l’illegittimità anche di mere dichiarazioni d’intenti dell’imprenditore privato che voglia precludere la partecipazione a selezioni del personale basate sulla nazionalità di appartenenza dei candidati, v. F. SAVINO, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 01, 243 ss.

⁹⁸ “Oltre a rappresentare la “grande incognita” che tutti gli “stranieri in mezzo a noi” incarnano, questi particolari esterni che sono i profughi portano qui gli echi lontani della guerra e il tanfo di case sventrate e villaggi dati alle fiamme, e non possono fare a meno di ricordare ai radicati quanto potrebbe essere facile infrangere e schiacciare il bozzolo della loro routine rassicurante e familiare (rassicurante perché familiare), quanto sia illusoria la sicurezza del loro insediamento”. Così Z. BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Roma-Bari, 2009, 54.

⁹⁹ Offre uno spaccato del diversificato approccio maturato, nel tempo, in merito alla qualificazione ed al trattamento (giuridico e sociale) dello straniero secondo una prospettiva tesa a differenziarne i presupposti metodologici E. LANZA, *Il trattamento giuri-*

Il bagaglio di sofferenze e privazioni di cui i migranti risultano essere portatori non sfugge all’attenzione sia delle istituzioni, sia delle popolazioni locali che, però, spesso, loro malgrado, si trovano nella condizione di dover condividere la loro quotidianità con chi viene avvertito come “occupante abusivo” di territori di esclusiva pertinenza degli autoctoni.

All’interno di grandi città, poi, pur nella condivisione di un generale senso di insicurezza, percepito specialmente nell’ambito di periferie già degradate, maturano principalmente sentimenti di indifferenza senza che, anche in siffatte occasioni, si persegua la finalità di rivolgere l’attenzione all’implementazione di politiche dell’accoglienza realmente efficaci¹⁰⁰.

dico dello straniero, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 87, in base al quale “dall’equiparazione dell’allogeno al barbaro, all’incivile, al soggetto che non ha dignità di persona (tanto da negarsene la qualità umana), espressione di una strategia antropoemica, che relega il diverso entro i confini del ghetto per tenerlo separato dal consesso civile – e che nella storia abbastanza recente ha dato origine alla dottrina nazista della razza – si passa al modello della parità di trattamento, c.d. assimilazionista, largamente utilizzato in Francia e sostanzialmente condiviso nel contesto italiano, ritenuto democratico perché fondato sul principio di eguaglianza: tutti sono uguali di fronte alla legge e, pertanto, tutti devono rispettare la legge allo stesso modo, a prescindere, però, dalla propria specificità culturale. La strategia usata stavolta è definibile antropofagica, perché l’alterità viene assorbita, inglobata, fagocitata in un insieme unitario, in cui il disinteresse verso l’identità del singolo è compensato dal riconoscimento dell’appartenenza alla collettività”.

¹⁰⁰ Invero, le politiche di gestione dei flussi migratori sono state nel tempo condizionate dall’esigenza di predisporre adeguati strumenti di prevenzione e contrasto dell’immigrazione clandestina mediante il ricorso, in alcune occasioni, a veri e propri “re-spingimenti di massa” soprattutto allorquando la comunità internazionale ha dimostrato di non riuscire a programmare interventi efficaci in favore dei Paesi c.d. “di frontiera” (quelli che, per la loro posizione geografica, risultano direttamente e maggiormente esposti alla necessità di gestire enormi moltitudini di individui). Ciò si traduce, tra le diverse problematiche che ne conseguono, in un concreto pregiudizio per l’effettività delle norme attributive dello *status* di rifugiato, “disciplina sterilizzata dall’omissione da parte dello Stato di approdo dell’esercizio del potere-dovere di accertamento della sussistenza dei requisiti al cui ricorrere il diritto internazionale umanitario impone l’adozione delle conseguenti misure di salvaguardia del richiedente asilo, impedendo, di fatto, allo straniero di accedere all’iter procedurale funzionale al riconoscimento dello *status* di rifugiato, di avente diritto all’asilo o al ricongiungimento familiare, ovvero, in

Ciò si traduce in un profondo isolamento (morale) degli immigrati presenti sul territorio sin dai primi momenti del loro arrivo; siano essi irregolari, (profughi) richiedenti asilo, ovvero aspiranti il riconoscimento dello *status* di rifugiato, il destino di coloro i quali anelano il conseguimento di migliori condizioni di vita passa attraverso un percorso di stenti e di fatiche, senza, peraltro, poter disporre di alcuna certezza in merito all'esito del cammino (non solo fisico) intrapreso¹⁰¹.

In dette circostanze, un atteggiamento di totale (e, per vero, incomprendibile) chiusura dell'ordinamento, supportato magari da istanze marcatamente nazionaliste, settarie o anche a sfondo razzista e/o xenofobo, lungi dal salvaguardare la pace sociale, la sicurezza e l'ordinato e quieto vivere tra i consociati, per tale via (asseritamente) tutelati da "presenze moleste", può implicare il rischio, in concreto, nel medio/lungo periodo, di provocare un fenomeno di "sfaldamento sociale", paventando "il sorgere di «enclavi, ghetti e tribù in lotta tra loro», in un generale contesto caratterizzato dall'intolleranza verso il diverso, e dunque dall'esclusione di taluni gruppi minoritari"¹⁰².

Invero,

la nostra non è una società difficile a causa degli immigrati, ma certamente è vero che la loro presenza complica le cose: in noi – ad esempio – può aumentare il senso di insicurezza che abbiamo verso tutto ciò che non conosciamo, fino a trasformarsi in paura per la nostra incolumità

caso di minori, alla specifica protezione". Così e per un approfondimento v. P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 01, 33 ss.

¹⁰¹ In riferimento ai fenomeni migratori che, per millenni, hanno interessato l'essere umano, postula il riconoscimento di effettività del diritto alla sopravvivenza ed alla ricerca di una vita migliore quale fondamento assiologico del percorso intrapreso dai migranti P.G. CELOZZI BALDELLI, *Percorsi e incontri fra culture diverse: il distacco e l'accoglienza*, in P.G. CELOZZI BALDELLI, E. BALDASSARRI (a cura di), *Flussi migratori ed accoglienza tra storia e politiche di gestione*, Roma, 2009, 11.

¹⁰² Così e per un approfondimento v. A. GENTILE, *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. "reati culturali"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 01, 427 ss.

quando ci lasciamo suggestionare dalla troppo facile, ma spesso erronea, equazione «straniero uguale criminale»¹⁰³.

Ciò ha comportato, nel corso del tempo, l’insorgenza di preoccupazioni allarmistiche che, in alcune occasioni, forse strumentalmente, hanno posto all’attenzione dell’intera società civile l’opportunità, prescindendo dalla legittimità (*rectius*: liceità) di una siffatta opzione giuspositiva alla luce dei valori di fondo che permeano gli ordinamenti democratici, di addivenire alla formulazione di un *corpus* speciale di norme, racchiuse entro la comune nozione di “diritto penale del nemico”¹⁰⁴ (o, secondo un’accezione lata, di “dimensione giuridica del nemico”)¹⁰⁵, “quasi che si possa distinguere un diritto penale del civis

¹⁰³ Così F. BELVISI, *Diritti e giustizia in una società multiculturale. Le sfide al diritto nell’Italia di oggi*, in *Dir. eccl.*, 2002, 02, 436.

¹⁰⁴ Cfr., *ex multis*: A. PAGLIARO, “Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, 2460 ss.; F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni Pubbliche*, n. 10/2010, 525 ss.; S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell’individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009, 05, 2216 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale: tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; G. FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 03, 1064 s.; A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 470 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, 666 ss.; G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 895 ss.; L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2006, 797 ss.; D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, in *Questione giustizia*, 2006, 740 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra, sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 658 ss.; G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003; A.D. APONTE, *Derecho penal de enemigo vs. derecho penal de ciudadano. El derecho penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra*, in R. DE GIORGI (a cura di), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta, I vol.*, Lecce, 2002, 235 ss.

¹⁰⁵ Cfr. C. DE FIORES, *La revisione dei codici militari: una riforma per la guerra*, 27.02.2004, in www.costituzionalismo.it, 2 ss.

communis, un diritto penale ‘del nemico’ e, per converso, un diritto penale ‘dell’amico’¹⁰⁶.

Secondo la surriferita impostazione, verrebbe introdotto all’interno del sistema un titolo di legittimazione a fenomeni di radicale esclusione sociale capaci di degenerare facilmente in una lotta senza quartiere, conferendo cittadinanza giuridica ad un modello di sicurezza dei cittadini incentrato non sui principi ordinari di un diritto di polizia proprio di uno Stato democratico, bensì su di un assetto di valori radicalmente inconciliabile rispetto alla tradizione assiologica propria del costituzionalismo moderno.

Il presupposto concettuale di un tale approccio va ricercato, in sostanza, nell’idea secondo la quale i diritti fondamentali della persona, lungi dall’essere *ab origine* riconosciuti e garantiti, vanno affermati con la forza in attuazione di un diritto penale di guerra, applicabile nei confronti del nemico, comunque definito e/o individuato, e idealmente non riconducibile, *prima facie*, al cittadino.

A nulla servirebbe opporre, in base alla descritta prospettiva, il limite consistente nell’insuperabile travalicamento della più intima consistenza dei diritti inviolabili dell’uomo, *in primis* il riconoscimento, a monte, della dignità della persona¹⁰⁷, laddove, per mano del nemico, quegli stessi diritti di libertà siano aggrediti e/o violati¹⁰⁸.

Si persegue, per tale via, la costruzione di un modello di incriminazione incentrato non sul fatto tipico di reato, secondo una prospettiva di

¹⁰⁶ Così G. FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 63.

¹⁰⁷ Invero, «la dignità assurge a “fondamento concreto della nuova accezione di cittadinanza, intesa come patrimonio di diritti che appartengono alla persona quale che sia la sua condizione”, con la pienezza di un principio». Così N. BRUZZI, *La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 03, 933.

¹⁰⁸ In tal senso, si osserva, “la dignità umana non è tanto un “diritto”, quanto il fondamento costituzionale di tutti i diritti che sono collegati allo sviluppo della persona. Si tratta del principio più importante dell’ordinamento democratico, che si fonda sul valore proprio di ogni essere umano”. Così e per un approfondimento v. D. LAMANNA DI SALVO, E. GILBERTI BARBON, *Spunti di riflessione sull’interpretazione dell’art. 51 Cost.*, in *Giur. merito*, 2013, 05, 1157 ss.

tipo oggettivo, bensì sull’autore della condotta¹⁰⁹ e ciò, in tesi, per meglio fronteggiare la protervia del nemico, pur a costo di affievolire le garanzie proprie di un ordinamento democratico e correre il rischio di indirizzare l’assetto politico/costituzionale dello Stato verso (non più controllabili) derive autoritarie¹¹⁰.

La tendenza che matura a fronte di un siffatto orientamento è quella di introdurre un fattore di intollerabile discriminazione che,

lungi dal realizzare un ponderato bilanciamento dei conflicting values in gioco – nella specie, sicurezza e difesa sociale, da un lato e libertà e garanzie individuali, dall’altro – appare finalizzata a garantire univocamente la sicurezza nazionale, a fronte di una sensibile riduzione delle libertà e degli habeas corpus proceedings¹¹¹

tradizionalmente riconosciuti ai cittadini, mortificando e discriminando, in tal modo irragionevolmente, gli stranieri¹¹², mal visti dall’or-

¹⁰⁹ Cfr., *ex multis*: G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d’autore?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 559 ss.

¹¹⁰ Invero, secondo S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica*, cit., 2216, “la notazione di partenza è che nel proprio genoma ogni “buon” penalista ritrova profondamente inciso il concetto, individual-liberale, di garanzia dell’indagato, dell’imputato e dello stesso condannato, nonché dei terzi “estranei” alla commissione del reato, ovvero neppure sospettati per esso; garanzia, questa, difesa e da difendere in tutte le molteplici implicazioni sostanziali e nelle relative ripercussioni processuali e, in ogni modo, forse, “sintetizzabile” in tre capisaldi: evitare errori assicurando invece la coincidenza fra il soggetto punito e il soggetto che ha violato il bene giuridico; non dimenticare che, fra i due mali, è comunque peggio condannare un innocente che lasciar liberi dieci colpevoli; ricordare infine che lo scostamento di una certa normativa rispetto ai principi generali causa facilmente, «per passi successivi», una propagazione di tale effetto ad altri ambiti giuridici. Un diritto penale che sacrifichi intollerabilmente tali profili di garanzia viene oggi frequentemente definito «diritto penale del nemico»”.

¹¹¹ Così e per un approfondimento v. A. MANNA, *Erosione delle garanzie individuali in nome dell’efficienza dell’azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1024 ss.

¹¹² Invero, in base ad un diverso approccio, non legato esclusivamente al dato della cittadinanza, “esistono principalmente tre casi nei quali è ammesso considerare il destinatario di sanzioni criminali come un soggetto soprattutto da neutralizzare. Essi sono: a) le ipotesi classiche delle misure di sicurezza; b) i casi che derivano da qualche «emergenza» storicamente e geograficamente circoscritta (anche se talora di estensione

dinamento¹¹³ e sospettati magari per il sol fatto di essere nati, cresciuti e/o vissuti in un determinato Paese¹¹⁴.

Sotto altro versante, poi, sempre nel quadro dell'impiego del diritto penale alla stregua di strumento di difesa della società dall'invasione dello straniero¹¹⁵, assurge ad oggetto di esame la regolamentazione dettata dall'ordinamento in materia di ingresso illegale all'interno del territorio dello Stato¹¹⁶, la cui attuale modulazione, in realtà, si dimostra

globale), da qualche «stato di eccezione» dipendente non solo da situazioni oggettive, ma anche dai tipi di autore di fatti di reato, solitamente collocabili nell'ambito del delitto politico, terroristico, mafioso o della criminalità organizzata; c) le ipotesi di criminalizzazione della guerra: come forma di reato (se illegittima) o di pena (contro autori e complici di atti di terrorismo o di aggressione). Il criminale pericoloso, il terrorista, il nemico esterno o straniero e l'eversore del sistema democratico sono gli archetipi più elementari di questi settori di intervento". Così M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, 02, 742 ss.

¹¹³ Per un approccio di tipo sociologico, v., *ex multis*: S. TABBONI, *Lo straniero e l'altro*, Napoli, 2006; R. CIPOLLINI (a cura di), *Percezione dello straniero e pregiudizio etnico*, Milano, 2002; Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.

¹¹⁴ "Ridotti al rango di non-persone, gli «enemy aliens» divengono soggetti ad uno specifico sottosistema dell'ordinamento penale, autoreferenziale e retto da codici e logiche di guerra. Sembra così profilarsi uno «stato di polizia globale, all'insegna di un maccartismo parimenti globale che rinnova nella patria dell'habeas corpus e delle libertà civili il fenomeno sudamericano dei desaparecidos». Così e per un approfondimento v. F. RESTA, *Lessico e codici del "diritto penale del nemico"*, in *Giur. merito*, 2006, 2788 ss. In merito alla disamina dei profili contraddistinti da maggiore criticità circa il trattamento giuridico riservato ai c.d. *enemy aliens*, v., *ex multis*: D. COLE, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, Oxford, 2003.

¹¹⁵ Sottolinea A. MANNA, *Erosione delle garanzie individuali*, cit., 1024, che al cospetto di un "crescente bisogno di sicurezza rispetto a pericoli (reali o presunti), si è attribuito, ovviamente, un ruolo centrale al diritto penale, anche in ragione dell'incapacità dei legislatori nazionali di ricorrere, ove possibile, a politiche sociali (e di controllo sociale) di segno diverso. Tale sovraesposizione del penale, rispetto agli altri rami dell'ordinamento, se da un lato induce a riporre in tale strumento aspettative escatologiche, certamente destinate ad essere frustrate se non altro perché le grandi risoluzioni sono sempre il frutto di interventi coordinati del sistema nel suo complesso, mai di un solo settore, dall'altro determina cambiamenti forse irreversibili nella struttura, nelle finalità, nei principi paradigmatici dello stesso diritto penale".

¹¹⁶ Ritiene che la disciplina italiana dettata dal d.lgs. n. 286/1998 e la sua tormentata vicenda convalidino la sensazione che forte è il bisogno di regolare il fenomeno immi-

incapace di affrontare e soddisfare le esigenze sottese al contenimento dei flussi migratori¹¹⁷ e ciò a causa dell’introduzione di norme incrimi-

gratorio, combattendo ogni forma di clandestinità e di sfruttamento, P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo*, cit., 33 ss. Evidenzia le criticità e le forti tensioni ingenerate dalla normativa vigente in tema di immigrazione in ordine al compiuto ed effettivo rispetto delle libertà fondamentali della persona anche alla luce dell’orientamento maturato innanzi alle Corti di giustizia internazionali, L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, 2011, in *www.rivistaaic.it*, 3 s. Richiama la valenza simbolica delle norme incriminatrici contemplate in seno al d.lgs. n. 286/98 M. PANZAVOLTA, *Diritto e processo nel nuovo reato*, cit., 2235. Si pone in senso critico rispetto all’idoneità delle norme incriminatrici contemplate all’interno del d.lgs. n. 286/98 a produrre un effetto realmente generalpreventivo E. DI DEDDA, *L’illusione repressiva, ovvero la legge Bossi-Fini tra inapplicabilità e incostituzionalità*, in *Questione giustizia*, 2003, 444.

¹¹⁷ In tema di condotte criminose legate, in senso lato, al fenomeno migratorio, sottolineano F. VIGANÒ, L. MASERA, *Inottemperanza dello straniero all’ordine di allontanamento e “direttiva rimpatri” UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 05, 1410 ss., che l’introduzione, ad opera dei due successivi “pacchetti sicurezza” del 2008 e del 2009, della contestatissima aggravante di cui all’art. 61 n. 11-bis c.p. e dell’altrettanto discussa contravvenzione di “clandestinità” di cui all’art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998 ha finito per distogliere l’attenzione generale da altre previsioni incriminatrici non meno significative, quali, ad esempio, l’inottemperanza dello straniero all’ordine di allontanamento emanato dal questore, la cui importanza pratica, peraltro, vive stagioni altalenanti. Difatti, “l’assenza di una sistematica politica di persecuzione dei reati in parola da parte della polizia e la segnalata tendenza della prassi giudiziaria ad evitare un esito privativo della libertà personale, quanto meno per gli stranieri che non abbiano precedenti penali, finiscono (...) per indebolire grandemente la già precaria efficacia deterrente di queste incriminazioni, senza che – nemmeno – venga assicurato su larga scala lo scopo di segregazione dei clandestini in carcere perseguito in effetti dal legislatore (singolarmente dimentico, dal canto suo, della già insostenibile situazione di sovraffollamento in cui versano attualmente le carceri italiane)”. Del resto, osserva G. MOSCHELLA, *Immigrazione e tutela costituzionale*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 30, “entrare irregolarmente in uno Stato è espressione di una condizione individuale, soggettiva, quella di essere migranti e non rappresenta un atto lesivo di beni meritevoli di tutela penale. Inoltre, l’introduzione del reato, combinata con le altre disposizioni già succintamente richiamate, risulta per certi versi incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali”. Per una disamina dell’orientamento giurisprudenziale maturato riguardo al tema della mancata ottemperanza da parte dello straniero extracomunitario all’ordine di allontanamento emesso dal Questore v. G. BARBALINARDO, *Nota a Tribunale di Napoli del 25 settembre 2008*, in *Giur. merito*, 2009, 05, 1372 ss.

natrici (ovvero di circostanze aggravanti) della cui costituzionalità si dubita fortemente o la cui difformità ai valori di fondo dell'ordinamento è già stata incontrovertibilmente accertata¹¹⁸.

Per contro, si pone la questione di individuare i limiti entro i quali ravvisare l'ammissibilità di "esimenti culturali" in riferimento a condotte criminose che appaiono sorrette da un modello comportamentale magari conforme alla (sotto)cultura di appartenenza dell'autore del fatto tipico, ma che, agli occhi di una società civile, non possono essere in alcun modo tollerate¹¹⁹.

In merito, si osserva, in una società (pur se) multi-etnica non è concepibile la scomposizione dell'ordinamento in altrettanti statuti individuali quante sono le etnie che la formano, non essendo compatibile con l'unicità del tessuto sociale – e, quindi, con l'unicità dell'ordinamento giuridico – l'ipotesi della convivenza in un unico contesto civile di culture tra loro configgenti¹²⁰.

¹¹⁸ Cfr., *ex plurimis*: A. CAPUTO, *La contravvenzione di soggiorno illegale dello straniero davanti alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2013, 05, 1775 ss.; N. VETTORI, *Pericolosità sociale, automatismi ostativi e diritti dello straniero: un'importante evoluzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 10, 2488 ss.; A. APOSTOLI, *La Corte di cassazione estende la portata della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento dal territorio nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 06, 4756 ss.; A. ADINOLFI, « *Pacchetto sicurezza* » e violazioni (...sicure) di obblighi comunitari, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 1088 ss.; A. GEDDES, *Il rombo dei cannoni? Immigration and the centre-right in Italy*, in *Journal of European Public Policy*, 2008, 349 ss.; P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo*, cit., 35 ss.

¹¹⁹ In materia di reati culturalmente orientati v., *ex multis*: E. D'IPPOLITO, *Kultur-normen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la corte di cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3711 ss.; F. PIQUÉ, *La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo*, in *Cass. pen.*, 2012, 09, 2962 ss.; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 02, 446 ss.; A. PROVERA, *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 02, 964 ss.; A. GENTILE, *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero*, cit., 421 ss.; F. BASILE, *Premesse per uno studio*, cit., 149 ss.; ID., *Società multiculturali*, cit., 1296 ss.

¹²⁰ Cfr. Corte di Cassazione, sez. VI, 28.03.2012, n. 12089.

La soluzione – costituzionalmente orientata, civilmente e giuridicamente praticabile – è quella opposta, che armonizza i comportamenti individuali rispondenti alla varietà delle culture in base al principio unificatore della centralità della persona umana, quale denominatore minimo comune per l’instaurazione di una società civile¹²¹.

In questo quadro, al fine di garantire la stessa sopravvivenza della società multi-etnica, si profila l’obbligo giuridico di chiunque ne faccia parte di verificare preventivamente la liceità dei propri comportamenti in relazione ai precetti costitutivi l’ordinamento giuridico, non essendo di conseguenza riconoscibile una posizione di buona fede in chi, pur nella consapevolezza di essersi trasferito in un Paese diverso e in una società in cui convivono culture e costumi differenti dai propri, presume di avere la facoltà – non riconosciuta da alcuna norma di diritto internazionale – di proseguire in condotte che, seppure ritenute culturalmente accettabili e, pertanto, ammissibili secondo le leggi vigenti nello Stato di provenienza, risultano oggettivamente incompatibili con le regole proprie della comunità in cui ha scelto di vivere¹²² e, in definitiva, in contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell’ordinamento giuridico del Paese “ospite” e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali¹²³ rappresentanti uno “sbarramento invalicabile” contro l’introduzione di consuetudini, prassi e costumi “antistorici”, contrastanti con i diritti inviolabili garantiti, come a breve si vedrà, anche in favore dei “non cittadini”, dalle Carte costituzionali delle moderne democrazie¹²⁴.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² In tal senso v., *ex multis*: Corte di Cassazione, sez. III, 29.01.2015, n. 14960.

¹²³ Cfr., *ex plurimis*: Corte di Cassazione, sez. VI, 28.01.2009, n. 22700; Corte di Cassazione, sez. VI, 26.11.2008, n. 46300; Corte di Cassazione, sez. VI, 08.01.2003, n. 55.

¹²⁴ Cfr. Corte di Cassazione, sez. VI, 28.03.2012, n. 12089.

4. I diritti sociali e di partecipazione (politica) dei migranti all'interno della Repubblica delle autonomie

All'interno di uno Stato straniero, lo *status* giuridico e sociale (incerto) rivestito dai “non cittadini”, specie se in attesa della definizione dell’“iter burocratico” che li vede protagonisti, si connota, innanzitutto, per il carattere della precarietà e temporaneità, al cui cospetto si misura il grado di civiltà proprio di un ordinamento democratico¹²⁵.

In tal contesto, assurge ad oggetto di disamina, in primo luogo, la verifica dell’effettività delle prestazioni sociali e sanitarie erogate, in uno con la possibilità di impiego fruttuoso dei migranti nell’espletamento di mansioni lavorative adeguate a garantire (anche per gli stranieri) un’esistenza libera e dignitosa¹²⁶.

Invero, costituisce un assunto pacifico, pur a fronte di episodici tentativi di natura demagogica e settaria protesi nella direzione di restringere, quanto più possibile, gli spazi di civiltà giuridica di un ordinamento importato ai principi propri del costituzionalismo moderno, ritenere che

¹²⁵ «In questo nuovo contesto è mutato anche il “ruolo” dello straniero, che non è più una persona che proviene da un mondo diverso dal “nostro” per poi rientrare nella propria realtà, ma è un individuo che vuole restare da “noi” con il suo bagaglio di partenza, contaminando la nostra presunta “purezza”: uno straniero “interno”». Così E. LANZA, *Il trattamento giuridico dello straniero*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 94.

¹²⁶ Circa la consistenza dei principi applicabili in tema di avviamento al lavoro di cittadini stranieri, se, da un lato, una volta acclarato che siano stati autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, mediante un permesso di soggiorno rilasciato a tale scopo o di altro titolo che consenta di accedere al lavoro subordinato nel nostro paese, essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani. In tal senso v. Corte costituzionale, 30.12.1998, n. 454. Per contro, è stato osservato che “la disciplina del lavoro immigrato extracomunitario è sottoposta da tempo a continue tensioni tra la concezione maggiormente propensa a ricondurre tale fenomeno ad una dimensione di parità rispetto all’occupazione nazionale e comunitaria e la visione più tradizionalmente legata all’idea del lavoro extracomunitario come fattispecie connotata da preminenti tratti di specialità”. Così e per un approfondimento v. G. LUDOVICO, *L’accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 02, 400 ss.

la regolazione a livello centrale del fenomeno migratorio non possa trovare la propria espressione principale esclusivamente in politiche di sicurezza e di ordine pubblico, dovendosi valorizzare anche quelle pratiche dirette a favorire un’integrazione e un’inclusione effettiva dei soggetti stranieri presenti sul territorio¹²⁷.

Alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale – demandati in via esclusiva alla legislazione statale dall’art. 117, secondo comma, lettera b), Cost.¹²⁸ – si affiancano, dunque, altri ambiti di interessi (umani)¹²⁹, in specie, concernenti i diritti sociali¹³⁰, in riferimento ai quali spicca la competenza, normativa ed amministrativa, delle autonomie territoriali¹³¹.

¹²⁷ Così D. FIUMICELLI, *L’integrazione degli stranieri extracomunitari alla luce delle più recenti decisioni della Corte costituzionale*, 2013, 18, in *www.federalismi.it*, 3.

¹²⁸ Così, ad esempio, si dimostrano costituzionalmente illegittime le previsioni normative regionali che statuiscono l’indisponibilità dell’ente ad avere sul proprio territorio strutture o centri in cui si svolgono funzioni preliminari di trattamento e identificazione personale dei cittadini stranieri immigrati. Ciò, perché la costituzione e l’individuazione dei CIE attengono ad aspetti direttamente riferibili alla competenza legislativa esclusiva statale di cui all’art. 117, comma 2, lett. b), Cost., in quanto le suddette strutture sono funzionali alla disciplina che regola il flusso migratorio dei cittadini extracomunitari nel territorio nazionale. In merito v., *ex multis*: Corte costituzionale, 15.04.2010, n. 134; Corte costituzionale, 07.03.2008, n. 50; Corte costituzionale, 14.04.2006, n. 156; Corte costituzionale, 22.07.2005, n. 300.

¹²⁹ Per vero, «la legge costituzionale n. 3/2001 ha assegnato infatti le materie denominate come “condizione giuridica dello straniero”, “diritto d’asilo” e “immigrazione” allo Stato, ma non ha considerato questioni come integrazione sociale, gestione e inserimento degli stranieri, diritti civili e sociali e l’effettività di tali diritti da parte degli stranieri». Così M.A. SILVESTRI, *Gli immigrati e i nuovi diritti*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 105.

¹³⁰ Cfr. Corte costituzionale, 22.10.2010, n. 299. Per un commento v., *ex multis*: S. MABELLINI, *La dimensione sociale dello straniero tra uniformità (sovranazionale) e differenziazione (regionale)*, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 804 ss.; G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del “pacchetto sicurezza”*. Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 3901 ss.; L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni*, cit., 1 ss.

¹³¹ Cfr. Corte costituzionale, 18.01.2013, n. 2; Corte costituzionale, 22.10.2010, n. 299; Corte costituzionale, 07.03.2008, n. 50; Corte costituzionale, 14.04.2006, n. 156; Corte costituzionale, 22.07.2005, n. 300. Per un commento v. D. FIUMICELLI, *L’integra-*

Ciò, in quanto la linea di demarcazione intercorrente tra le attribuzioni proprie dello Stato e la sfera di pertinenza dell'intervento regionale ben può essere tracciata proprio in riferimento alle materie di ingresso e soggiorno dei "non cittadini", entro cui potrebbe dirsi esaurita la competenza esclusiva "immigrazione" e "condizione giuridica dei cittadini non appartenenti all'Unione europea"¹³², devolvendo alle Regioni la responsabilità delle forme dell'accoglienza ed integrazione degli immigrati¹³³.

In questa direzione, si osserva, la maturazione di una dimensione regionale delle libertà fondamentali della persona, in seno alle quali si

zione degli stranieri extracomunitari alla luce delle più recenti decisioni, cit., 5 ss. In questa direzione, nel quadro della specificazione del valore da ricondurre, all'interno del sistema delle fonti, alla disciplina nazionale dettata in materia di immigrazione, comprensiva anche del riconoscimento dei diritti fondamentali della persona in favore dei "non cittadini", osserva C. SALAZAR, *Leggi regionali sui "diritti degli immigrati", Corte costituzionale e "vertigine della lista": considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal Governo in via principale*, in G. D'IGNAZIO, S. GAMBINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali tra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, 409, che «il legislatore locale che intervenga su "diritti degli immigrati" non può scendere al di sotto dello standard sancito dalla norme del T.U. Perciò i giudici comuni sono tenuti a sollevare, anche a prescindere dalla mancata impugnazione governativa, questione di costituzionalità su leggi regionali che pretendano di abbassare la soglia della tutela dei diritti degli immigrati rispetto alla norme del T.U.». Infine, per un'ampia disamina della giurisprudenza costituzionale maturata in ordine ai criteri di riparto delle competenze tra Stato e regioni in materia di politiche di accoglienza dei migranti v. A.M. CITRIGNO, *Le giustificazioni della diversità*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 135 ss.

¹³² In merito v., *ex multis*: Corte costituzionale, 15.04.2010, n. 134.

¹³³ In merito v. L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni*, cit., 2, secondo la quale "le due coppie binarie ingresso/accoglienza e soggiorno/integrazione esplicitano già due piani sostanzialmente distinti, per quanto inevitabilmente connessi. La prima parte della coppia – di competenza statale – è tutta interna alle forme di espressione della sovranità nella sua accezione di esclusione o di inclusione controllata degli stranieri, la seconda parte della coppia, invece, è centrata sulle forme e sui limiti con i quali si esercita la sovranità, vale dire le forme della convivenza sul territorio. Sono infatti politiche per gli immigrati, per le persone in carne e ossa, non politiche di immigrazione, quindi relative a fenomeni sociali di carattere generale".

inscrivono, a pieno titolo, i diritti sociali¹³⁴, rinviene la sua fonte di legittimazione in un’ottica di promozione dei valori di solidarietà¹³⁵ che gli enti pubblici (territoriali) sono chiamati «a soddisfare, per ragioni istituzionali, oltretutto per tradizione, e ciò proprio in considerazione della loro “prossimità, culturale e territoriale, rispetto alle esigenze della comunità che vive ed opera in quell’ambito”»¹³⁶.

È pur vero, però, che siffatta impostazione non si è dimostrata immune da critiche e perplessità.

I tentativi di restringere nella misura massima possibile la sfera di attribuzioni degli enti pubblici territoriali in materia di politiche di accoglienza ed integrazione sociale degli immigrati hanno determinato, in particolare, l’insorgenza di

uno dei conflitti più aspri tra uno Stato che introduceva il reato di “Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato” e le Regioni che

¹³⁴ In tema di riconoscimento di effettività dei diritti sociali nel quadro del riparto delle competenze tra Stato e regioni v. E. VIVALDI, *I diritti sociali tra Stato e Regioni: il difficile contemperamento tra il principio unitario e la promozione delle autonomie*, 2012, in www.gruppodipisa.it, 1, secondo cui “la Costituzione Italiana, affermando il principio di eguaglianza formale e sostanziale, ha posto i diritti sociali come “antecedente non discutibile”, costitutivo del nostro ordinamento, impegnando i pubblici poteri, quindi il legislatore nazionale, ma anche quelli regionali, a realizzarne i contenuti”.

¹³⁵ Invero, secondo A. LAZZARO, *Enti territoriali, immigrazione e sussidiarietà*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 260, “la solidarietà non può essere isolata, né valere in ambiti definiti e separati, perché proprio questo sarebbe la negazione del principio, il suo offuscarsi si lega con i limiti della libertà materiale e con la crescita delle diseguaglianze che incidono sulla dignità della persona”.

¹³⁶ Così E. VIVALDI, *I diritti sociali tra Stato e Regioni*, cit., 4. In merito v. anche G.M. FLICK, *Nuovi diritti, ruolo delle Regioni e decentramento*, in *Fed. fisc.*, 2010, 1, 9 ss.; A. RUGGERI, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Dir. e Soc.*, 2001, 198. Per una disamina dell’effettività delle politiche sociali nella prospettiva parziale del rapporto fra diritti e risorse v. G.M. CARUSO, *Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo politico di un sistema complesso*, 24.02.2016, in www.federalismi.it, 1 ss.

guardavano all'immigrato come persona titolare di diritti fondamentali, a prescindere dal titolo di soggiorno¹³⁷.

In questa prospettiva, è stato evidenziato, il percorso logico presupposto dalle previsioni incriminatrici contraddistinte, in tesi, da una particolare attitudine “generalpreventiva” in riferimento alla salvaguardia degli interessi pubblici correlati alla disciplina dei flussi migratori, in realtà, tenderebbe a perorare il convincimento secondo il quale gli unici destinatari delle politiche di integrazione sociale debbano (*rectius*: dovrebbero) essere gli immigrati regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, perché “i cittadini stranieri privi di regolare permesso di soggiorno (...) non solo non avrebbero titolo a soggiornare, ma, una volta sul territorio nazionale, dovrebbero essere perseguiti penalmente”¹³⁸.

Sotto altro profilo, poi, le ragioni poste a fondamento di previsioni normative che subordinino al requisito della residenza (non irregolare)

¹³⁷ Così L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni*, cit., 1. In tal contesto, sottolinea D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari, “neocomunitari” o persone?*, cit., 12, che “l’estensione del campo d’applicazione soggettivo della legge regionale anche al cittadino straniero irregolare può leggersi come la volontà di porre, quale criterio discretivo per la titolarità dei diritti, la persona umana, in una sorta di conclamato universalismo dei diritti. Da questo punto di vista, tenendo presente le tendenze oggi in atto a livello nazionale e non solo, volte a modulare il novero dei diritti da riconoscere allo straniero sulla base sia della regolarità, sia della durata del suo soggiorno – fermo restando un nucleo duro di diritti fondamentali spettanti allo straniero in quanto uomo, dunque a prescindere dalla condizione del suo soggiorno nel territorio nazionale – è evidente che ci si troverebbe in presenza di due prospettive difficilmente conciliabili”.

¹³⁸ Cfr. Corte costituzionale, 25.02.2011, n. 61; Corte costituzionale, 22.10.2010, n. 299. Invero, rispetto a siffatte pronunce è stato rilevato, in un’ottica tesa a differenziarne i contenuti alla luce dell’implementazione delle tecniche di tutela apprestate in favore delle libertà fondamentali della persona, che “mentre la sentenza n. 299 del 2010, pur riaffermando con forza che i diritti fondamentali sono riconosciuti anche agli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno, non estende i concreti interventi previsti a favore degli stranieri anche a chi tra di essi è irregolare, la decisione sulla legge campana considera di per sé questi interventi, con qualche eccezione espressamente indicata, forma di tutela dei diritti fondamentali (sent. n. 61 del 2011)”. Così L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni*, cit., 5. Per un commento v. anche F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti*, cit., 7 ss.

il diritto di accedere a prestazioni sociali di assistenza e sostegno¹³⁹ possono essere essenzialmente ricondotte non solo a motivi di “preoccupazione ed allarme sociale”, ma anche a valutazioni di carattere economico/finanziario rivolte nella direzione di tutelare gli, spesso traballanti e precari, equilibri di bilancio¹⁴⁰.

In tal senso, spiccano le esigenze di difesa sociale rispetto a fenomeni di “invasione del territorio” da parte di persone indigenti (siano essi cittadini provenienti da altre regioni, siano essi), in particolare, immigrati, quale che sia la causa della loro presenza all’interno dei confini nazionali (richiedenti asilo, protezione internazionale, ovvero “semplici” migranti economici)¹⁴¹.

In un’ottica di scarsità delle risorse, infatti, a prescindere dall’allarme sociale ingenerato da massicci flussi migratori, si tende sia a salvaguardare il mantenimento di livelli di assistenza sufficienti a garantire un’esistenza (il più possibile) libera e dignitosa nei confronti dei soggetti contraddistinti da un legame stabile con il territorio di riferimento, sia a preservare l’integrità fiscale delle politiche pubbliche dell’ente locale¹⁴².

¹³⁹ Per ciò che concerne le politiche regionali maturate in materia di assistenza e provvidenze sociali erogate in favore dei “non cittadini”, pur a fronte dei noti “vincoli di bilancio”, v., *ex multis*: W. CHIAROMONTE, *Welfare locale e immigrazione. Il contenzioso sulla legislazione regionale in materia di integrazione degli stranieri*, in *Giorn. Dir. Lav.*, 2011, 4, 657 ss.; E. CODINI, *Immigrazione e Stato sociale*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 2, 599 ss.; C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Dir. imm. e citt.*, 2012, 2, 43 ss.

¹⁴⁰ Per una disamina del rapporto intercorrente tra eguaglianza, integrazione e solidarietà alla prova del pareggio di bilancio nell’ambito di una società multiculturale, v. A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza*, cit., 15 ss. Sottolinea l’altalenante orientamento maturato in materia di prestazioni *lato sensu* assistenziali rivolte in favore degli immigrati non regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale nel quadro di diverse previsioni legislative regionali, con esiti in parte differenti, F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti*, cit., 15 ss.

¹⁴¹ Per una disamina delle procedure di identificazione dei migranti al momento del loro ingresso all’interno del territorio nazionale italiano v. A. DI BRISCO, *Status e diritti dei cittadini extracomunitari richiedenti la protezione internazionale*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 239 ss.

¹⁴² Osserva D. FIUMICELLI, *L’integrazione degli stranieri extracomunitari alla luce delle più recenti decisioni*, cit., 4, che «se si deve restringere la platea dei destinatari

Nel quadro, poi, di un rapporto di tipo (quasi) sinallagmatico, il fondamento dell'esclusione dal godimento di provvidenze finanziarie immaginato nei confronti dei "non cittadini", ovvero dei "non residenti" potrebbe essere ravvisato nel difetto di contribuzione rinvenibile in capo al soggetto che, solo occasionalmente, si trovi all'interno del territorio statale e/o regionale e costituisca, in assenza di alcuna fonte di reddito, solo un costo posto a carico dell'erario in assenza dello *status* di cittadino¹⁴³.

In verità, però, in materia di diritti sociali, le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – devono essere compiute sempre in ossequio al principio di ragionevolezza¹⁴⁴, secondo uno scrutinio operato in riferimento alla specifica disposizione, al fine di verificare se vi sia una logica, motivata ed accettabile correlazione tra la condizione prevista per l'ammissibilità al beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne subordinano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*¹⁴⁵.

Così, la Regione, in quanto ente esponenziale della comunità operante sul territorio, ben può favorire, appunto entro i limiti della non manifesta irragionevolezza, i propri residenti, anche in rapporto al con-

delle prestazioni, i primi ad essere esclusi sono i non cittadini, per effetto di "politiche di appartenenza" tese a favorire coloro che invece presentano un legame più intenso e duraturo col territorio (nazionale, regionale o locale)».

¹⁴³ Sul punto, al fine di sconfiggere la fondatezza di un siffatto approccio, sottolinea F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, 2011, in www.forumcostituzionale.it, 15, che "l'argomento fondato sulla passata contribuzione si rivela fallace sotto molteplici profili. Esso potrebbe valere per le prestazioni a carattere commutativo, ma non certo per le prestazioni a carattere assistenziale che rispondono ad una logica solidaristica. Inoltre, l'idea che il godimento dei benefici di welfare debba essere proporzionale alle imposte versate è auto-contraddittoria, perché porterebbe a riconoscere maggiore assistenza a chi verosimilmente ne ha meno bisogno, e quindi a negare la stessa logica del welfare".

¹⁴⁴ Cfr., *ex multis*: Corte costituzionale, 19.07.2013, n. 222; Corte costituzionale, 07.06.2013, n. 133; Corte costituzionale, 18.01.2013, n. 4; Corte costituzionale, 18.01.2013, n. 2; Corte costituzionale, 09.02.2011, n. 40; Corte costituzionale, 02.12.2005, n. 432. In dottrina v. F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata*, cit., 3 ss.

¹⁴⁵ Cfr. Corte costituzionale, 07.06.2013, n. 133; Corte costituzionale, 02.12.2005, n. 432.

tributo che essi hanno apportato al progresso della comunità operandovi per un non indifferente lasso di tempo, purché tale scelta non riguardi provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona, piuttosto che il sostegno dei membri della comunità¹⁴⁶.

Invero, l’esclusione assoluta di intere categorie di individui incentrata sul difetto del possesso della cittadinanza (europea)¹⁴⁷, ovvero su quello della mancanza di una residenza temporalmente protratta per un arco di tempo certamente significativo all’interno di uno specifico ambito territoriale¹⁴⁸, non può risultare rispettosa del principio di uguaglianza, in quanto potenzialmente tesa ad introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari, laddove non vi sia alcun ragionevole collegamento tra quelle condizioni positive di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza – europea – eventualmente congiunta alla residenza protratta per lungo tempo, appunto)¹⁴⁹ e gli altri peculiari requisiti (integrati da situazioni di bisogno e di disagio riferibili direttamente

¹⁴⁶ Cfr. Corte costituzionale, 19.07.2013, n. 222; Corte costituzionale, 09.02.2011, n. 40; Corte costituzionale, 28.05.2010, n. 187.

¹⁴⁷ In tema di cittadinanza europea, evidenza A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza*, cit., 5, che il principio di non discriminazione in base alla nazionalità ha costituito per lungo tempo il motore dell’ordinamento comunitario in ordine alle logiche di integrazione del mercato, ove “riceve difatti una differente applicazione *ratione personae*, poiché ha un ambito applicativo assai limitato nei confronti dei cittadini di paesi terzi – dipendendo la sua applicabilità dalla circostanza del regolare soggiorno, del soggiorno di lunga durata, o dalla esistenza di specifici accordi conclusi dall’Unione –; si applica ai cittadini nazionali che non abbiano fatto uso della libera circolazione (cittadini stanziali) a patto che la fattispecie non rientri tra le situazioni puramente interne all’ordinamento nazionale; si applica appieno ai cittadini dinamici, ma con alcune varianti dipendenti dal campo di applicazione *ratione materiae* del diritto europeo”.

¹⁴⁸ Per una disamina degli interventi legislativi regionali maturati in ordine al tema dei servizi sociali erogati in favore degli immigrati nel quadro dell’introduzione, quale condizione di accesso, tra le altre, alle relative provvidenze, del requisito della residenza, v. F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011, 204 ss.

¹⁴⁹ Evidenzia le perplessità, in termini di possibili effetti discriminatori, riferibili alla legislazione regionale che, nel riconoscere provvidenze, correli il diritto al conseguimento della prestazione a requisiti di residenza non solo all’interno del territorio regionale, ma anche nell’ambito del territorio nazionale, per un certo, spesso notevole, lasso di tempo (sia esso continuativo, o meno), F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata*, cit., 7 ss.

alla persona in quanto tale) che costituiscono il presupposto di fruibilità di provvidenze che, per la loro stessa natura, non tollerano distinzioni basate né sulla cittadinanza, né sulla residenza, volte ad escludere proprio coloro che risultano versare in uno stato di necessità che un siffatto sistema di prestazioni e servizi si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale¹⁵⁰.

Orbene, non vi è dubbio che il legislatore possa riservare talune prestazioni assistenziali ai soli cittadini e alle persone ad essi equiparate soggiornanti in Italia, il cui *status* vale, di per sé, a generare un adeguato nesso tra la partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica e l'erogazione della provvidenza. Tuttavia, non è detto che un nesso a propria volta meritevole di protezione non possa emergere con riguardo alla posizione di chi, pur privo di siffatto *status*, abbia legittimamente radicato un forte legame con la comunità presso la quale dimora e di cui sia divenuto parte, per avervi insediato una prospettiva stabile di vita lavorativa, familiare ed affettiva, la cui tutela non è certamente atipica alla luce dell'ordinamento giuridico vigente¹⁵¹.

In tali casi, a fronte del pregiudizio che può derivare dall'esclusione indiscriminata dello straniero dalla prestazione sociale, occorre particolare cura nella identificazione del legame che congiunge la provvidenza allo *status* di cittadino, anziché al contributo offerto dall'individuo alla società in cui si è inserito¹⁵².

¹⁵⁰ Sul punto v. Corte costituzionale, 09.02.2011, n. 40. In merito v. R. NUNIN, *Sull'illegittimità costituzionale della limitazione territoriale delle prestazioni assistenziali*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2012, 1, 155 ss. Nella stessa direzione v. anche L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni*, cit., 8.

¹⁵¹ Cfr. Corte costituzionale, 19.07.2013, n. 222.

¹⁵² Il legislatore, quindi, per sottrarre eventuali restrizioni nell'accesso alle prestazioni sociali ad un giudizio di ineguaglianza e di manifesta irragionevolezza, è tenuto a rivolgere lo sguardo non soltanto, per il passato, alla durata della residenza sul territorio nazionale o locale oltre una soglia temporale minima, ma anche, in prospettiva, alla presenza o all'assenza di indici idonei a testimoniare il legame tendenzialmente stabile tra la persona e la comunità. In questa direzione, è stato osservato che, in tema di accesso degli stranieri alle prestazioni di assistenza sociale, mentre la residenza costituisce, rispetto a una provvidenza regionale, «un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio», non altrettanto può dirsi quanto alla residenza protratta per un predeter-

minato e significativo periodo minimo di tempo. La previsione di un simile requisito, infatti, ove di carattere generale e dirimente, non risulta rispettosa dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto «introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari», non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata prolungata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che, in linea astratta, ben possono connotare la domanda di accesso al sistema di protezione sociale. Cfr., *ex plurimis*: Corte costituzionale, 19.07.2013, n. 222; Corte costituzionale, 07.06.2013, n. 133; Corte costituzionale, 18.01.2013, n. 4; Corte costituzionale, 18.01.2013, n. 2; Corte costituzionale, 09.02.2011, n. 40; Corte costituzionale, 02.12.2005, n. 432. Ciò vale, ad esempio, in materia di edilizia residenziale pubblica, la cui disciplina costituisce, ormai da lungo tempo, oggetto di indiscussa competenza regionale (cfr., *ex multis*: Corte costituzionale, 28.07.1993, n. 347; Corte costituzionale, 16.12.1992, n. 486; Corte costituzionale, 07.10.1992, n. 393; Corte costituzionale, 12.12.1990, n. 594; Corte costituzionale, 22.12.1988, n. 1134; Corte costituzionale, 20.06.1988, n. 727; Corte costituzionale, 25.02.1988, n. 217), le cui finalità sono quelle di «garantire un’abitazione a soggetti economicamente deboli nel luogo ove è la sede dei loro interessi» (cfr. Corte costituzionale, 11.06.2014 n. 168; Corte costituzionale, 05.06.2000 n. 176), al fine di assicurare un’esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, mediante un servizio pubblico deputato alla «provvista di alloggi per i lavoratori e le famiglie meno abbienti». Cfr., *ex multis*: Corte costituzionale, 11.06.2014, n. 168; Corte costituzionale, 05.06.2000, n. 176; Corte costituzionale, 07.12.1994 n. 417; Corte costituzionale, 28.07.1993, n. 347; Corte costituzionale, 16.12.1992, n. 486; Corte costituzionale, 25.02.1988, n. 217; Corte costituzionale, 28.01.1988, n. 155. Dal complesso delle disposizioni costituzionali relative al rispetto della persona umana, della sua dignità e delle condizioni minime di convivenza civile, emerge, infatti, con chiarezza che il diritto all’abitazione rappresenta un connotato della forma costituzionale di Stato sociale (cfr. Corte costituzionale, 05.06.2000, n. 176; Corte costituzionale, 20.12.1989, n. 559), assume i connotati di una pretesa volta a soddisfare un bisogno sociale ineludibile, un interesse protetto, cui l’ordinamento deve dare adeguata soddisfazione, anche se nei limiti della disponibilità delle risorse finanziarie. Cfr. Corte costituzionale, 11.06.2014 n. 168. Per tale motivo, l’accesso all’edilizia residenziale pubblica è assoggettato ad una serie di condizioni, quali, ad esempio, il basso reddito familiare (cfr. Corte costituzionale, 11.06.2014, n. 168; Corte costituzionale, 05.06.2000, n. 176; Corte costituzionale, 18.04.1996, n. 121) e l’assenza di titolarità del diritto di proprietà o di diritti reali di godimento su di un immobile adeguato alle esigenze abitative del nucleo familiare dell’assegnatario stesso, requisiti sintomatici di una situazione di reale bisogno. Sul punto v. Corte costituzionale, 11.06.2014 n. 168. Peraltro, non è da escludere che, al ricorrere di determinate condizioni, le politiche sociali delle Regioni legate al soddisfacimento dei bisogni abitativi ben possano prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza (cfr. Corte costituzionale, 11.06.2014 n. 168; Corte costituzionale,

In questa direzione, onde mitigare il divario sociale esistente, si stagliano le politiche di promozione dei diritti fondamentali della persona maturate in tema di assistenza ai migranti che non solo sottendono lo sforzo degli enti pubblici territoriali, deputati, come già rilevato, in ossequio ai principi di sussidiarietà (verticale), differenziazione ed adeguatezza, alla cura dei “non cittadini” presenti sul territorio¹⁵³, ma che vedono partecipe anche la società civile che, mediante formazioni sociali di ispirazione solidaristica, soddisfa, con una costante opera di sostegno ed assistenza, il bisogno d’umanità legato al disagio sociale derivante dal fenomeno di incontrollati flussi migratori.

Le politiche sociali di integrazione dei “non cittadini”, in uno con la predisposizione di interventi di assistenza in vista della loro piena inclusione all’interno di una società (spesso) affatto diversa da quella di provenienza, implicano, per tale via, una specifica responsabilità del

19.07.2013, n. 222. In dottrina, sul punto, v., *ex multis*: L. PRINCIPATO, *L’integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?*, in *Giur. cost.*, 2013, 4, 3291 ss.; G. TURATTO, *Le “pause” della Corte costituzionale in tema di parità di trattamento dei cittadini dei paesi terzi extracomunitari*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2013, 4, 549 ss.; D. MONEGO, *La “dimensione regionale” nell’accesso alle provvidenze sociali*, 31.03.2014, in www.forumcostituzionale.it) purché contenuto entro limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli (cfr. Corte costituzionale, 19.07.2013, n. 222) onde scongiurare “avvicinamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l’azione amministrativa e riducendone l’efficacia”. Cfr. Corte costituzionale, 11.06.2014 n. 168; Corte costituzionale, 19.07.2013, n. 222.

¹⁵³ Circa il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di politiche di inclusione degli immigrati all’interno del tessuto sociale della comunità territoriale di riferimento, v., *ex multis*: L. PRINCIPATO, *Il diritto – talvolta – degli stranieri extracomunitari all’assistenza sociale*, in *Giur. cost.*, 2013, 02, 718 ss.; S. MABELLINI, *La dimensione sociale dello straniero tra uniformità (sovranaazionale) e differenziazione (regionale)*, in *Giur. cost.*, 2011, 01, 804 ss.; G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del «pacchetto sicurezza». Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010*, in *Giur. cost.*, 2010, 05, 3901 ss.; D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 04, 3238 ss.; A.M. BATTISTI, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, in *Giur. cost.*, 2008, 04, 3338 ss.; F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, in *Giur. cost.*, 2005, 06, 4675 ss.

ruolo rivestito da parte del c.d. “terzo settore”¹⁵⁴, chiamato, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale¹⁵⁵, a fornire il proprio contributo all’implementazione delle occasioni di crescita (inter)culturale della società.

In quest’ottica, si osserva che la dedizione profusa da parte delle organizzazioni no-profit nell’erogazione dei servizi agli immigrati richiede una costante opera di pianificazione che non renda vani gli sforzi intrapresi, senza, peraltro, dimenticare lo svolgimento di un’attenta attività di verifica e vigilanza, funzionale ad impedire possibili arbitrii, la cui carica offensiva degli interessi in gioco spesso travalica il mero dato economico ed è capace di ingenerare un senso diffuso di sfiducia collettiva e la percezione delle iniziative intraprese in materia di accoglienza degli immigrati alla stregua di ulteriore fonte di corruzione e malcostume.

Diversamente, il modello di supporto e sostegno radicato sul continuo dialogo tra Istituzione e privati ben può costituire anche l’occasione per non limitare gli interventi programmati a soli fini meramente assistenziali, bensì concepire gli strumenti di ausilio alla stregua di mezzi di promozione del coinvolgimento nella costruzione del proprio destino dei destinatari delle azioni intraprese.

Il pieno sviluppo della persona umana, difatti, si realizza, in primo luogo, mediante il riconoscimento di effettività del principio di autodeterminazione; acquisire le conoscenze e competenze necessarie al fine di poter progressivamente raggiungere una condizione di piena autonomia (non solo economica) implica anche una migliore consapevolez-

¹⁵⁴ Sul punto v., *ex multis*: A. LAZZARO, *Volontariato e pubblica amministrazione*, Milano, 2006; C. RANCI, *Il volontariato. I volti della solidarietà*, Bologna, 2006; E. ROSSI, *Sfide per il volontariato attore dello sviluppo locale*, in *Studi Zancan*, 6/2004, 51 ss.; L. BRUSCUGLIA, E. ROSSI (a cura di), *Terzo settore e organizzazioni non lucrative di utilità sociale*, Roma, 1998; V. ITALIA, A. ZUCCHETTI, *Le organizzazioni di volontariato. Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1998; E. FERRARI, *Volontariato e formazioni sociali*, Lucca, 1994; E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 3/1992, 2348 ss.; ID., *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 240 ss.; G. PONZANELLI, *Le non profit organizations*, Milano, 1985.

¹⁵⁵ Cfr., *ex multis*: A. LAZZARO, *Enti territoriali, immigrazione*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 269 ss.

za sia del ruolo rivestito all'interno del contesto sociale di riferimento, nonché circa i valori di fondo che permeano la comunità entro la quale si svolge quotidianamente la propria vita.

Il fine ultimo del “partenariato pubblico-privato” in materia di politiche di integrazione si rivolge, quindi, nella direzione di sopperire, nell'immediato, ai bisogni più elementari, sollevando i migranti dallo stato di miseria in cui si trovano, per poi lenire la frustrazione morale che sovente accompagna gli individui provenienti da Paesi lontani mediante il riconoscimento della loro dignità attraverso il loro coinvolgimento in un auspicato percorso di inclusione civile, sociale ed economica.

In un siffatto contesto valoriale, sorge, poi, all'attenzione dell'interprete l'esigenza di indagare in merito alla sufficienza, ai fini di una compiuta inclusione dei “non cittadini” all'interno di una società che, *prima facie*, loro non appartiene ed alla quale, per contro, essi non risultano legati dallo *status civitatis*, di interventi limitati esclusivamente a profili economici e/o sociali, senza tenere nella debita considerazione la possibilità di consentire l'esercizio dei diritti di partecipazione politica¹⁵⁶, declinata, quanto meno, nei termini di titolarità dei diritti di elet-

¹⁵⁶ Sul punto, v., *ex multis*: D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri comunitari può ancora passare dalla partecipazione politica? Spunti di carattere comparato e brevi considerazioni sulle proposte più recenti e sulle prassi locali*, febbraio 2014, in www.gruppodipisa.it; L. TRUCCO, *Problemi e prospettive della partecipazione politica dei non cittadini a livello locale*, in *Giur. it.*, 6/2011, 1449 ss.; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, 2006; T.F. GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, Relazione al Convegno *Cittadini di oggi e di domani. Le sfide dell'immigrazione per il territorio*, Comune di Alessandria, 18 novembre 2006, in www.forumcostituzionale.it; V. RAPARELLI, *Recenti sviluppi del dibattito sul diritto di voto agli stranieri immigrati*, n. 2/2006, in www.federalismi.it; E. BETTINELLI, *Cittadini extracomunitari, voto amministrativo e costituzione inclusiva*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 15*, Torino, 2005, 27 ss.; G. FRANCHI SCARSELLI, *Quale fonte per il diritto di voto agli stranieri?*, in *Quad. cost.*, 2004, 123 ss.; P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie dell'integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative*, n. 11/2003, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it); G. COLETTA, *Verso l'estensione del diritto*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione*, cit., 343 ss.; A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza*, cit., 14 ss.

torato attivo e passivo in relazione alle competizioni elettorali amministrative¹⁵⁷.

Il presupposto assiologico ordinariamente impiegato per sostenere l’opportunità di estendere in favore degli immigrati regolari il diritto di voto in ambito locale si correla all’idea secondo la quale una comunità territorialmente circoscritta si compone, essenzialmente, dei membri attivi di essa che partecipano alla sua crescita mediante il proprio contributo reso nel mondo del lavoro, nonché all’interno del contesto sociale di riferimento¹⁵⁸.

In sostanza, una collettività politica è costruita sulle fondamenta (civili e sociali) realizzate da chi abitualmente risiede, lavora e sovrintende alle personali, quotidiane esigenze di vita in un ambito territoriale ben definito¹⁵⁹ e, per tale ragione, “invoca una legittimazione a livello politico ed amministrativo”¹⁶⁰.

In tale direzione, si staglia il convincimento del superamento del “concetto di cittadinanza quale status inteso come strumento di ‘esclusione’ e di separazione all’interno dell’organizzazione sociale”¹⁶¹. Al contrario, la cittadinanza viene interpretata come

¹⁵⁷ Per un’ampia disamina delle esperienze maturate in tal senso sia in Italia, in riferimento alle diverse iniziative intraprese da regioni ed enti pubblici territoriali minori, sia in ambito europeo, v., *ex multis*: V. PRUDENTE, *L’integrazione dello straniero attraverso la partecipazione all’amministrazione locale*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 277 ss.

¹⁵⁸ Per una ricostruzione della consistenza dei diritti politici riconosciuti in favore dei cittadini stranieri v. M.A. SILVESTRI, *Gli immigrati*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 111 ss.

¹⁵⁹ Sul punto v., *ex multis*: G.E. RUSCONI, *Immigrazione in Europa. Impatto culturale e problemi di cittadinanza*, Bologna, 1992, 116 ss.

¹⁶⁰ Così V. PRUDENTE, *L’integrazione dello straniero*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 302.

¹⁶¹ Così e per un approfondimento v. S. RODOTÀ, *Cittadinanza: una postfazione*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, 321 ss. In tal senso v. anche R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, in AA.VV., *Stato e sovranità*, Torino, 2010, 143 ss.; G. MOSCHELLA, *La parabola dei diritti umani nella legislazione italiana sull’immigrazione*, in G. D’IGNAZIO, S. GAMBINO (a cura di), *Immigrazione*, cit., 481 ss.

criterio di selezione dei diritti, per individuare quelli più rilevanti, per definire insieme posizioni individuali e qualità democratica, e di conseguenza come criterio che consente di misurare gli eventuali deficit di democrazia¹⁶².

In questo senso, ciascuno può avvertire propri gli ideali condivisi dalla generalità dei consociati non in quanto mero spettatore passivo, bensì nella qualità di partecipe all'attuazione dei valori di fondo riferibili ad una data comunità.

Nella medesima ottica, poi, è agevole rilevare che l'assetto politico/costituzionale tipico di una società democratica non si risolve, esclusivamente, nella predisposizione di strumenti di (indiretta) rappresentanza politica degli interessi, bensì si avvale di ulteriori istituti partecipativi, in via esemplificativa consistenti in consultazioni, referendum, istanze, petizioni, proposte, costituzione di organismi consultivi, di indirizzo, vigilanza e/o controllo¹⁶³.

Ciò, essenzialmente, al fine di mitigare (e, se possibile, ricomporre ad unità) le divergenze che sovente intercorrono tra la popolazione locale e i migranti presenti sul territorio, nonché tra diverse etnie che spesso condividono (*rectius*: si contendono) spazi di vita angusti.

¹⁶² Così S. RODOTÀ, *Cittadinanza*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza*, cit., 321. Sul punto, per una ricostruzione delle diverse declinazioni della cittadinanza (civile, politica e sociale), v. M.A. SILVESTRI, *Gli immigrati*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 112 ss.

¹⁶³ Invero, «a livello locale democrazia rappresentativa e partecipazione democratica costituiscono un continuum imprescindibile per favorire i processi decisionali e di governo: per questo la “partecipazione” giova sicuramente agli amministrati, che attraverso di essa collaborano con il farsi del potere politico, rispetto al quale non si pongono più in termini di estraneità e di soggezione, ma piuttosto come parte attiva, referenti naturali di una amministrazione sensibile agli interessi sui quali reagisce e giova anche alle istituzioni locali, che attraverso di essa accrescono la conoscenza delle esigenze che il territorio esprime, con il vantaggio di poter rivolgere la propria attenzione a problemi reali ed a soluzioni concrete, guadagnando anche in termini di efficienza e buon andamento». Così V. PRUDENTE, *L'integrazione dello straniero*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 292 s. In merito, v. anche, *ex plurimis*: U. ALLEGRETTI, *Le basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Dem. e dir.*, 3, 2006, 151 ss.; A. MAGNAGHI, *Dalla partecipazione all'autogoverno della comunità locale: verso il federalismo municipale solidale*, in *Dem. e dir.*, 3, 2006, 134 ss.

5. *Flussi migratori e (aspirazioni di una) società multiculturale*

Il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona in favore dei “non cittadini”, pur rappresentando una conquista (certamente perfezionabile) di una società improntata ai valori della tolleranza e della massima espansione delle tecniche di tutela della dignità umana¹⁶⁴, di per sé solo non assurge ad unico presupposto fondativo di un ordinamento democratico; ad esso, infatti, si accompagna (e, per certi versi, ne costituisce il presupposto) il tentativo (peraltro, mai giunto ad effettivo compimento), di ricondurre ad equilibrio il rapporto tra i principi supremi sui cui si regge una moderna democrazia e le istanze di ammissione di “contaminazioni” giuridiche ed ideologiche provenienti da modelli teorici affatto diversi rispetto a quello vigente all’interno di un determinato Paese¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Declinata, quanto meno in senso minimo, nei termini di principio supremo dell’ordinamento (F. SACCO, *Il consenso del beneficiario dell’amministrazione di sostegno e il conflitto tra dignità e libertà*, in *Giur. cost.*, 2007, 03, 2280 ss.), presupposto di tutti i diritti fondamentali (V. TIGANO, *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 04, 1749), diritto ad avere diritti (F. RESTA, *Neoschiavismo e dignità della persona*, in *Giur. merito*, 2008, 06, 1673), incondizionato rispetto della più intima essenza dell’individuo, corrispondente alla qualità di uomo in quanto tale (F. SACCO, *Il consenso del beneficiario dell’amministrazione di sostegno*, cit., 2280), al di là di ogni forma di abiezione, avvillimento e degradazione fisica e morale.

¹⁶⁵ In merito alla possibilità di consentire una pervasione del diritto straniero all’interno dell’ordinamento giuridico statale, sottolinea A. LOLLINI, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi «forte» e «debole» a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 04, 974 ss., che “in molti negano la legittimità dell’utilizzo di materiali stranieri. La perplessità è che, così procedendo, si mini il presupposto di chiusura e autosufficienza degli ordinamenti giuridici nazionali, producendo incoerenza e arbitrio. L’uso di *foreign law*, sinonimo d’apertura illegittima dell’ordinamento nazionale, sarebbe così all’origine dell’incorporazione di fonti allogene al di fuori del circuito della legalità stretta, subordinando l’ordinamento nazionale a qualsivoglia imprevedibile giuridicità straniera. Ciò comprometterebbe gli assiomi logici che reggono il sistema delle fonti, indebolendo la nozione d’ordinamento come sistema chiuso”.

Il processo di progressiva globalizzazione dei valori e delle libertà fondamentali dell'individuo¹⁶⁶ postula, in epoca contemporanea, la crisi degli Stati-nazione¹⁶⁷ e il superamento degli angusti confini nazionali¹⁶⁸ entro cui sono ristretti i particolarismi tipici delle impostazioni dogmatiche settarie di matrice nazionalista¹⁶⁹ e si rivolge nella direzione di una prospettiva d'insieme, universalistica e/o cosmopolita¹⁷⁰, pur mantenendo salde le tradizioni ed il sentimento nazionale¹⁷¹ dei diversi popoli¹⁷².

¹⁶⁶ Sul punto v., *ex multis*: G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 04, 905 ss.

¹⁶⁷ Conclamata definitivamente la crisi degli Stati nazionali, in cui i diritti di cittadinanza non hanno più come terreno di riferimento la nazione, ma vengono “prepotentemente” proiettati su dimensioni sovranazionali, cosmopolitiche e universali, sottolinea G. LANEVE, *Istruzione, identità culturale e costituzione: le potenzialità di una relazione profonda, in una prospettiva interna ed europea*, n. 24/12, in *www.federalismi.it*, 21, che “lo stesso concetto di cittadinanza vive un processo di radicale trasformazione da mero *status* (quale somma di condizioni giuridiche soggettive dell'individuo) a relazione tra soggetto e comunità di appartenenza”.

¹⁶⁸ Cfr. P. CARROZZA, *Nazione* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, X vol., Torino, 1995, 154 ss. Per una disamina del rapporto tra territorio e Stato costituzionale, con particolare riguardo, anche in chiave europea, ai mutamenti avvertiti dalla forma di Stato di democrazia pluralista in seguito alla “crisi” dello Stato-nazione e al consolidamento dei processi di integrazione europea e globalizzazione, v. A. DI MARTINO, *Il territorio dallo stato-nazione alla globalizzazione: sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, 27 ss.

¹⁶⁹ Sottolinea i pericoli correlati al particolarismo in cui, nelle società moderne, può scadere il principio di governo democratico, D. FISICHELLA, *Alla ricerca della sovranità*, Roma, 2008, 127.

¹⁷⁰ Invero, secondo G. LANEVE, *Istruzione, identità culturale e costituzione*, cit., 22, “la globalizzazione non solo ha favorito i contatti e le mescolanze tra le diverse culture, ma ha profondamente inciso anche su processi neogenerativi di culture localistiche”.

¹⁷¹ Invero, sottolinea F. VIOLA, *Identità e comunità: il senso morale della politica*, Milano, 1999, 81, che “se ci poniamo nell'ottica dell'identità nazionale, caratterizzata non già dall'apparato statale ma dalla comunanza di storia, di lingue e di cultura, possiamo individuare una comunità politica che si estende al di là della stretta prossimità e, d'altra parte, non si dissolve in una dimensione globalizzante e vagamente cosmopolitica”.

¹⁷² In tal contesto, muta, innanzitutto, il concetto di cittadinanza che dovrebbe essere “non un legame originario, una discendenza, e neppure una mera dichiarazione di vo-

In questo senso, l’apertura al dialogo interculturale, la circolazione, lo scambio e le interazioni tra le diverse comunità assurgono a fattore di crescita civile¹⁷³ senza annichilire i tratti caratteristici propri di ciascuna collettività politica¹⁷⁴ e senza richiedere la marginalizzazione dei valori patriottici e di unità che contribuiscono a costruire e rafforzare l’*idem sentire* dei membri di una nazione¹⁷⁵, ancorché composta da molteplici nazionalità¹⁷⁶.

Il presupposto metodologico di fondo risiede nell’idea in base alla quale, all’interno di società multiculturali, le leggi non assurgono più necessariamente ad espressione dello spirito del popolo, dei suoi costumi e delle sue tradizioni, talché,

lontà-appartenenza, ma la condivisione volontaria di un comune status di diritti di cui libertà civili, diritti di partecipazione e diritti sociali fanno necessariamente e indivisibilmente parte”. Così P. CARROZZA, *Nazione*, cit., 148.

¹⁷³ Per un approccio, in chiave comparata, al tema della diversità quale fattore disgregante, ovvero alla stregua di parametro di conformazione dell’ordinamento al rispetto del multiculturalismo, v., *ex multis*: B. LOTT, *Multiculturalism and Diversity: A Social Psychological Perspective*, Singapore, 2010, 10 ss.; S.R. STEINBERG, *Diversity and Multiculturalism: A Reader*, New York, 2009, 3 ss.; A. PHILLIPS, *Multiculturalism without Culture*, Princeton, 2007, 11 ss.; R.J.F. DAY, *Multiculturalism and the History of Canadian Diversity*, Toronto, 2002, 3 ss.; B.C. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge, 2000, 11 ss.; T.J. LA BELLE, C.R. WARD, *Ethnic Studies and Multiculturalism*, New York, 1996, 51 ss.

¹⁷⁴ Per una disamina in merito alle stringenti correlazioni intercorrenti tra gruppo sociale, etnico, religioso, territoriale, economico, o di *status* e la nozione di comunità politica v. S.P. HUNTINGTON, *Ordine politico e cambiamento sociale*, Soveria Mannelli, 2012, 12 ss.

¹⁷⁵ Invero, sottolinea G. LANEVE, *Istruzione, identità culturale e costituzione*, cit., 24 s., che “oggi, i continui flussi tra le persone e tra culture diverse, anche molto diverse, rinnovano il problema identitario che corre lungo il delicatissimo crinale che separa il rischio dell’annacquamento e della dissoluzione delle diversità da quello, altrettanto pericoloso e degenerativo, dell’assolutezza identitaria”.

¹⁷⁶ Cfr. P. CARROZZA, *Nazione*, cit., 145. Per una disamina, in chiave europea, del concetto di identità nazionale, apprezzato alla stregua di *tertium genus* rispetto sia alla dimensione culturale, sia a quella giuridico-politica, entrambe citate in seno alla Carta di Nizza, non sciogliendo l’interrogativo sul suo reale significato, v. T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell’Unione europea: continuità o rottura?*, n. 24/14, in www.federalismi.it, 6 ss.

sebbene alcuni istituti o norme riflettano effettivamente un certo contesto sociale, altri ne prescindono, col risultato che l'assimilazione di un istituto o di una norma di un altro sistema sarà tanto più problematica quanto maggiore sarà il legame dell'istituto o della norma nazionale rigettata con il contesto sociale¹⁷⁷.

In questa direzione, è stato osservato che

l'identità culturale assume una valenza diversa a seconda che si tratti di cittadini piuttosto che di stranieri. Se per i primi può giustificare l'adozione di regole riguardanti non già il singolo bensì il gruppo di appartenenza (regole a protezione di una minoranza linguistica, ad esempio), per i secondi si traduce nell'aspettativa di vedere applicate le norme dell'ordinamento straniero di appartenenza¹⁷⁸.

In un siffatto contesto, però, va da sé che le legittime aspettative di riconoscimento della propria diversità, avanzate dalle minoranze, quale che sia la loro connotazione culturale e/o la loro estrazione sociale o di matrice etnica,

non possano mai pregiudicare l'unità, la coesione, l'integrità e l'ordine pubblico degli Stati, così da far sì che esse siano canalizzate in un quadro di leale collaborazione tra istituzioni nazionali e sovranazionali, da un lato, e gruppi di maggioranza e di minoranza, dall'altro¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Così C. PINELLI, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 02, 496, il quale prosegue, osservando che: “Non solo, ma tali legami non si riferiscono più alla totalità della società, essendo le nostre società molto frammentate anche per la compresenza di una pluralità di mondi sociali, per cui alcuni istituti giuridici potrebbero essere legati a processi economici, altri a cambiamenti tecnologici, o scientifici o culturali. Conseguentemente, è probabile che l'introduzione dell'istituto straniero provocherà reazioni distinte nell'ambito strettamente giuridico e nell'ambito sociale, e che la loro reazione innescerà una evoluzione dinamica eventualmente in grado di raggiungere un nuovo equilibrio, ma troppo raramente in grado di convergere con le modalità di funzionamento dell'istituto nell'ordinamento di origine”.

¹⁷⁸ Così e per un approfondimento v. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 04, 1033 ss.

¹⁷⁹ Così e per un approfondimento v. M. PARISI, *Profili giuridici della tutela delle minoranze culturali*, cit., 449 ss. In merito, richiamando accorta giurisprudenza, sottoli-

La società che aspiri a divenire multiculturale¹⁸⁰, anche nel senso di ampliare (entro, comunque, determinati limiti), i propri orizzonti assiologici (in special modo se rivolti alla tutela dei “soggetti deboli”¹⁸¹, maggiormente esposti al rischio di subire intollerabili violazioni della

nea P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Dir. famiglia*, 2012, 04, 1872 ss., che “la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo (sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e fra queste è, senz’altro, da ascrivere la famiglia) da una parte, e la pari dignità sociale e l’eguaglianza senza distinzione di sesso (anche fra i coniugi), dall’altra, e la tutela dell’integrità psico-fisica e il pieno sviluppo della persona umana, dall’altra parte ancora, appartengono tutte al patrimonio di civiltà giuridica della Nazione e rappresentano, dunque, uno “sbarramento invalicabile” frapposto all’introduzione, nella società civile, di consuetudini, prassi e costumi, derivanti dal retaggio culturale o religioso del Paese di provenienza dello straniero, che si pongono in netto e radicale contrasto con essi”.

¹⁸⁰ In merito agli strumenti di accoglienza all’interno del sistema scolastico italiano predisposti in favore degli studenti non italo-foni v., *ex multis*: L. D’AMATO, *I percorsi degli alunni stranieri dall’accoglienza alla valutazione: dispositivi e pratiche*, in M. FRIGO, L. TIEGHI, M. TRAVERSI (a cura di), *Dall’accoglienza alla valutazione*, Milano, 2012, 32 ss.; R. CHERUBINO, *La valutazione degli alunni stranieri: riferimenti normativi e problematicità*, in M. FRIGO, L. TIEGHI, M. TRAVERSI (a cura di), *Dall’accoglienza alla valutazione*, cit., 37 ss.

¹⁸¹ Circa l’esigenza di orientare la disciplina dei flussi migratori in ossequio ai valori personalistici che caratterizzano la Costituzione italiana onde non incorrere in una non tollerabile disattenzione dei principi di fondo che animano un ordinamento giuridico realmente proteso nella direzione della promozione dei diritti fondamentali dell’individuo, specie se si tratta di rafforzare la tutela apprestata nei confronti dei minori, anche laddove essi raggiungano la maggiore età, ma, comunque, mantengano i requisiti per regolarmente soggiornare all’interno del territorio dello Stato, v. Corte costituzionale, 05.06.2003, n. 198. In dottrina, v., *ex multis*: L. MIAZZI, *La Corte costituzionale rafforza i diritti dei minori stranieri: due pronunce sul ricorso contro il provvedimento di rimpatrio del minore non accompagnato e sul permesso di soggiorno ai minori sottoposti a tutela*, in *Dir. imm. e citt.*, 2003, 3, 63 ss.; F.A. GENOVESE, *Affidamento e tutela di minori stranieri: per la corte costituzionale pari son per chi diventa maggiorenne conversione del permesso*, in *Dir. Giust.*, 2003, 26, 40, ss. Circa il delicato tema della tutela dei minori non accompagnati v. O. SALIMBENI, *Storie minori: realtà ed accoglienza per i minori stranieri in Italia*, Pisa, 2011; G. MOSCHELLA, *Immigrazione e tutela costituzionale*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 35 ss.; A. DI BRISCO, *Status e diritti dei cittadini extracomunitari*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 252 ss.; F. ERAMO, *La devianza minorile*, cit., 1769 ss.

più intima essenza della dignità della persona, indipendentemente dalla razza, lingua, sesso, religione o nazionalità¹⁸², senza, peraltro, disattendere ovvero intaccare la primazia ed unitarietà dell'ordinamento statale)¹⁸³, paga irrimediabilmente lo scotto del confronto tra usi e costumi tra di loro difformi, solitamente apprezzati alla stregua di fattori di disgregazione dell'ordinamento all'interno del quale pretendono non solo di insinuarsi, ma, anche, di imporsi.

Regna sovrana, in quest'ottica, la paura di subire l'irrimediabile dispersione delle tradizioni sociali, culturali e storiche che connotano un popolo di fronte alla minaccia dell'invasione dei (dis)valori dello straniero.

Promuovendo in un'ottica inclusiva lo spirito di fondo che anima il costituzionalismo moderno, un sistema sociale evoluto, che si dimostri permeabile a tradizioni proprie di modelli culturali ed ideologici differenziati, si pone di fronte, quindi, ad una sfida tanto affascinante quanto complessa.

Si supera, per tale via, la concezione etnocentrica del diritto¹⁸⁴, ovvero l'impiego dell'unità linguistico-culturale nazionale¹⁸⁵ quale princi-

¹⁸² «L'era del multiculturalismo, caratterizzata dalla presenza nello stesso ambito territoriale di diversità di culture, credenze e pratiche religiose, costumi, convenzioni sociali, che costituiscono il bagaglio che lo straniero porta con sé dal Paese d'origine, ha imposto un ripensamento non soltanto della nozione classica di cittadinanza, basato sul concetto di appartenenza ed identità, concetti che, per il fatto di presupporre un bagaglio culturale comune, stentano a radicarsi nell'era della globalizzazione, ma anche della tradizionale nozione di comunità, da intendersi oramai in senso più ampio, come “comunità di diritti e doveri che accoglie ed accomuna tutti coloro che (...) ricevono diritti e restituiscono doveri”, prescindendo dal vincolo della cittadinanza». Così M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in www.federalismi.it, 15.

¹⁸³ Sul punto v. V. TOZZI, *Società multi-culturale*, cit., 130 ss.

¹⁸⁴ In tema di correlazione tra ordinamenti giuridici e tradizioni culturali v., *ex multis*: N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 01, 1 ss.

¹⁸⁵ Invero, per cultura può intendersi il “patrimonio intellettuale e materiale, quasi sempre eterogeneo ma a volte relativamente integrato (...), in complesso durevole ma soggetto a continue trasformazioni (...) prodottosi e sviluppatosi per intero attraverso il lavoro e l'interazione sociale, trasmesso ed ereditato per la maggior parte dalle generazioni passate, anche di altre società, e soltanto in piccola parte prodotto originalmente o

pale fattore di legittimazione dell’unità politica dello Stato e quale strumento di identificazione individuale e collettiva dell’elemento personale dell’ordinamento¹⁸⁶, in favore di un approccio multiculturale¹⁸⁷ dello “Stato declinato al plurale”¹⁸⁸ in cui l’idea di nazione e lo stesso

modificato dalle generazioni viventi, che i membri di una determinata società condividono in varia misura o alle cui varie parti possono accedere o di cui possono appropriarsi sotto certe condizioni”. Così L. GALLINO, *Cultura* (voce), in ID. (a cura di), *Dizionario di Sociologia*, Torino, 2006, 185.

¹⁸⁶ Per una disamina dell’approccio ristretto cui, ordinariamente, è abituata la società odierna in merito alla valorizzazione delle tradizioni culturali tipiche di comunità differenti, v. F. BELVISI, *I diritti fondamentali nella società multiculturale*, in *Dir. e Soc.*, 1/2012, 3, secondo il quale “noi conferiamo alla nostra cultura un significato esistenziale, mentre, troppo spesso, non siamo disposti ad attribuire lo stesso significato alla cultura degli altri”.

¹⁸⁷ Per una disamina del complesso di problematiche riconducibili alla presenza, all’interno delle omogeneità nazionali e sociali, di differenze culturali di cui sono portatori gli immigrati di diverse etnie e religioni, v., *ex plurimis*: M. D’ADDETTA, *The practice of the regional human rights bodies on the protection of indigenous people’s right to culture*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2014, 05, 587 ss.; S. COGLIEVINA, *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 03, 375 ss.; C. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 03, 1088 ss.; F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 01, 149 ss.; ID., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 04, 1296 ss.; F. POMPEO, *Multiculturalismo: società di tutti o di ciascuno?*, in ID. (a cura di), *La società di tutti: multiculturalismo e politiche dell’identità*, Roma, 2007, 9 ss.; C. GALLI, *Multiculturalismo: ideologie e sfide*, Bologna, 2006, 81 ss.; F. DEI, *Multiculturalismo senza culture?*, in A. NESTI (a cura di), *Multiculturalismo e pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*, Firenze, 2006, 37 ss.; C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento*, Milano, 2005, 9 ss.; A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 2-3, 485 ss.; G. PIOMELLI, *Il matrimonio tra cattolici e musulmani: fra multiculturalismo, ecumenismo e normativa canonica*, in *Dir. eccl.*, 2002, 02, 731 ss.; F. BELVISI, *Diritti e giustizia*, cit., 435 ss.; F. ERAMO, *La devianza minorile nella società multi-etnica e multiculturale*, in *Dir. famiglia*, 2001, 04, 1769 ss.; P. PALERMO, *Parità coniugale*, cit., 1866 ss.

¹⁸⁸ Sul punto v. L. ORNAGHI, *Stato* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV vol., Torino, 1999, 37 s. Auspica che il pluralismo divenga “una sorta di logica vera della conviven-

nazionalismo¹⁸⁹, inteso nelle sue possibili, diverse accezioni¹⁹⁰, sono destinati perdere rilevanza in vista del riconoscimento della titolarità in capo a ciascuno di diritti inalienabili ed universali¹⁹¹ e ciò indipendentemente dal colore della pelle, dalle origini etniche, dalla lingua parlata, ovvero dal credo religioso professato¹⁹².

In questa direzione, matura

l'identificazione dei diritti culturali come profilo essenziale dei diritti fondamentali dell'uomo e la conseguente possibilità di garantire il plu-

za non come costrizione ma come riconoscimento di un valore che va poi interpretato e che deve a questo punto collocarsi in situazioni e geografie le più disparate”, E. RAIMONDI, *Letteratura e identità nazionale*, Milano, 1998, 216 s.

¹⁸⁹ Invero, “il nazionalismo costituisce un formidabile fattore di integrazione delle masse nello Stato, quale fonte di «potere assoluto» sia che per nazione si intenda un fattore soggettivo di identità culturale, nell'ambito del quale prevale l'elemento identitario individuale, volontaristico, sia che per nazione si intenda una tradizione culturale comune ed oggettiva, forgiata dalla storia”. Così P. CARROZZA, *Nazione*, cit., 143. Secondo A.D. SMITH, *Le origini culturali delle nazioni*, Bologna, 2010, 256, “fuori dai suoi ambienti storici originari, il nazionalismo si è prestato a ogni sorta di mobilitazione e legittimazione popolare in tutti i continenti, e probabilmente continuerà a farlo finché il bisogno di identità culturale sarà unito alla ricerca della sovranità popolare”.

¹⁹⁰ “A differenza che in situazioni culturali quali quella inglese e quella tedesca, in cui *Nationalism* o *Nationalismus* sono termini neutri, che valgono a designare qualsiasi modo di concepire la nazione, tanto da costringere a far ricorso agli aggettivi per qualificare i diversi indirizzi contrapposti, in Italia, come del resto in Francia, Nazionalismo sta a significare solo uno dei modi possibili di intendere la nazione, uno dei tanti atteggiamenti politici che si possono assumere di fronte ad essa, uno dei diversi tentativi di teorizzazione”. Così A. AGNELLI, *L'idea di nazione all'inizio e nei momenti di crisi del secolo XX*, in G. SPADOLINI (a cura di), *Nazione e nazionalità in Italia*, Roma, 1994, 15 s.

¹⁹¹ Circa il tema delle istanze di tutela improntate su valori universali, pur a fronte della diversità di culture e/o identità, v., *ex multis*: J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit., 9 ss.

¹⁹² Sul punto, v., *ex multis*: E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV vol., Torino, 1999, 156 ss.; P. CARROZZA, *Nazione*, cit., 128 s. Per una disamina degli strumenti di diritto internazionale apprestati in favore dei “non-cittadini” nei termini di imposizione di obblighi di tutela in capo ai singoli Stati sovrani v. B. NASCIBENE, *Straniero nel diritto internazionale* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, X vol., Torino, 1995, 179 ss.

ralismo ideologico-culturale attraverso gli strumenti e le tecniche proprie dei diritti fondamentali¹⁹³.

Ciò, nel quadro di una *costituzione culturale*, ovvero della costruzione di valori culturali universali¹⁹⁴, meritevoli di assurgere a libertà inalienabili dell’individuo, a prescindere ed al di là dell’etnocentrismo giuridico ed assiologico¹⁹⁵ proprio di un determinato popolo¹⁹⁶, le cui tradizioni postulano l’appartenenza ad una comune nazione¹⁹⁷, con conseguente negazione di ogni forma di discriminazione frutto di non più tollerabili manifestazioni di esacerbate e settarie ideologie nazionaliste¹⁹⁸.

Per tale via, si osserva, i principi che permeano un ordinamento democratico non si traducono solamente in una fonte di diritti ed ausilio garantistico di libertà¹⁹⁹, ma richiedono ai componenti della comunità associata, legati allo Stato dal vincolo della cittadinanza, l’adempimento dei doveri inderogabili e qualificanti derivanti dal loro *status civitatis* i quali, però, non possono più essere ristretti entro una cornice “autore-

¹⁹³ Così P. CARROZZA, *Nazione*, cit., 150.

¹⁹⁴ Per una disamina della nozione di cultura, spesso associata al concetto di identità, v. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale*, cit., 1030 ss.

¹⁹⁵ Per un approfondimento dei rischi per la stabilità delle relazioni internazionali tra Stati sovrani correlati “al tentativo di costruire lo spazio politico della nazione attraverso la natura e la razza, piuttosto che sulla volontà dei popoli e l’eredità della storia”, v. A. CAMPI, *Nazione*, Bologna, 2004, 155 ss.

¹⁹⁶ Per un’esemplificazione delle difficoltà correlate al processo di integrazione sociale degli immigrati in seno a comunità nazionali fortemente legate alle proprie tradizioni d’origine v. M. WALZER, *Sulla tolleranza*, Roma, 2003, 53 ss.

¹⁹⁷ In merito alle difficoltà di carattere esegetico relative alla perimetrazione assiologica del concetto di nazione v. E. RENAN, *Che cos’è una nazione?*, Roma, 1993, 3 ss., per il quale, in particolare, la nazione “è un’idea chiara in apparenza, ma facile ad essere gravemente fraintesa”.

¹⁹⁸ In merito v. P. CARROZZA, *Nazione*, cit., 150 ss. Secondo A. CAMPI, *Introduzione*, in A.D. SMITH, *La nazione*, cit., 3, “il nazionalismo rappresenta una forza vincolante o integrante in grado di soddisfare il bisogno dell’individuo di appartenere a una comunità. Rispetto ad altre forme di integrazione sociale, esso implica una particolare disposizione al sacrificio personale e una dedizione verso una causa e un obiettivo ritenuti superiori”.

¹⁹⁹ Cfr. Corte costituzionale, 24.05.1985, n. 164.

ferenziale”, bensì vanno apprezzati secondo una prospettiva inclusiva delle istanze di tutela e dei bisogni propri degli stranieri (innanzitutto, regolarmente) soggiornanti all’interno del territorio dello Stato²⁰⁰.

In questa direzione, la solidarietà assume a valore universale, principio cardine della convivenza sociale,

collante valoriale dei principi fondamentali e lega tra di loro in un’unica trama i principi democratico, personalista, pluralista, lavorista e distingue la connotazione fortemente democratica delle costituzioni rispetto all’individualismo liberale²⁰¹.

La natura solidarista dei valori di fondo cui si ispira il sistema giuridico²⁰², però, va certamente commisurata rispetto alla necessità di modulare gli interventi programmati in favore dei “non cittadini” in ossequio ad un approccio che non sia frutto di benevole ed ingenua utopia, ma che divenga espressione di ponderato e concreto impegno profuso nella direzione di effettiva promozione dei diritti dello straniero in un contesto di civiltà giuridica che, ancorché naturalmente incentrata sui principi di tolleranza e condivisione, consenta all’ordinamento di preservare la sua più intima consistenza assiologica e, per l’effetto, di man-

²⁰⁰ In merito, “non si può pensare che l’intervento pubblico oggi possa esaurire l’insieme delle azioni socialmente necessarie, ed il richiamo alla solidarietà presente nella Costituzione chiama anche i cittadini alla realizzazione del programma costituzionale. La presa di coscienza dell’impossibilità per i soggetti pubblici di soddisfare pienamente le esigenze sociali determina dei limiti per l’azione pubblica e l’espansione del principio di solidarietà agli interventi dei privati. Si crea così un’articolata rete di legami sociali collegati dal principio di solidarietà”. Così A. LAZZARO, *Enti territoriali, immigrazione*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 262.

²⁰¹ Così e per un approfondimento v. A. LAZZARO, *Enti territoriali, immigrazione*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 261 ss.

²⁰² Invero, “il principio di solidarietà per il modo in cui compare nella Costituzione italiana, viene specificato come un insieme di doveri, e questi sono declinati con riferimento alla politica, all’economia, alla socialità. Un principio aperto che si colloca in un contesto sociale e culturale ampio in continua evoluzione, che travalica confini nazionali e si dirige ad una comunità che va costruita attraverso il diritto e i suoi principi”. Così A. LAZZARO, *Enti territoriali, immigrazione*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 260.

tenere saldi i tratti caratteristici dell’identità nazionale di un popolo, espressione di una data comunità politica, all’interno di una società (realmente) multiculturale²⁰³.

²⁰³ Circa il percorso intrapreso in merito all’esigenza dell’affermazione di un più intenso livello di inclusione dei migranti all’interno dello Stato “ospite”, nascente dalla condivisione di valori comuni per la fondazione di una società multiculturale e multi-etnica, mediante la sottoscrizione di un’apposita “carta dei valori” o “contratto di integrazione”, v. A.M. CITRIGNO, *Le giustificazioni della diversità*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 133 ss.; V. PRUDENTE, *L’integrazione dello straniero*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica*, cit., 279 s. Sulla natura della Carta dei valori e dell’accordo di integrazione v., *ex plurimis*: M.C. LOCCHI, *L’accordo di integrazione tra lo Stato e lo straniero (art. 4-bis T.U. sull’Immigrazione n. 286/98) alla luce dell’analisi comparata e della critica al modello europeo di “integrazione forzata”*, n. 2/2012, in www.rivistaaic.it; C. CARDIA, *Carta dei valori, dialogo tra culture*, n. 2/2008, in *federalismi.it*.

DISEGUAGLIANZE E PROSPETTIVE DI CITTADINANZA. MULTICULTURALISMO E INTEGRAZIONE FRA PRINCIPI COSTITUZIONALI E MISURE AMMINISTRATIVE

Francesco Rota

SOMMARIO: 1. *L'agenda europea sulla migrazione.* 2. *Le coordinate dell'integrazione.* 3. *La scelta operata nella Costituzione.* 4. *Multiculturalismo e valori costituzionali.* 5. *Rimeditare la cittadinanza?* 6. *La gestione dei processi di integrazione.* 7. *L'integrazione tra dinamiche ordinarie e ipotesi di eccezionalità.*

1. L'agenda europea sulla migrazione

L'approccio europeo alle migrazioni mira a contenere l'immigrazione irregolare e a responsabilizzare i paesi frontalieri ma, considera anche necessaria la realizzazione di “una forte politica comune di asilo e una nuova politica europea di migrazione legale”¹.

Questo approccio impone, indubbiamente, una coerenza fra le attività poste in essere in diversi settori quali la cooperazione allo sviluppo, gli scambi commerciali, l'occupazione, gli affari esteri e gli affari interni.

L'Agenda europea sulla migrazione assume come punto di partenza i limiti della politica europea in materia di migrazione e sottolinea che il suo successo richiede efficaci politiche di integrazione². Poiché le

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Bruxelles, 13.05.2015 COM(2015) 240 final.

² S. AMADEO, *Immigrazione nel mediterraneo: l'agenda europea*, in *www.treccani.it*, 2016, sottolinea che è la stessa agenda a prendere le mosse dalla considerazione che «la politica europea comune in materia non si è rivelata all'altezza», e della necessità di un approccio “comunitario” alla gestione della crisi.

politiche d'integrazione sono in primo luogo competenza degli Stati membri, l'Unione europea interviene favorendo le iniziative che favoriscono la promozione dell'integrazione e della fiducia reciproca³.

L'Agenda auspica l'affermazione di un quadro chiaro e ben attuato delle vie di accesso legali all'UE con la costruzione di efficienti sistemi di asilo e dei visti che contribuiscano a ridurre i fattori che spingono all'ingresso e al soggiorno irregolari e incidano positivamente sulla sicurezza delle frontiere europee e dei flussi migratori.

L'Agenda mira inoltre a offrire protezione a coloro che ne hanno bisogno e aiuto a integrarsi nelle nuove comunità ai migranti ammessi legalmente negli Stati membri⁴.

Allo stesso tempo però, dall'Agenda emerge la consapevolezza dell'importanza di un'azione efficace nei confronti di quei migranti che non soddisfano i criteri per restare.

I migranti in stato d'irregolarità rappresentano un serio problema e le situazioni d'irregolarità finiscono con il rappresentare un ostacolo alla stessa integrazione dei migranti che vivono di diritto nell'UE poiché compromettono gravemente la fiducia nel sistema e offrono argomenti a coloro che cercano di criticare o stigmatizzare la migrazione⁵.

³ In questa prospettiva è stato stabilito ad esempio che, oltre finanziamenti provenienti dal Fondo Asilo, migrazione e integrazione (AMIF), per il periodo di programmazione 2014-2020 almeno il 20% delle risorse del FSE sarà speso a favore dell'inclusione sociale, settore che comprende misure per l'integrazione dei migranti.

⁴ La Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Bruxelles, 13.5.2015 COM(2015) 240 final, afferma espressamente «i migranti ammessi legalmente dagli Stati membri non dovrebbero essere accolti con riluttanza e ostruzionismo, dovrebbero invece ricevere ogni aiuto a integrarsi nelle nuove comunità. Un valore che è al centro dei valori di cui i cittadini europei devono andare fieri e che dovrebbero proiettare sui partner del mondo intero».

⁵ L'irregolarità dei migranti è connessa peraltro a dinamiche diverse fra loro e può avere cause diverse: richiedenti asilo che non ottengono il permesso di soggiorno e che tentano di evitare il rimpatrio, soggiornanti fuori termine, migranti in permanente stato di irregolarità pongono problemi parzialmente diversi. Per una considerazione dell'atteggiamento dei diversi Stati nel contesto europeo in relazione ai diversi tipi di irregolarità che sono chiamati ad affrontare si veda G. MORGESE, *Luci ed ombre delle nuove iniziative europee in materia di asilo*, in *Sud in Europa*, settembre 2015, 13.

Alla luce di quanto affermato sorge il dubbio che l'Agenda consideri l'integrazione come qualcosa che riguarda esclusivamente i migranti in stato di regolarità e non i migranti irregolari.

Il rilievo del dubbio appena manifestato è evidente non solo poiché il problema che pone incide sulla vita di un gran numero di persone presenti sul nostro territorio ma anche perché la sua soluzione incide e condiziona le prospettive d'integrazione e di allontanamento/rimpatrio⁶.

L'agenda mira alla realizzazione di una politica migratoria dell'Unione equa, solida e realistica e individua alcuni livelli di azione per consentire all'Unione europea di realizzare una politica migratoria che rispetti il diritto di chiedere asilo, raccolga la sfida umanitaria, inquadri in un contesto europeo chiaro una politica comune in materia di migrazione e resista alla prova del tempo⁷. In realtà la dimensione politica globale del fenomeno migratorio ha richiesto la previsione di un'azione complessa che, anche a causa del limitato quadro di competenze europee in materia, pone dei dubbi sull'impatto effettivo delle misure introdotte⁸.

⁶ Problemi di prospettiva si pongono concretamente in presenza di misure di rimpatrio non sufficientemente efficienti poiché rischia di creare fasce di soggetti dalla difficile integrazione e che possono nel tempo costituire fattore di resistenza alla integrazione. Il problema coinvolge peraltro anche la considerazione dei diritti dell'uomo.

⁷ I livelli di azione previsti dall'Agenda sono: ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare; gestire le frontiere: salvare vite umane e rendere sicure le frontiere esterne; onorare il dovere morale di proteggere attraverso una politica comune europea di asilo forte; una nuova politica di migrazione legale. Per un quadro completo delle misure e delle proposte presentate dalla Commissione in attuazione dell'Agenda si veda in www.ec.europa.eu.

⁸ S. AMADEO, *op. cit.*, sottolinea la temporaneità e l'emergenzialità delle soluzioni più innovative proposte dall'agenda e individua un ulteriore limite dell'agenda nel mancato superamento della «logica “unilaterale” e “intergovernativa” che ispira il sistema di Dublino» da parte degli strumenti previsti dall'Agenda per la redistribuzione dei richiedenti asilo fra Stati membri. Il sistema di Dublino trae origine dalla Convenzione firmata a Dublino il 15.06.1990 ed è stato introdotto con Reg. (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18.02.2003 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo; reg. (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26.06.2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione

Nella prospettiva qui seguita è di particolare interesse che l'Agenda riveli la consapevolezza della necessità per l'UE di un sistema chiaro di accoglienza dei richiedenti asilo al suo interno. La frammentazione del sistema di asilo allo stato attuale comporta, nonostante le norme comuni che dovrebbero costituire la base per una fiducia tra gli Stati membri, prassi differenziate nei diversi paesi membri con ricadute fortemente negative sia sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri, sia sull'opinione pubblica dell'UE perché incoraggia una percezione di fondamentale iniquità del sistema attuale⁹.

In realtà l'integrazione è connessa anche alla programmazione degli accessi e alla qualificazione dei migranti che incide a sua volta sulle dinamiche economiche dell'integrazione¹⁰. In questa prospettiva, anche se gli Stati membri continuano a decidere quanti cittadini di paesi terzi ammettere, resta fondamentale il ruolo dei programmi europei per la capacità di attrazione di migranti qualificati¹¹.

internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione). Cfr. sul punto anche G. MORGESE, *op. cit.*, 14, che evidenzia l'atteggiamento dei diversi stati membri e le prospettive di solidarietà nei rapporti tra gli stati europei e con i migranti.

⁹ La frammentazione del sistema di asilo comporta peraltro una concentrazione delle richieste nei confronti dei paesi considerati "accoglisti", generando ulteriori problemi. S. AMADEO, *op. cit.*, evidenzia che la crisi migratoria rischia di cristallizzare soluzioni di carattere precario che potrebbero però comunque contribuire ad «attenuare la "crisi di mutua fiducia" fra Stati membri che, allo stato attuale, impedisce riforme di ampio respiro».

¹⁰ Il profilo dell'accesso degli stranieri "economicamente utile" per i paesi ospitanti che è, si badi, anche quello rispetto al quale si pongono minori problemi di integrazione poiché si parla di stranieri regolari con elevate probabilità di inserimento lavorativo. Restano comunque da risolvere importanti problemi come quello del riconoscimento del titolo di studio. L'Unione ha cercato di favorire gli ingressi di lavoratori qualificati anche con la direttiva "Carta blu" che ha introdotto un particolare tipo di permesso di soggiorno, che viene rilasciato dal questore allo straniero altamente qualificato. La carta blu nei primi anni di vigenza non si è però mostrata una misura efficace e si sta cercando di ripensarla per consentirle di attrarre talenti in Europa.

¹¹ Si pensi ad esempio all'impatto di programmi europei quali Horizont 2020 e Erasmus+.

L'Agenda si muove tra azioni emergenziali e misure di medio e lungo periodo attraverso una serie di misure settoriali integrate per la realizzazione di interventi interdipendenti¹².

Sembra chiara la spinta dell'ordinamento europeo verso l'integrazione. È necessario però capire anche qual è l'impostazione dell'ordinamento nazionale sul tema e quali sono i limiti e le modalità di integrazione.

2. *Le coordinate dell'integrazione*

L'Italia si è trasformata in pochi anni da paese di emigrazione in paese di immigrazione ed ha dovuto adeguare la propria legislazione a questa nuova condizione.

L'adeguamento è avvenuto a livello di normativa primaria ma non con interventi diretti del legislatore costituzionale. Il livello costituzionale ha cercato di dare risposte concrete alle nuove esigenze grazie all'opera della Corte costituzionale e, in qualche misura, attraverso lo sviluppo del diritto internazionale¹³.

Le dinamiche di differenziazione dei diritti ruotano innanzitutto alla cittadinanza che, benché nata come fattore di uguaglianza, diventa valore giuridico dell'individuo rispetto all'organizzazione politica e diventa presupposto di differenziazione che, dopo la seconda guerra mondiale,

¹² L'Agenda richiede il contributo coeso di tutti gli attori coinvolti e utilizza tutti gli strumenti di diritto dell'immigrazione a disposizione (europei o nazionali, di tipo convenzionale o autonomo), ivi compresa l'inclusione della politica migratoria fra le componenti delle altre politiche dell'Unione. In questo senso cfr. ancora S. AMADEO, *op. cit.*

¹³ V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, 3 e ss., guardando alla vicenda del voto degli italiani all'estero e alla l. n. 91 del '92 che ha reso più difficile l'acquisto della cittadinanza da parte degli stranieri, afferma che il nostro legislatore ha preferito guardare indietro agli italiani residenti all'estero senza preoccuparsi di dare in qualche misura voce agli stranieri presenti nel nostro paese in modo stabile.

troverà un limite, circoscritto ai diritti umani, nelle carte internazionali dei diritti e nella loro impostazione universalistica¹⁴.

Sulla scorta delle carte internazionali dei diritti, la Corte costituzionale ha da tempo affermato che, anche se l'art. 3 primo comma è espressamente riferito ai cittadini, il principio di uguaglianza vale anche per lo straniero quando si tratti di rispettare i diritti fondamentali dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.¹⁵. Certo, l'applicazione del principio di uguaglianza allo straniero non esclude la possibilità di trattamenti differenziati tra cittadini e stranieri che trovano il loro presupposto, nei limiti elastici della ragionevolezza, in virtù delle differenze di fatto tra cittadini e non cittadini. La cittadinanza si conferma dunque un fattore di differenziazione e la ragionevolezza diventa misura della differenziazione possibile¹⁶. Se, come pare vero, il primo fattore di integrazione è l'uguaglianza sostanziale, oltre che formale, si rischia di entrare però in un circolo vizioso: l'uguaglianza, fattore di integrazione, richiede la cittadinanza che, in qualche modo, sembra presupporre l'avvenuta integrazione¹⁷. In realtà la soluzione dipende dalla risposta che si intende dare ad un'altra domanda. L'interrogativo di fondo sembra essere se una persona deve essere integrata in quanto tale o perché aderisce a valori compatibili con quelli della collettività in cui aspira ad essere inclusa ed apre il tema delle differenze costituzionali¹⁸. Sono infatti le diffe-

¹⁴ In questo senso cfr. ancora V. ONIDA, *op. cit.*, 9 e ss. Si consideri inoltre che la stessa categoria residuale del "non-cittadino" è fortemente differenziata al proprio interno. Sul punto cfr. L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni: una premessa*, in L. RONCHETTI (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, Milano, 2014, 12.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 120 del 1967.

¹⁶ In questo senso cfr. ancora V. ONIDA, *op. cit.*, 8 e ss., che sottolinea anche come, storicamente, le differenze di fatto abbiano sempre costituito una delle basi per la giustificazione dell'applicazione di regimi giuridici differenziati.

¹⁷ Cfr. sul punto F. FRACCHIA, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, in *Nuove Autonomie*, 2-3, 2013, 235, che sottolinea come «l'allargamento dell'area dei diritti, anche di quelli fondamentali, non risolve completamente il problema dell'immigrazione: essere titolari di tali diritti, pur giustiziabili, non significa avere la garanzia della inclusione nel pieno significato del termine».

¹⁸ L'interrogativo viene posto anche da F. FRACCHIA, *op. cit.*, 229 ss., che sottolinea la delicatezza della questione in considerazione del fatto che, all'esito del processo di integrazione, «le persone potrebbero essere chiamate a svolgere attività di interesse

renze culturali a testare i limiti della tolleranza dei sistemi costituzionali. La cultura può essere inclusiva o può divenire fonte di esclusione: per comprenderlo è sufficiente riflettere sulle identità culturali¹⁹.

Il tema dell'inclusione sociale, declinato nella prospettiva del multiculturalismo, genera infatti fenomeni di resilienza: da un lato, si trova l'immigrato, ancorato alla propria cultura e resiliente rispetto al cambiamento costituito dalla condivisione di valori per lui nuovi ma più o meno ampiamente condivisi nel paese in cui si trova; dall'altro lato, si trova il cittadino, ancorato alla propria cultura e resiliente rispetto al cambiamento costituito dalla accettazione nei propri sistemi giuridici di valori provenienti da altre culture. L'incontro rischia di diventare scontro quando, come a volte capita, i valori in gioco possono essere non solo diversi ma addirittura confliggenti.

È possibile allora leggere il contrasto in termini di «capacità dei valori costituzionali, intesa come capacità di provocare adesione»²⁰.

Certo, l'alterità non si deve trasformare in subalternità ma le differenze culturali esistenti fra la cultura giuridica e religiosa europea e la cultura giuridica e religiosa di alcuni migranti possono generare per i sistemi giuridici europei problemi di tutela dei valori costituzionali e spingono verso l'individuazione dei limiti all'integrazione culturale e all'inclusione sociale. Del resto, la logica dei confini risponde prevalentemente a esigenze di salvaguardia culturale storicamente legata alla prospettiva dello Stato-nazione²¹.

generale, ad esempio nella scuola o nella sanità, ove vengono in rilievo situazioni critiche che implicano scelte valoriali».

¹⁹ Sembrano illuminanti sul punto le osservazioni di A. MAALOUF, *L'identità*, Milano, 2009.

²⁰ V. BALDINI, *Lo stato multiculturale e il mito della Costituzione per valori*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, 2011.

²¹ L. RONCHETTI, *op. cit.*, 13, afferma la difficoltà «di non confondere l'«alterità» con la «subalternità»».

3. La scelta operata nella Costituzione

È stato sostenuto che sovente si parli di differenze culturali per nascondere nuovi razzismi. Potremmo forse inquadrare la resistenza culturale del cittadino, della comunità che accoglie il diverso, a difesa dei valori costituzionali come un problema di ritorno (forte) dell'ordine pubblico inteso in senso ideale. Del resto la giurisprudenza della Corte costituzionale lascia sovente trasparire la presenza nell'ordine pubblico di contenuti legati all'art. 139 Cost. e alla non modificabilità dell'ordinamento.

Il multiculturalismo viene in realtà visto secondo prospettive diverse: in modo radicale, affermando l'impossibilità di giudicare la bontà di una cultura e la necessità di tutelare tutte le culture o, in modo moderato, sostenendo la possibilità di valutare le culture e i gruppi²².

A ben guardare la Costituzione contempla espressamente tale ipotesi e la disciplina con l'art. 139 Cost. che traccia la linea di demarcazione tra percorsi di modifica della Costituzione che si inseriscono nell'alveo della Costituzione stessa e percorsi rivoluzionari che inciderebbero sulla sua stessa esistenza.

In questo senso potremmo dire che l'art. 139 Cost. rappresenta la misura della resilienza della Costituzione: traccia la linea di accettabilità e di accoglibilità di nuovi valori consentita dalla Carta e la soglia che consente alla Costituzione di cambiare restando, tutto sommato, nel tempo fedele al suo spirito originario; la sua capacità di resistere a cambiamenti che contrastano con i valori fondanti che afferma²³.

Sembra potersi affermare che la Costituzione, adottando un proprio sistema valoriale e sancendo la non modificabilità di alcuni punti fermi

²² Per una più accurata ma sintetica lettura delle diverse posizioni cfr. F. BELVISI, *I lati oscuri di un abbaglio. Ovvero: società multiculturali, costituzione e diritto*, in U. MELOTTI (a cura di), *L'abbaglio multiculturali*, Roma, 2000.

²³ Si ricordino le osservazioni fatte in merito all'unità delle democrazie pluralistiche avanzate in modo più marcato da Carl Schmitt e, soprattutto, a quelle, più moderate e costruttive che invitano a rimeditare i meccanismi di integrazione che tengono insieme le società pluraliste come ad esempio nelle letture di Rudolf Smend. Cfr. sul punto anche M. LUCIANI, *La partecipazione politica dei migranti*, in L. RONCHETTI (a cura di), *op. cit.*, 77 e ss.

di siffatto sistema, si muova nella prospettiva di un multiculturalismo moderato: i valori delle diverse culture devono essere visti in relazione alla compatibilità, conciliabilità, accoglibilità nella/con la Costituzione. Al di fuori di queste ipotesi e nel quadro del multiculturalismo radicale la prospettiva rischia di diventare rivoluzionaria.

Certo, la situazione attuale richiama alla mente le parole di Zagrebelsky che, sinteticamente, ricorda che la democrazia è una tra le forme della politica e la politica è la sostanza della democrazia, mettendo in guardia dall'assenza della sostanza²⁴.

Si apre in questo senso una duplice prospettiva: da un lato i diritti, la sostanza della politica; dall'altro la democrazia e le forme della politica. I due piani si intersecano ed interagiscono nella continua relazione tra organizzazione e funzione. La diversità culturale porta con sé potenzialmente minacce ad entrambi i piani. I limiti alla modificabilità dei due aspetti sembrano camminare di pari passo nell'indicata logica del 139 Cost.

Inevitabilmente, nell'ottica dell'integrazione, il problema si sposta sull'acquisizione della cittadinanza e sul contenuto e sul soggetto della sovranità.

4. *Multiculturalismo e valori costituzionali*

La considerazione del sistema costituzionale come sistema di valori da condividere appare connessa a una visione identitaria anche se non etnocentrica. È possibile affermarne la compatibilità con un approccio multiculturale? Sicuramente sì, purché si ragioni sul senso della democrazia intendendola come «possibilità di creare momenti “non eroici” di distruzione delle oligarchie»²⁵.

Restando nell'alveo tracciato dalla riflessione di Zagrebelsky e considerando che la Costituzione detta forme e contenuti, sembra possibile affermare che, mentre per i contenuti e la loro variazione vale quanto affermato poc'anzi, la forma sancita dalla Costituzione, la democrazia,

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *Contro la dittatura del presente*, Roma-Bari, 2014, 24.

²⁵ Così, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 51 e ss.

consente rivoluzioni pacifiche, a volte silenziose e, in questo senso apre una possibilità per il multiculturalismo spinto.

Peraltro si ha a volte l'impressione che la percezione di un processo come rivoluzionario sia a volte connessa in qualche misura anche ai tempi della sua realizzazione che, se troppo rapidi, impediscono di percepire quel processo come la naturale evoluzione dell'ordinamento.

Non bisogna però confondere i piani perché da un punto di vista giuridico la forma di un evento rivoluzionario non ne cambia la sostanza: secondo la prospettiva del sistema costituzionale una rivoluzione è sempre una rivoluzione; sia che sia causata da un processo violento, sia che sia il prodotto di un processo pacifico e condiviso o, finanche, silenzioso.

La possibilità offerta dalla democrazia di poter cambiare senza che siano necessari eroismi, può essere messa in pericolo dalle modalità di acquisizione della cittadinanza e dalla ampiezza della cittadinanza. Quanto più la cittadinanza è limitata tanto più rischiano di concretizzarsi situazioni che mettono a rischio la funzionalità stessa di quello che forse dovrebbe essere considerato uno degli elementi più marcatamente a favore della democrazia stessa come sistema, fino a poter giungere, in casi estremi, a mettere in dubbio la reale democraticità di sistemi che escludono dalle scelte politiche quote importanti delle persone che soggiacciono ai pubblici poteri. Non sfugge l'importanza del pluralismo dei canali attraverso cui si può esercitare la sovranità popolare, anche indipendentemente dalle scelte elettorali²⁶, ma non viene meno il valore del voto come strumento di espressione della sovranità popolare.

Quanto affermato deve forse spingerci a rimeditare sul significato della Carta costituzionale, sui suoi valori di fondo e a rispettarne realmente lo spirito anche in considerazione del fatto che la società multiculturale, da un punto di vista descrittivo, «è una realtà che pure qui da noi si va profilando»²⁷.

Sembra anche opportuno ricordare che i processi rivoluzionari sono ancorati all'esercizio del potere costituente che si configura come un

²⁶ M. AINIS, *Il popolo bambino*, in *Quad. Cost.*, 2003, 835 e ss.

²⁷ Così, F. BELVISI, *op. cit.*

come potere originario appartenente al popolo e che è un *prius* rispetto alla cittadinanza.

5. Rimeditare la cittadinanza?

È opportuno rimeditare la cittadinanza, non semplicemente per ridisegnarne i confini introducendo ipotesi di cittadinanza amministrativa, ma per comprenderne a fondo il significato e il valore nel disegno generale dei Padri costituenti? È necessario ripensare la cittadinanza per accogliere il diverso in termini culturali e valoriali? Certo, il rischio che si corre è alto perché le scelte fatte, in un senso o nell'altro si ripercuotono immediatamente e direttamente sulla accoglibilità o meno di persone e rischiano di trasformarsi nel rifiuto di qualcosa di diverso da una semplice cultura.

Il percorso di rimeditazione della cittadinanza è già stato avviato, la dottrina²⁸, seguita da una parte della giurisprudenza, partendo dalla inadeguatezza della dinamica tradizionale della cittadinanza e traendo le dovute conseguenze dall'affrancamento della prospettiva hobbesiana costituita dal ribaltamento della sovranità dal principe al cittadino, ha già iniziato a meditare su un'idea di cittadinanza ed ha risposto alla domanda "chi è un cittadino?" partendo dall'art. 4, comma 2 della Costituzione. Cittadino è, nella menzionata prospettiva,

chi sente di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società cui appartiene, nella quale vive, con la quale condivide parte del destino. Non la mera appartenenza ad un'organizzazione sociale, e nemmeno ad una comunità, dunque, è in grado, in sé, di determinare esclusivamente i fondamenti sui quali costruire i presupposti della cittadinanza²⁹.

²⁸ P. FORTE, *Appunti per una base costituzionale della cittadinanza*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.it, 2008; E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, 229.

²⁹ Così, P. FORTE, *op. cit.*

Questa prospettiva costituzionale, ove accolta, consente di ridimensionare la visione tradizionale della cittadinanza e di valorizzare l'effettiva e concreta dimostrazione di avvertire le responsabilità del cittadino sovrano, e dunque voler adempiere ai doveri di cui al 4, comma 2 in funzione delle responsabilità da cui derivano.

Quanto affermato porta ad accettare una graduazione nei diritti riconosciuti agli stranieri e alle condizioni di cittadinanza differenziate secondo il canone sancito nell'art. 4, comma 2, consentendo anche di favorire una integrazione ed un interscambio culturale che potrebbe avere un'importanza fondamentale anche per la tenuta nel tempo in una società sempre più multiculturale del sistema valoriale di fondo sancito dalla Costituzione.

Si potrebbe giungere a dire che la normativa attuale non risponde adeguatamente al sistema costituzionale nel momento in cui non considera l'atteggiamento e la funzione che il singolo soggetto ha/svolge rispetto alla società. Probabilmente la prima cosa da valorizzare è lo svolgimento di compiti che non comportino esercizio di sovranità. Resta però complesso costruire strumenti che consentano di valutare lo svolgimento di siffatti compiti ed anche alcuni tentativi fatti in dottrina (si pensi ad esempio alla valorizzazione del lavoro) risultano alquanto deboli³⁰.

L'integrazione resta però un percorso ed è un percorso che deve essere gestito evitando la distruzione della comunità che integra ma considerando il punto di vista di chi aspira a essere integrato e della comunità³¹.

È un percorso che, nella prospettiva Costituzionale, deve considerare la centralità e l'importanza della persona e, da quello internazionale, i diritti inviolabili dell'uomo.

³⁰ Si veda sul punto M. LUCIANI, *Intervento*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, 422.

³¹ Per una lettura della cultura nel percorso di integrazione, cfr. G. PALMA, *Politica culturale e regime politico: grave contaminazione reciproca nell'odierna fenomenologia migratoria mediterranea. Alcune riflessioni*, in *Amministrativamente.com*, 1-2, 2016.

6. La gestione dei processi di integrazione

In questo contesto operano il potere pubblico e le amministrazioni, che hanno il compito di gestire i processi di integrazione, muovendosi in un contesto in cui alcuni elementi sono difficilmente modificabili.

La tendenza alla globalizzazione dei diritti fondamentali, le decisioni della CEDU non sono assolutamente imm modificabili ma incidere su di essi significherebbe probabilmente modificare fortemente le impostazioni di base del nostro ordinamento.

Il discorso concerne peraltro situazioni anche molto diverse fra loro³².

Lo spazio decisionale potere pubblico (ivi compreso il legislatore per i diritti fondamentali) nel delineare la posizione dello straniero immigrato rispetto al cittadino sembra in via di erosione a favore di sedi decisionali internazionali³³.

Sotto questo profilo non bisogna dimenticare che la dignità umana nella giurisprudenza costituzionale italiana – oltre ad essere stata impiegata come fonte per il riconoscimento di nuovi diritti emergenti dall'evoluzione sociale e, guarda un po', prima non contemplati in quanto non ancora riconoscibili³⁴ – costituisce un criterio di bilanciamento e costituisce un limite al legislatore³⁵.

La dignità come limite al legislatore ci restituisce la misura della comprimibilità dei diritti. Un limite che nella giurisprudenza della Corte ha portato ad esempio a sostenere che neanche le esigenze della finanza pubblica possono assumere nel bilanciamento del legislatore un

³² Si pensi ad esempio alla differenza fra l'individuazione dei diritti dello straniero nel momento in cui entra nel paese, alla loro definizione in relazione alla permanenza sul territorio italiano, considerando anche la regolarità/non regolarità dello straniero o la natura dei diritti in gioco (civili, politici, sociali).

³³ V. ONIDA, *op. cit.*, 3 e ss.

³⁴ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 2 ss.

³⁵ M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 179 ss., che ricollega la dignità come criterio di bilanciamento alla sua essenza, cuore del principio personalista. In questa prospettiva la dignità, più che un effetto del bilanciamento, costituirebbe la bilancia stessa e diventa un punto fermo attorno al quale costruire un equilibrio costituzionale sostenibile e, su questo terreno incontra e sposa la ragionevolezza.

peso tale da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana³⁶.

Non sfugge peraltro il rilievo della dignità, in dialogo con l'art. 3 Cost., nella sua dimensione di esigenza di assicurare pari dignità sociale, pure affermata dalla Corte, garantendo a tutti le stesse possibilità di sviluppo.

Quando si pensa alla sovranità e al contenuto della sovranità in tema di diritti degli stranieri, di disciplina della cittadinanza, di integrazione degli stranieri, si deve pensare che le scelte del legislatore impattano in modo profondo sul nostro sistema e sono vincolate al rispetto di una visione della dignità umana che si è affermata nel tempo e che probabilmente non può essere oggetto di un ridimensionamento significativo senza impattare inevitabilmente sul piano sistematico con i valori di fondo dell'ordinamento³⁷.

Deve inoltre essere considerato che non sempre al riconoscimento astratto di un diritto segue l'effettiva possibilità di godimento dello stesso. Questo discorso vale anche per i diritti sociali che, in quanto diritti fondamentali, prescindono dal concetto di cittadinanza e devono essere garantiti a tutti gli stranieri ed anche, in determinate circostanze a coloro che si trovano sul nostro territorio irregolarmente. Infatti, da un lato, il legislatore può differenziare l'intensità della protezione accordata a tali diritti e, dall'altro l'effettivo godimento dei diritti sociali è subordinato alla disponibilità di risorse adeguate. Così, spesso, ad un riconoscimento formale, non sempre seguono misure adeguate da parte delle amministrazioni³⁸.

³⁶ Cfr. sul punto ad esempio Corte cost., sent. n. 304 del 1994; n. 354 del 2008.

³⁷ Cfr. sul punto F. FRACCHIA, *op. cit.*, 235.

³⁸ Cfr. sul punto A. ZITO, *Beni primari, diritti sociali degli immigrati e ruolo delle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 2-3, 2013, 223, che pone il problema della necessità o meno per le amministrazioni di considerare le specificità culturali (es.: donna che rifiuta le cure di un medico di sesso maschile per motivi religiosi) nell'organizzazione del servizio, afferma alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che, per esempio che, nel caso in cui questo non comporti ulteriori costi per l'amministrazione, il servizio dovrebbe essere organizzato in modo da considerare anche le specificità culturali e rendere la fruizione della prestazione compatibile con la possibile diversità e sottolinea che questi problemi sono per alcuni aspetti analoghi ad altri simili

Correttamente è stata affermata in dottrina la necessità di avvicinarsi ai problemi di integrazione considerando come prima coordinata l'uguaglianza e, allo stesso tempo, il rischio connesso al fatto che l'uguaglianza ha come protagonisti i cittadini e non la persona e può portare ad un assorbimento più che ad una integrazione reale³⁹.

Si ritorna allora all'art. 2 e ai doveri inderogabili di solidarietà⁴⁰, nella consapevolezza che l'integrazione è un percorso dialogico che richiede l'incontro, la comunicazione, il dialogo e l'interscambio fra due parti; un percorso in cui è necessario entro certi limiti mettere in discussione ciò che si è e il senso più profondo di sé; un percorso in cui i diritti continuano ad avere un ruolo rilevante ma in cui le maggiori responsabilità sono allocate in capo al soggetto meno debole⁴¹.

In qualche misura il principio personalista rappresenta la condizione per l'integrazione anche perché implica la necessità di affermare che i diritti della persona precedono le situazioni personali e di gruppi (religione, etc.).

La prospettiva culturale di un dialogo fra le due parti sembra emergere anche dall'art. 4 bis del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero⁴², che definisce l'integrazione come un

processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società.

che hanno interessato anche le nostre stesse peculiarità culturali (es. l'obiezione di coscienza e il diritto ad abortire).

³⁹ In questo senso v. ancora F. FRACCHIA, *op. cit.*, 236.

⁴⁰ Per una lettura critica dell'uso del principio di solidarietà cfr. Y. MASSA PINTO, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016.

⁴¹ F. FRACCHIA, *op. cit.*, 239, riconduce la complessità nella gestione del processo di integrazione alla complessità che caratterizza l'attività di "guida" dell'assetto futuro della società e la riconduce ad una idea ampia di sviluppo sostenibile.

⁴² D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

Al di là dell'ovvio richiamo ai valori costituzionali, preme sottolineare la prospettiva di partecipazione alla vita della società che costituisce fattore indispensabile per l'integrazione. La Costituzione è il fondamento dell'integrazione perché ci dice che si deve integrare ma è anche uno strumento per l'integrazione: la partecipazione, l'apertura all'altro si conferma valore assoluto.

Nell'Agenda europea e nelle misure d'attuazione finora adottate, invece, l'enfatizzata rilevanza del principio di solidarietà appare rimessa a decisioni sostanzialmente autonome degli Stati membri entro la cornice del diritto dell'Unione, o con il sostegno finanziario o organizzativo dell'Unione⁴³.

Il processo di integrazione può essere costruito come un percorso le cui tappe vanno lentamente delineandosi: differenze nelle posizioni iniziali; soggetti che vivono sul territorio, interagendo sul piano delle prestazioni e dei servizi (prestati e ricevuti); comunità dei diritti e dei doveri (livello di integrazione in parte già realizzato); acquisto della cittadinanza.

7. *L'integrazione tra dinamiche ordinarie e ipotesi di eccezionalità*

Il discorso fin qui svolto, partendo dalle basi costituzionali del nostro ordinamento mostra che la realtà dei flussi migratori verso il nostro paese non devono spingerci verso paure che, attraverso la previsione di ipotesi eccezionali o emergenziali, ci spingano silenziosamente lontano dai principi che connotano la nostra cultura giuridica⁴⁴. Non si vuole con ciò affermare che la qualità e quantità del fenomeno migratorio non forniscano il quadro di riferimento assiologico per affrontare il problema dei modelli di integrazione, ma si intende sottolineare che essa non

⁴³ S. AMADEO, *op. cit.*

⁴⁴ Si veda sul punto L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 2016, 393 ss. secondo il quale l'esercizio di forti poteri amministrativi nei confronti dei migranti non rientrerebbe nelle dinamiche dello stato di eccezione ma rivelerebbe l'autoritarismo proprio del nostro stato di diritto anche nei confronti dei cittadini.

può portarci a negare noi stessi, a rinnegare i principi che caratterizzano il nostro ordinamento e, forse, buona parte di quello che ci rende diversi⁴⁵.

Allo stesso tempo però sembra che il Governo dei fenomeni migratori richieda un'efficienza amministrativa che al momento sembra lontana. Il sistema nazionale basato sui c.d. "decreti flussi" dovrebbe essere un sistema programmatico idoneo a contribuire alla trasformazione dei flussi migratori in risorse. La realtà è però ben lontana da questa prospettiva: vi sono diversi anni in cui i decreti flussi non sono stati adottati e, in linea di massima, i decreti flussi, invece di dire quanti soggetti possono entrare, finiscono con il limitarsi a descrivere le possibilità di inclusione dei soggetti già presenti illegalmente sul territorio, riducendo così le possibilità di integrazione⁴⁶. Sotto altro profilo andrebbe verificata la ragionevolezza delle norme che trattano anche la migrazione economica regolare come un problema di ordine pubblico che ha come protagonisti principali la questura e la prefettura⁴⁷.

⁴⁵ Recentemente in dottrina è stato lamentato il ricorso a situazioni di discutibile emergenza per elidere alcune garanzie giurisdizionali. In questo senso, L.R. PERFETTI, *Emergenza e svuotamento delle garanzie giurisdizionali. Tendenze dei recenti provvedimenti aventi forza di legge del governo e preoccupazioni per quelli a venire*, in *Giust amm.it*, 8, 2016.

⁴⁶ Il governo delle migrazioni finisce con l'essere possibile solo per l'immigrazione legale e non per quella illegale che sfugge al controllo.

⁴⁷ Elementi di dubbio sulla qualità della normativa che incide sulla integrazione dei migranti provengono anche da altre discipline: la letteratura giuslavoristica evidenzia ad esempio la debolezza che caratterizza anche gli immigrati regolari che lavorano e la difficoltà di un'integrazione anche lavorativa, in presenza di una normativa che impone il rinnovo del permesso di soggiorno con un iter analogo a quello del primo conseguimento, indipendentemente dal fatto che il migrante abbia già un lavoro a tempo indeterminato. La situazione è resa ancora più difficile da altri fattori quali la discontinuità del lavoro nel mercato del lavoro e i tempi per l'acquisto della cittadinanza.

PARTE SECONDA

LE DIFFICILI ROTTE DEGLI ASILANTI

VICTIMS OF TRAFFICKING AND REFUGEES: THE *NEXUS* BETWEEN ASYLUM AND ANTI-TRAFFICKING

Claudia Pretto

SUMMARY: 1. *Trafficking in human beings.* 2. *Multilevel Legal system in anti-trafficking.* 3. *An overview through the mandatory International, European and National instruments on the anti-trafficking in human beings.* 4. *Refugee and anti-trafficking: the nexus.* 5. *The focus on Women: refugee victims of trafficking, obstacles to become free women.* 6. *Conclusion.*

1. Trafficking in human beings

Trafficking in human beings constitutes a serious violation of fundamental human rights, it is an ancient phenomenon but still nowadays it represents a plague of worrying actuality¹.

Europe has become a perfect setting of this phenomenon due to the fact the human traffickers are using forced migrants, refugee people, vulnerable, these persons are in needs and in many cases due to the

¹ A. GALLAGHER, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, 23 Hum. Rts. Q. 975 (2001), p. 1001, citing Ad-Hoc Committee on the Elaboration of a Convention Against Transnational Organized Crime, Note by the United Nations High Commissioner for Human Rights, the United Nations Children's Fund, the United Nations High Commissioner for Refugees, and the International Organization for Migration on the draft protocols concerning migrant smuggling and trafficking in persons, UN Doc. A/AC.254/27, para. 2; K. SAITO, *International Protection for Trafficked Persons and Those Who Fear Being Trafficked*, *United Nations Refugee Agency Policy Development and Evaluation Service, Research Paper No. 149*, 2007, p. 5.

kind of fluxes authorities of the European Union Member States have any possibilities or chances to protect them².

Trafficking in human being in last ten years changes in connotations, becoming gradually complex, changing the way of the recruitment, the exploitation methods and the areas where the victims used to be transferred and exploited³.

Trafficking is a phenomenon in incessant transformation in terms of: routes, structures of criminal organizations, methods of coercion exercised on the victims, in fact criminal organizations have overlapped and established new exploitative situations involving previous victims in part of the work of illegal activities⁴. The previous victims could be used as “instrument of pressure” for example in new victims in the sexual exploitation. Nowadays one of the less know phenomenon of trafficking in human being is the exploitation for the purpose of removal of organs or international illegal adoption⁵.

The statistical data relating to victims of trafficking are always difficult to obtain, due to the extremely submerged nature of the phenomenon and the difficulty of the authorities to intercept the victims, it is in fact quite difficult considering the trafficking phenomenon itself for a victim of trafficking to be able to denounce, as a matter of fact the tight control by traffickers is the first reason why victims fail to seek help

² *Human traffickers ‘using migration crisis’ to force more people into slavery*, in *The Guardian*, 19 May 2016, from <https://www.theguardian.com/world/2016/may/19/human-traffickers-using-migration-crisis-to-force-more-people-into-slavery>.

³ *Europol Report on Trafficking in human beings in the EU*, Situation Report, February 2016, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/situational_report_trafficking_in_human_beings-europol.pdf.

⁴ *Race in Europe Project Partners, with the financial support of the Prevention of and Fight against Crime Programme European Commission- Directorate-General Home Affairs, Trafficking for Forced Criminal Activities and Begging in Europe, Exploratory Study and Good Practice Examples*, September 2014, ISBN 978-0-900918-91-0, http://www.antislavery.org/includes/documents/cm_docs/2014/t/2_trafficking_for_forced_criminal_activities_and_begging_in_europe.pdf.

⁵ *European Parliament Report of 2015, The Trafficking in Human Organs*, 2015, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO_STU\(2015\)549055_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO_STU(2015)549055_EN.pdf) *Trafficking of human beings for the purpose of Organ Removal in Osce Region*, Osce, in Occasional Paper n 6, 2013, <http://www.osce.org/secretariat/103393?download=true>.

and to evade the subjection in which they have been forced to live. The fear of the consequences of a possible rebellion, poor perception of their status as victims, possible feelings of a sort of “gratitude” towards those who have allowed them to leave their country, often hinder the identification of victims of trafficking and therefore the ability to provide them with adequate assistance. For all these reasons available studies relate to cases of victims of trafficking “registered” and therefore correctly identified and, in most cases, assisted by the authorities.

According to Eurostat study Member States reported a total number of 9.528 identified and presumed victims of trafficking on 2010, between years 2010-2012 30.146 victims have been recorded in the EU member States: 80% were female. Sexual exploitation continues to be the area of greatest interest for the criminal organizations (69% of victims are exploited for sexual reason), followed by labour exploitation (19%)⁶. From this research emerges that in European Member States victims of trafficking increase in the context of forced migration, asylum procedure and reception centres. Victims of trafficking could have adequate support and be individualized in the asylum procedure, maybe due to the possibility of the victims to be in contact with authorities, NGO, lawyers involved in context of asylum procedures, more than in other contexts⁷.

The UNODC global report published in 2014, denounced the severity of the worldwide phenomenon, confirming the persistent trafficking for sexual exploitation of Nigerian women to Europe, but also of Cameroons, Senegalese, Ethiopian and Eritrean women to Europe⁸.

Italy is usually one of the country of destination as well as a country of transit routes, Italy has been identified by criminal organizations in-

⁶ Eurostat, Trafficking in Human Beings, Eurostat data, 2015, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/eurostat_report_on_trafficking_in_human_beings_-_2015_edition.pdf.

⁷ Home Office Victims of modern slavery –Competent Authority guidance Version 3.0, Home Office Staff, 21 March 2016, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/521763/Victims_of_modern_slavery_-_Competent_Authority_guidance_v3_0.pdf.

⁸ UNDOC Global Report on trafficking in person, 2014, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf.

volved in trafficking. Following recent developments in different third countries, such as the conflicts in Libya and Syria, but also due to the effects of other conflicts, such as the conflicts in Ivory Coast and in Mali migratory flows have increased considerably and persons in danger or in difficulties have been forced to leave their country of origin.

As we know causes of forced migration could be different: the highly disadvantaged of economic resources, domestic violence, internal conflicts, persecutions, criminal organization use to intercept people in needs and finding a way of exploitation in another country.

This ancient phenomenon of trafficking thanks to the new and always different criminals net is doing evolutions and transformations, it is adapting to the global situations such as wars, international crisis and addressing step by step different victims using their conditions of need. Refugee people in camps in third countries, persons without any access to protection such as member of minorities, women victims of persecution, violence and/or discrimination, unaccompanied minors living in war conflicts or in places without access to food, water, employment and schools support could be the right victims for the criminal net⁹.

Criminal organizations are able, through smuggling and trafficking, to assure forced labour, exploitation and they are able to try benefits all around the world from different vulnerable conditions. Among victims of trafficking there could be refugees in need of protection, they could enter into the scope of the Geneva Convention on Refugee status 1951¹⁰.

Refugees in a country could live situations of extreme vulnerability, there are specific factors for refugees that create heightened risks for human trafficking. Looking worldwide, there are trends in the current patterns of forced displacement that appear to be increasing those risks:

⁹ T.M. CHRISTENSEN, Trafficking for sexual exploitation: victim protection in international and domestic asylum law, in *New Issue in Refugee Research*, Research Paper n 206, UNHCR, 2011.

¹⁰ Geneva Convention and its Protocol relating to the Status of Refugee <http://swig.ecms001.unhcr.local/protection/refprotbasic/3b66c2aa10/convention-protocol-relating-status-refugees.html>; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Human Trafficking and Refugee Protection: UNHCR's Perspective, September 2009, available at: <http://www.refworld.org/docid/4ae17da12.html>.

not to have immediate access to document; to be always during the voyage and in the country of asylum in condition of basic needs (food water, reception, health assistance). A refugee could become a victim of trafficking during his/ her forced voyage for the lack of the comprehension of the language in the country of transit or in the country of asylum; the need to cross borders in any case; the need to escape as soon as possible; the vulnerability connected to the reason of the forced migration; the absence of original State authorities protection; the lack of the integration and protection in the asylum country; the reception facilities condition; the isolation, the trauma connected to the persecution or to discrimination; physical and psychological violations in the country of origin or in the country of transit.

The changes of routes implemented by criminal groups, who were favoured by the instability of the transit countries, such as Libya, have influenced the mode of subjection, in particular in Libya and the severe conditions in which the victims are subjected during the journey. These circumstances affect the personal experience of the victims, in particular with regard to traumas experienced during the trip – women are almost always victims of sexual violence, rape the countries of transit and in many cases they could be also victims of domestic forced exploitation, the same could happened to unaccompanied minors¹¹.

Registered victims of trafficking, among asylum seekers, arrived in Europe from 2011, are in particularly women from sub-Saharan Africa, often they are very young, in some case unaccompanied minors obliged by the criminal net to tell to authorities that they are major. These women in many cases have been traumatized by the events occurred along the journey, they are afraid about the order to keep silent imposed by traffickers and thus in most cases caused their resistance in establishing relationship of trust with the authorities of the country of destination. These women are usually unable to speak openly, to explain their condition to the police or to the humanitarian organizations at the

¹¹ A.P. WILSON, Trafficking Risks for Refugees, November, 2011; <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=humtraffconf3> Human Trafficking of Nigerian Women to Europe, Finnish Immigration service, 24 March 2015, http://www.migri.fi/download/60332_Suuntaus_NigSuuntaus_HumanTraffickingfromNigeriaFINAL200415.pdf?884955ed21bdd388.

see arrivals, in the first reception centres, so called hotspot or extraordinary emergency reception centres. Nigerian women, for example, have contracted a sort of obligation in the country of origin, or in the country of transit, but also in some case in the country of asylum, often this obligation took part with “magical rites”, the so-called *juju* or *voodoo* rites¹². These rites have been used to impress the person, to obliged her or him to repay the debt if she or he want to avoid death or horrible consequences to the families.

These rites assumes a determining value against which the victims manage to escape with great difficulty, especially in the phase immediately following arrival in the country of transit or of “asylum”, when it is still not clear for them what would happen to them. In many cases the human traffickers promise a new better life to the victims, so the victims themselves are not in condition to know that they would be exploited, for this reason they are not in the condition to explain to police and humanitarian associations that they are victims of trafficking.

Although women and men victims of trafficking for sexual exploitation and forced labour in Europe and through Europe are nowadays more and more Sub Saharan women and men, it should be underlined that the phenomenon affects people involved in various forms of exploitation: people from Republic of China, people from South America predestined to the sex exploitation or work exploitation.

Criminal bodies responsible of human being trafficking are not using just the vulnerable conditions or the needs of the victim but they are also so clever and able to use all the legal meaning to transport the potential victims, in some cases the victim of trafficking is a refugee in need that want to enter in a legal way into the country of asylum and he/she asked for help to a “sort of legal organization of documents” but only later then the victim understand that the document is not valid and that the organization is a criminal one.

Some cases, such as the case of some *Bihari* people from Bangladesh which have been persecuted or discriminated in Bangladesh because of their ethnicity have been intercepted, in refugee camps, by

¹² P. ADEMU ANYEBE, *Voodoo and Human Trafficking in Nigeria: a Nation's Albattross*, in *Journal of Social Welfare and Human Rights*, December 2015, 2, p. 33-55, <http://dx.doi.org/10.15640/jswahr.v3n2a3>.

some smugglers, these smugglers organized a regular trip by plane for them but only at the end of the voyage *Bihari* people understand that the smugglers were human being traffickers and not just simple smugglers¹³. The same could happened to many refugees because their condition of people in needs, the need to escape and to cross borders is an important instrument to control person for the criminal human being traffickers and then exploitation could be easier with refugee people because their arrived in a foreign country giving their faith to smugglers, their lives are into smugglers, human beings traffickers hands¹⁴.

2. Multilevel Legal system in anti-trafficking

The first global legally binding instrument with an agreed definition on trafficking is the United Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons and in fact it prescribes: “to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children”¹⁵.

We have to take into consideration also the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, signed during the Palermo Conference of 2000, in this Convention trafficking in persons means:

the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, abduction, fraud, deception, abuse of power or of a position of vulnera-

¹³ Integrated Regional Information Networks (IRIN), *Neglected Bihari youth battle stigma in Bangladesh*, 27 August 2013, available at: <http://www.refworld.org/docid/52248b724.html>; United Kingdom: Home Office, *Bangladesh Assessment*, April 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/486a53085.html>.

¹⁴ T.M. CHRISTENSEN, *Trafficking for sexual exploitation: victim protection in international and domestic asylum law*, in *Research Paper No 206, New Issue in Refugee Research*, UNHCR April 2011, <http://www.unhcr.org/4d9c7c869.pdf>.

¹⁵ United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children Adopted by General Assembly resolution 55/25, is supplementing the UN Convention. It entered into force on 25 December 2003. This Protocol is the first global legally binding instrument with an agreed definition on trafficking in persons.

bility or through giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another¹⁶.

This definition has been taken up by successive sources: in particular the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings¹⁷, adopted in Warsaw on 16 May 2005 and the European Directive 2011/36 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, which, as the Protocol on trafficking, have specified the exploitation areas in which trafficking in persons could usually take place¹⁸.

As prescribed by article 2 of the European Directive 2011/36 exploitation means:

exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, including begging, slavery or practices similar to slavery, servitude, or the exploitation of criminal activities or removal of organs¹⁹.

¹⁶ United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000.

¹⁷ This Convention is a comprehensive treaty mainly focused on the protection of victims of trafficking and the safeguard of their rights. It also aims at preventing trafficking as well as prosecuting traffickers. The Convention applies to all forms of trafficking; whether national or transnational, whether or not related to organised crime and whoever the victim, women, men or children and whatever the form of exploitation, sexual exploitation, forced labour or services, etc. The Convention provides for the setting up of an independent monitoring mechanism (“GRETA”) guaranteeing Parties’ compliance with its provisions. See on Greta: <http://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/greta>.

¹⁸ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA.

¹⁹ Article 2 of DIRECTIVE 2011/36/EU of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA: Article 2.

Offences concerning trafficking in human beings.

1. Member States shall take the necessary measures to ensure that the following intentional acts are punishable:

All the mentioned provisions clarify that the element of the victim's consent to exploitation shall be considered irrelevant when the coercive methods below and, in the case of child victims, we should consider that they have been trafficked even in case of consent.

The EU strategy for the eradication of trafficking in human beings (period: 2012-2016), adopted in Brussels on the 19 of June 2012, gives priority to addressing the issue of trafficking in human beings, promoting the adoption of concrete measures to support the transposition and implementation of Directive 2011/36/EU, complementing the work carried out by governments, international organizations and civil society in the EU and third countries.

Among these priorities the EU Strategy identifies the need to implement measures to identify, protect and assist victims of trafficking and thus, among other things, encourages the adoption of National and Transnational Mechanisms of Reference, National and Transnational Referral mechanisms, which provide information on the procedures to be able to better identify, protect and assist victims of trafficking.

The recruitment, transportation, transfer, harbouring or reception of persons, including the exchange or transfer of control over those persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation.

2. *A position of vulnerability means a situation in which the person concerned has no real or acceptable alternative but to submit to the abuse involved.*
3. *Exploitation shall include, as a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, including begging, slavery or practices similar to slavery, servitude, or the exploitation of criminal activities, or the removal of organs.*
4. *The consent of a victim of trafficking in human beings to the exploitation, whether intended or actual, shall be irrelevant where any of the means set forth in paragraph 1 has been used.*
5. *When the conduct referred to in paragraph 1 involves a child, it shall be a punishable offence of trafficking in human beings even if none of the means set forth in paragraph 1 has been used.*
6. *For the purpose of this Directive, 'child' shall mean any person below 18 years of age.*

3. An overview through the mandatory International, European and National instruments on the anti-trafficking in human beings

The UN Convention has introduced a new definition of trafficking in human beings, outlining among other things the boundaries with respect to different phenomenon of smuggling of migrants.

The trafficking of human being is the:

recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, abduction, fraud, deception, abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.

Otherwise the smuggling is to provide in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a citizen or permanent resident.

The building blocks that composed the trafficking of human beings are: the action, the mean and the scope, to define a situation as trafficking in human beings there should be all these different elements, otherwise there are any trafficking maybe we are in a smuggling context.

Action: in the context of the human being trafficking consists in different actions: the recruitment the person, the transfer of the person, the introduction in the State, the transfer even outside of the State of the person, the transportation of the person, giving the control of the person to another, hosting a person.

Mean: in human being trafficking is the deception, the violence, threats, the abuse of authority or taking advantage of a situation of vulnerability or of physical inferiority as the mental situation or the condition of necessity, or by promising or giving money or other benefits the person who has authority over the person victim of human trafficking, such as minors or vulnerable people.

Scope: in the context of human being trafficking could be the sexual exploitation, the forced begging, the forced labour, the obligation to do illegal activities, the exportation of organs.

The Protocol on trafficking in human beings including measures to prevent trafficking, to punish traffickers and to protect victims, identified for the first time the measures that Member States should take to ensure adequate protection to victims.

Each State Party should ensure: specific measures to physical recovery, psychological and social of the victims; the provision of adequate housing; advice and information about their rights; the medical, psychological and material; the opportunity to use and education; the protection of victims in terms of their physical safety; the ability to give victims the compensation for damages.

The Protocol on trafficking to the United Nations constitutes the model to which the successive supranational and European sources have inspired later the European standards, on the basis of the perspective opened by the United Nations, pursue four goals, such as the prevention of such serious phenomenon, the repression, the protection of victims and cooperation between the States of origin, transit and destination. The requirements for protection and assistance to victims have been declined over time in specific measures to respond to the needs and the needs of those individuals, highly vulnerable and in need of protection in several respects. In particular the Council of Europe Convention number 197 on combating trafficking in human beings, adopted in Warsaw on 16 May 2005, was born with the aim to “strengthen the protection established by the Protocol and to develop the arrangements set out, this Convention further developed the measures of protection and promotion of rights of victims of human trafficking”.

The Convention of the Council of Europe is still one of the main legal instrument with respect to the measures to be taken to promote adequate protection and assistance to victims of trafficking, in particular it introduced the concept of “identification of victims” become over time a central aspect in the interventions for the protection of such subjects in front of the awareness of the importance of being able to “intercept” the victims that, as already mentioned, in many situations, do not occur

easily²⁰. Both the UN Protocol on trafficking as the Council of Europe Convention on combating trafficking in human beings contain, respectively art. 14 and art. 40, safeguard clauses designed to provide that the provisions contained therein do not affect the rights, obligations and responsibilities of states and individuals under international law, with particular reference to the 1951 Geneva Convention and its 1967 Protocol relating to the Status of refugees and the principle of *non-refoulement*.

The *non-refoulement* has acquired the status of customary international law meaning that it has become binding for all States, regardless of whether or not they are signatories to the 1951 Convention, as prescribers by article 31 Convention on the Treaties of 1969²¹.

The principle of *non-refoulement* could therefore apply if a trafficking victim fears persecution or other serious harm in his or her country of origin, for example in the risk of re-trafficking, reprisals from traffickers or criminal networks, ostracism, social exclusion or discrimination to an extent that would amount to persecution, harassment, threats or intimidation.

It is not uncommon for victims of trafficking to fear intimidation or discrimination by the authorities in their countries of origin.

These provisions are of particular importance under the profile of the possible recognition of refugee protection to victims of trafficking or persons at risk of becoming victims and have been the starting point for the development of new rules in the European and National level. The fight against the trafficking in human beings is conceived as an European Union priority, which defined the crime itself a violation of fundamental rights and has developed over the years a number of initiatives, legislative, strategic and financial, to counter the phenomenon and to protect victims.

²⁰ Among the relevant legal instruments it is also appropriate to recall the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse of 2007 and the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence of 2011.

²¹ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determination of Refugee Status*, Geneva, Revised 1992; K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Belgium, 2009.

Among the main acts of address and regulatory instruments relating to the issue of human trafficking, it highlights the two main directives that mostly detected as regards the measures for the protection and assistance of victims Directive 2004/81/EC on residence permit issued to third-country nationals victims of trafficking in human beings or who cooperate with the competent authorities and, Directive 2011/36 / EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims.

Before Directive 2011/36/EC Directive 2004/81/EC introduced the requirement for Member States to allow victims of trafficking to obtain an instrument authorizing their stay in the destination country. The States should guarantee to the victims of trafficking a period of reflection, whose purpose is to allow them to recover and escape the influence of the perpetrators of the crimes, so consciously considering whether to cooperate with the authorities. During the reflection period, the duration of which is determined by each State, it cannot be placed any expulsion order against the person, victims of trafficking during this period of reflection are entitled to received medical care, the Directive prescribes minimum standards limited to emergency medical care and appropriate protection measures.

Directive 2011/36/EC constitutes the awareness of the European Union about the real complexity of the phenomenon and the need to combat it not only through the criminal law, but protecting as first the victims of trafficking. As regards the definition of the crime, the European Directive is similar to the definition adopted by international conventions²².

Usually victims of trafficking are people living without the minimum resources to live, people escaping from the conflicts in the country of origin or of habitual residence. Personal and family intolerable situations could found the start factors and involvement, sometimes

²² *EU rights of victims of trafficking in human beings*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

Directive 2011/36 / EU Prevent, Combat, Protect. Human Trafficking - Joint UN Commentary on the EU Directive - A Human Rights - Based Approach: <http://www.unhcr.org/4ee6215e9.html>.

conscious, in situations of exploitation. The total absence of an alternative must therefore be taken into account as an element that makes irrelevant the appearance of the victim's consent to exploitation.

Historically in Italy, as in other European Union countries, the mechanisms to ensure assistance to victims of trafficking have been introduced in the criminal standards – as regards the fight against crime and the protection of victims in of the investigation, prosecution and trial – and rules on immigration, in line with international and European provisions, they have introduced the possibility of recognizing the victims themselves a residence permit on grounds of “social protection”.

With regard to the protection of victims of such offenses, the Italian legal system since 1998 has introduced in immigration matters the institution of “social protection”, which aims to enable people foreign victims of serious exploitation that may be related to specific instances of crime, including those of art. C.P. 600 and 601, to obtain a special residence permit and access to specific programs of protection and responsible care for such categories of persons.

Article 18 of Legislative Decree no. 286/1998, the consolidated law provisions governing immigration and the status of foreigners, will be issued a residence permit in favour of foreign persons who have been victims of violence or serious situations exploitation and that they are exposed to a serious and present danger to their safety as a result of the statements made in criminal proceedings or because of the decision to escape from the exploitation.

Around these rules were born specific interventions, methodologies tested over the years and a practice relating to adequate protection and assistance of victims of trafficking that has allowed consolidation of an effective system, which is still a valuable resource in response to this serious problem.

The Italian implementation of the European directive 2011/36 occurred through the legislative decree 24 of 2014, which explicitly refers to an activity of the junction between the authorities dealing with asylum, as well as the authorities dealing with victims of trafficking. Furthermore the Italian revision of the EU Reception Directive through Legislative Decree 142 of 2015 provides in Article 17 obliges, in case of risk of trafficking, the connection between the reception system of

victims of trafficking and the reception system of international protection, to ensure the protection of asylum seekers and refugees who are also victims trafficking in human beings. Finally it is clear, not only from the phenomenon itself but also from the legal *nexus* between asylum laws and anti trafficking law, that being a victim of trafficking not exclude/not preclude the access to international protection and that there are binding legal obligations to protect refugee people from trafficking, in all the different procedural steps from the arrival through the reception system to the final decision on asylum.

4. Refugee and anti-trafficking: the nexus

We are understanding more and more that the nature of forced migration brings with it the exploitation by criminal networks of people fleeing, among them there are refugees people. This is also an awareness of the United High Commissioner for Refugee that trough its experience on protecting refugee people understand the evident increment of refugee victims of trafficking²³. Persons under UNHCR concern: statelessness people, refugee people and people asking for asylum, they can be easily victims of transnational criminal networks which have the purpose of exploitation with the use of violence transporting people through the States for profit violating fundamental human rights²⁴.

²³ See UNHCR and Human Trafficking, <http://www.unhcr.org/unhcr-human-trafficking.html>.

²⁴ To understand how and when victims of trafficking could be refugee see the UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on International Protection No. 7: The Application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons At Risk of Being Trafficked, 7 April 2006, HCR/GIP/06/07, available at: <http://www.refworld.org/docid/443679fa4.html>. As we know as prescribes by article 35 of the Geneva Convention 1951 UNHCR has the power given by State parties to monitor and assure the correct interpretation of the Geneva Convention 1951 on Refugee Status.

UNHCR is working with governmental bodies, NGOs, in net to prevent, to combat human trafficking and to give adequate support to victims of trafficking²⁵.

Victims of trafficking as we see could be people in need for different reasons, people trafficked persons may fall under the definition of a refugee contained in art. 1A(2) of the Convention relating to the Status of Refugees of 1951 and may therefore be entitled to international protection, national and supranational sources also cover this aspect, in the first place through the safeguard clauses.

Directive 2011/36 underlines the centrality of dialogue between the asylum and anti-trafficking authorities, the possibility to assure to victims of trafficking access to asylum and to activate all the measures to guarantee this right with effective and durable solution²⁶.

Who is a refugee to? A refugee is a person exposed to the risk of well-founded fear of persecution in case of return in the original country or in the country of habitual residence for one or more grounds referred to Article 1 letter A paragraph 2 of the Geneva Convention 1951.

The well-founded fear under the meaning of the Geneva Convention 1951 consists on subjective and objective elements. The Subjective elements refer to the personal situation, the asylum seeker personal perspective; the objective elements are the facts, situations and the actual condition in country of origin. The persecution corresponds to a violation of a fundamental human right, persecution could also coincide with a series of repeated discrimination in the past, the repletion and the intensity of these discrimination could be enough to reveal itself a risk in case of return.

The projection of the fear and of the risk of persecution is always turned towards the future, but persecution, violations of fundamental

²⁵ See UNHCR papers and materials: HUMAN TRAFFICKING AND REFUGEE PROTECTION: UNHCR'S PERSPECTIVE Conference Paper: Ministerial Conference on "Towards Global EU Action Against Trafficking in Human Beings", Brussels, 19-20 October 2009, <http://www.unhcr.org/protection/operations/4ae1a1099/human-trafficking-refugee-protection-unhcrs-perspective.html>.

²⁶ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Prevent. Combat. Protect: Human Trafficking, November 2011, available at: <http://www.refworld.org/docid/4edcbf932.html>.

rights already suffered in the past could play a role in the analysis of the future situation. In case of serious past abuses which effects are still affected the person's subjective conditions, past persecution and serious injuries can be relived as present for the vulnerable person and cause a *de facto* topicality of persecution for the person even in case of cessation of the persecution actors or conditions²⁷.

The recognition of international protection in the refugee status is revealed when a person, who is outside of their country of origin or of habitual residence, is, in case of return, at risk of being subjected to persecution for the "refugee grounds": race, nationality, political opinions, religious reasons and the membership of a particular social group, as enshrined in Article 1 letter a 2 of the Geneva Convention of 1951.

The victims of human beings may be asylum seekers and refugees when they could be subject to persecution for one of the grounds of the Geneva Convention, in the same way asylum seekers and refugees and stateless persons may find themselves in the situation of being victims of trafficking of human beings because of their condition of person in transit, in detention camps, in reception hard condition without any adequate support, due the lack of action by the State of asylum.

Asylum seekers and refugees may find themselves in the complex mechanism of actions of the phenomenon of trafficking in human beings without understanding that they are at risk to be exploited, in many cases they could know the exploitation but they have no choice to escape from persecution and deciding to live they accept exploitation and slavery in the transit and in the country of arrival.

Under the Geneva Convention light the agents of persecution in the case of trafficking, could be often identifiable with: "third party agents". Third Agent could be members of criminal networks, often of a transnational nature, family members and/or member of social origin

²⁷ Concerning the importance of the subjective element in case of hard persecution in the past and its effects on the refugee also in case of cessation of the situation that causes the persecution or that could create the risk of persecution, see the Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees Reissued Geneva, DECEMBER 2011, paragraph 196 of UNHCR Handbook <http://www.unhcr.org/3d58e13b4.pdf>.

context that relate the potential victim of dealing with those who then are transporting and exploiting her/him. Third Agent of persecution in case of refugee victim of trafficking could be people of the community of origin that are engaged in apartheid and stigmatization of the refugee

State itself could be an Agent of persecution of trafficked refugee persons if the person have been not protected, or could be not protected by the state for any reason, also for persecution based on race, nationality, religion, political reason and or membership of a special group. In some countries authorities are responsible for the lack of positive actions of protection and adequate support to women, person affected by handicaps, children, this lack of action to support these social group could expose these person to trafficking in human beings and these persons, because of their membership of a specific social group, they could be under the meaning of the Refugee Convention, as prescribes by article 1 lett. A(2) of Geneva Convention 1951²⁸.

Sometimes refugees due to their ethnicity, due to the statelessness may be victims of trafficking or at risk because they have any documents, any possibility to exercise their civil rights in the State and for all these reasons they are more vulnerable than others and they could be the suitable victims for the criminal agents of trafficking in human beings.

In other cases belonging to a minority, to a religion, to a political party being persecuted can expose the refugee to trafficking or at risk of trafficking because Agent of persecution deny those measures of protection than could assure protection of minorities or specific social group to trafficking for their condition of discrimination or vulnerability.

The *nexus* between asylum and trafficking is quite difficult to be identified because first of all it is necessary to understand, in the case of the single person, the real condition and potential risk of persecution in case of return in the original country and the reasons of the migration of

²⁸ For an explanation of the meaning of the ground of special group see: UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on International Protection No. 2: "Membership of a Particular Social Group" Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 7 May 2002, HCR/GIP/02/02, available at: <http://www.refworld.org/docid/3d36f23f4.html>.

each person. As UNHCR explains the Geneva Convention of 1951 looks to a case by case analysis, but victim of trafficking could be refugee and among refugee there could be victim of trafficking, for this reason in the refugee status determination analysis it is necessary to go deeper in the personal conditions in the country of origin in case of return, analysing the Country Origin Information and understanding if this person could be at risk of persecution in case of return considering all the subjective and objective elements of fear, also how the person could be considered by the potential agent of persecution, for example the fact to have been a prostitute could, in some countries, created an apartheid that could become a persecution and expose the person to a new re-trafficking system²⁹.

5. The focus on Women: refugee victims of trafficking, obstacles to become free women

Interviewing humanitarian workers and police officers, but also officers of the asylum refugee status determination we know that sometimes some asylum seeker escape before the immediately following inspections on landing – because educated by traffickers to do so – and they do not access the host routes but still make an application for international protection subsequently reached a time in the hands of the exploiters. Among these asylum seekers there are Eritrean people, Syrian people, and other people fleeing from different conflicts, those people have no confidence on the Italian/ European legal system and even if there are new European instruments such as the Relocation possibility, they try to leave the first European state where they to joint their parental net in other area of Europe³⁰.

²⁹ J. GENDER, L.E. FELLER, *Left out in the Cold: Trafficking Victims, Gender, and Misinterpretations of the Refugee Convention's Nexus Requirement. Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come*, in *Int J Refugee Law*, 3-4, 2006, p. 509-536.

³⁰ HUMAN RIGHTS WATCH, *Europe's Refugee Crisis An Agenda for Action* November 16, 2015 <https://www.hrw.org/report/2015/11/16/europes-refugee-crisis/agenda-action>.

Nigerian, Gambian, Malian and Ivorian women could be invited to leave the first State of arrival and reception centres, the criminal net of smugglers used to give false information such as reception condition, with different means of control, physical and psychological using violence and authority threatening the personal and the family in the original country, these women are leaving the centres in some case before the first aid support without any information and with any possibility for the authority of the State of arrival to understand that they could be unaccompanied minors³¹.

Women are the more vulnerable groups in the contexts of conflicts, territories where there is an high percentage of corruption and institutions incapable or unable to provide protection, they pay the price of being exposed to trafficking in human beings .

During the asylum hearings from 2013 till nowadays emerge more and more that women victims of the situation and condition of poverty, domestic violence, conflict, these women could be more than other person victims of trafficking in country of transit or in country of asylum³².

Interviewing humanitarian workers and police officers, but also from the asylum refugee status determination officer we know that sometimes some asylum seeker escape before the immediately following inspections on landing – because educated by traffickers to do so – and do not access the host routes but still make an application for international protection subsequently reached a time in the hands of the ex-

³¹ J. SYLA, *Sex Trafficking of Women and Children in Europe and the Commonwealth of Independent States: The Global Politics of Exploitation*, in *Internet Journal of Criminology*, 2013, from http://www.internetjournalofcriminology.com/Syla_Sex%20Trafficking_of_Women_and_Children_in_Europe_and_the_Commonwealth_of_Independent_States_IJC_May_2013.pdf; UNODC, *The problem of human trafficking in the European Union*, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140780/LDM_BRI\(2014\)140780_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140780/LDM_BRI(2014)140780_REV1_EN.pdf); UNODC, *Trafficking in Persons to Europe for sexual exploitation* https://www.unodc.org/documents/publications/TiP_Europe_EN_LORES.pdf.

³² *European Migration Network Study Identification of victims of trafficking in human beings in International Protection and Forced return procedures*, March 2014, http://ec.europa.eu/dgs/homeaffairs/whatwedo/networks/european_migration_network/reports/docs/emnstudies/emn_synthesis_identification_victims_trafficking_final_13mar2014.pdf.

plotters. Among these asylum seekers there are Eritrean people, Syrian people, and other people fleeing from different conflicts, those people have no confidence on the Italian/European system and even if there are new European instruments such as the Relocation possibility, they try to leave the first European state where they to joint their parental net in other area of Europe.

Nigerian, Gambian, Malian and Ivorian women could be invited to leave the first State of arrival and reception centers, the criminal net of smugglers used to give false information such as reception condition, with different means of control, physical and psychological using violence and authority threatening the personal and the family in the original country, these women are leaving the centres in some case before the first aid support without any information and with any possibility for the authority of the State of arrival to understand that they could be unaccompanied minors.

From Southern Nigeria, especially from Edo State, there are many young women, Nigerian girls, some unaccompanied minors, victims of trafficking in human beings, carry through third countries to the coveted Promised Land called Europe. The journey often starts from a false promises of a better life, relatives or good benefactors who promise them the funding for a trip that will lead ‘to the possibility’ of doing a good job and can thus even help their family in Nigeria³³. Some are also fully aware of the fact that will have to carry out the activities ‘of prostitutes reached their destination, but also such activities’ view from Nigeria and designed in Europe seems perhaps an activity ‘freedom, choice, conscious, no one would imagine to slavery’ on the ground of protection of human rights and in that land which exports development cooperation, these women seeing Europe from Nigeria can not imagine or believe, despite some information campaigns is present in their country of origin, that once you arrive in Europe, in Italy, at your desire destination you could be a slave in a foreign land³⁴.

³³ EASO Country of Origin Report, Nigerian Sex Trafficking of Women, October 2015, available at <http://www.refworld.org/pdfid/5631cf0a4.pdf>.

³⁴ Trafficked to Turin: the Nigerian women forced to work as prostitutes in Italy, The Guardian, 7 august 2016, <https://www.theguardian.com/global-development/2016/aug/07/nigeria-trafficking-women-prostitutes-italy>.

The forced migration of these women begins as a journey, a migration that seems to be a choice, a mirage that finally comes true: reach Europe in order to help their relatives to survive; to be able to leave horrible domestic violence without any protection by their national authorities, a forced marriage decided by parents to help the family to find economic solution through the bride price, condition of forced labour due to the difficult social condition. Along the way, step by step, on the way to the Europe through transit countries, know the condition of slavery: the inability to have the control and freedom of their lives, by small gestures that from kind imperative become violent that their lives become property of others, that their only freedom is obedience, they can no longer choose for themselves.

Forced to carry out the activity of prostitution through physical and psychological constraints, slaves obliged to obey start to be their everyday life. Women deprived of their will and their identity, they have been sold³⁵. These women gradually contract a debt that as they approach the long-desired goal of the trip increases. If they are able to go on after the difficult journey and exploitation in Libya, and if they survive the journey through the Mediterranean sea, then could be obliged in the country of asylum to start the new slavery in the new exploitation because the criminal organizations are controlling them and they are able to understand the lack of information and protection about anti trafficking system in many European countries³⁶.

After reaching the destination in fact the network of slavery that picks them and they can't know that they have the right to be free thanks to the legal instruments of protection to support with adequate

³⁵ Human Trafficking & Modern-day Slavery In the early years of the 21st Century <http://gvnet.com/humantrafficking/Italy.htm>; A. ANGEL AJANI, *Domestic Enemies and Carceral Circles, African Women and Criminalization in Italy*, Chapter 1, in J. SUDBURY, *Global Lockdown: Race, Gender, and the Prison-Industrial Complex*, London, March 2014; UNHCR, Comments on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims (COM(2010)95, 29 March 2010), <http://www.unhcr.org/4c0f932a9.pdf>.

³⁶ F. NICODEMI, *La tutela delle vittime della tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2015.

legal and social help victim of trafficking, these instruments of protection should be more effective and they should take part from the sea arrival in the first reception centres called *hotspot*

6. Conclusion

European Directive 36/2011 prescribes that asylum authorities and anti-trafficking authorities collaborate to face the trafficking in human being giving protection to refugee people among victim of trafficking. As a matter of fact smugglers and criminal net are using also the asylum system of reception and to introduce their victims into the territory through legal instrument, both for the asylum and the anti-trafficking authorities to be aware about this to improve working net and training system able to face the trafficking of human being assuring protection of victims in the country of asylum and in case of refugee also in the country of residence or origin are new challenges in these new difficult massive flows of person in needs of protection³⁷. The refugee and asylum seekers have to be considered vulnerable people, the state both during the asylum procedure and the reception system should consider the fact that refugee could be victim of trafficking, this came up in the asylum European directives³⁸.

The importance to take into consideration the nexus between asylum policy and anti-trafficking has been underlined also in the monitoring phase of Directive 36/2011/UE assuring aid available to victims of trafficking not only in criminal proceedings but also in any other civil, proceedings in which they are involved, also, of course in the asylum procedure. Directive 2004/81/EC prescribes that all victims of trafficking on human beings should be systematically informed of the possibility of benefiting from a recovery and reflection period, and should actually be granted such a period also inside the asylum procedure, for this rea-

³⁷ M.G. GIAMMARINARO, Report as Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Human Rights Council, United Nation General Assembly, 31 March 2015, A/HRC/29/38.

³⁸ C. BAULOZ, I. MELTEM, I. CIGER, S. SINGER, V. STOYANOVA, *Seeking the Asylum in the European Union: in Selected Protection Issues*, Leiden, May 2015.

son in some case, such as in the Italian case, asylum authorities are working on assuring an adequate time of reflection giving to asylum seekers victims of trafficking the possibility to have access to experts on anti-trafficking³⁹.

All the authorities taking part in the migration procedures: from sea arrivals, to expulsion procedures, and NGO involved in the mixed migration contest should know and individualized case by case, the nexus between asylum and risk of trafficking in the context of the refugee protection and human rights protection. It is necessary joint work to support and to prevent trafficking in human beings. States of asylum and States of transit should work hard on the prevention of trafficking in human being among refugee assuring an effective protection zone, not exposing refugee to inadequate reception condition creating the basis of slavery and assuring training to all authorities and NGO involved, understanding the risk behind the lack of identification and protection of victims of trafficking: the criminal organization reinforcement is the natural consequences. If Europe thinks to stop migration trough wall, bilateral agreements with Undemocratic Third countries, the natural consequences would be the amount of forced migration controlled by criminal organization⁴⁰.

European Member States should improve their activities in this critical historical moment to protect victim of trafficking, refugee people victim of trafficking in the mixed flow context. The protection of borders and all the gaps to assure identification and protection to victims of trafficking could not be reasons not to find the adequate support to victim of trafficking and refugee people in the trafficking contexts because as we see they should be protected as an obligation of International and European legal law. All the multilevel instruments, both from the refugee law and from anti-trafficking law should have application in the same case trough authorities compulsory training and coordination, in

³⁹ Progetto co-finanziato dalla Commissione Europea – DG Affari Interni – Programma “Prevenzione e lotta contro il crimine” NO TRATTA, *Vittime di Tratta e richiedenti protezione internazionale*, 10 June 2015, available at <http://www.nostratta.it/tratta-e-asilo-e-online-il-rapporto-di-ricerca-di-no-tratta/>.

⁴⁰ A. DI MARTINO, F. BIONDI DAL MONTE, I. BOIANO, R. RAFFAELLI, *The criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy*, Pisa, 2013.

order to protect refugee and to protect victim of trafficking and in order to prevent trafficking of human beings in forced migration flows, it could not be possible to go on separating anti trafficking obligations from refugee law and all the other international legal binding instruments⁴¹.

⁴¹ Report on the implementation of the Directive 2011/36/EU of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims from a gender perspective (2015/2118(INI)).

LE ESPULSIONI COLLETTIVE DI STRANIERI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Francesco Luigi Gatta

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Le migrazioni internazionali: generalità e inquadramento giuridico del fenomeno.* 3. *L'espulsione e l'allontanamento del migrante dal territorio nazionale.* 4. *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri.* 5. *Le espulsioni collettive nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.* 6. *Le condanne per violazione del divieto di espulsioni collettive.* 7. *Conclusioni.*

1. Introduzione

Negli ultimi anni l'immigrazione ha guadagnato posizioni di sempre maggiore priorità nell'agenda politica dei governi nazionali: il crescente sviluppo dei flussi migratori internazionali, infatti, ha indotto gli Stati a correre ai ripari, cercando forme di solidarietà e cooperazione internazionale nell'ottica di meglio gestire il problema.

Conseguentemente, si è assistito al moltiplicarsi di iniziative ed azioni volte ad affrontare la questione in modo "scientifico" ed organizzato, studiando ed analizzando il fenomeno migratorio sotto vari punti di vista e ponendo l'accento, in particolar modo, sul tema della protezione e della tutela delle diverse categorie di stranieri migranti. La maggior considerazione raggiunta dal problema migratorio è testimoniata altresì da elementi quali la particolare attenzione dei media, un'accresciuta presa di coscienza presso la società¹, nonché da iniziative di

¹ Secondo i risultati di un'indagine dell'Eurobarometro compiuta nel maggio 2015, i cittadini europei hanno dimostrato di considerare l'immigrazione come la maggiore e più urgente sfida per l'Unione europea. Il dato è indirettamente confermato dalle risultanze dell'indagine dell'Eurobarometro del 2016 in tema di aiuti allo sviluppo: la vasta maggioranza degli europei (quasi 9 su 10) concorda sul fatto che gli aiuti allo sviluppo,

sensibilizzazione come, ad esempio, l'istituzione di giornate ufficialmente dedicate a tali tematiche, quali la giornata mondiale del migrante (18 dicembre) e del rifugiato (20 giugno) proclamate dalle Nazioni Unite², ovvero, con riferimento all'Italia, la giornata nazionale in memoria delle vittime dell'immigrazione recentemente istituita con la legge 21 marzo 2016, n. 45³.

Simili attenzioni dedicate alla drammatica questione dei migranti dimostrano l'esigenza di "tenere il passo" con gli sviluppi del fenomeno migratorio generale, le cui dinamiche sono oggetto di una complessa e continua evoluzione. Al di là, infatti, dell'impressionante aumento numerico dei migranti – tale da aver condotto alla più vasta e grave crisi migratoria dopo la Seconda guerra mondiale⁴ –, si assiste anche a cambiamenti nelle modalità con le quali essi si spostano: mediante movimenti individuali o di gruppo, via mare o via terra, seguendo determinate rotte e percorsi, spesso appoggiandosi a meccanismi criminali ormai collaudati che costituiscono dei veri e propri sistemi strutturati di gestione del *business* dei migranti.

contribuendo alla lotta alla povertà e al sostegno alla crescita dei paesi in via di sviluppo, costituiscano un modo efficace per contrastare l'immigrazione irregolare.

² Le giornate mondiali del migrante e del rifugiato sono state proclamate ufficialmente il 4 dicembre 2000, rispettivamente con le risoluzioni delle Nazioni Unite n. A/RES/55/93 e n. A/RES/55/76.

³ La giornata viene celebrata il 3 ottobre, come ricorrenza della c.d. tragedia di Lampedusa del 3 ottobre 2013 in cui, a seguito del naufragio di una imbarcazione libica avvenuto a poche miglia del porto di Lampedusa, centinaia di migranti persero la vita, determinando una delle più gravi catastrofi marittime nel Mediterraneo dall'inizio del XXI secolo.

⁴ Secondo i dati forniti dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), alla fine del 2014, a livello mondiale, ammontavano a circa 60 milioni gli individui soggetti a migrazione forzata a causa di fattori quali guerre, persecuzioni, violenze e gravi violazioni dei diritti umani. Di questi, circa un terzo (19,5 milioni) erano rifugiati. Questi dati costituiscono un record assoluto nell'entità delle migrazioni forzate, rappresentando così la più crisi del periodo post Seconda guerra mondiale. Per un'analisi dettagliata e approfondita delle statistiche, v. *UNHCR, Statistical Yearbook 2014*, 14th edition, 8 December 2015, disponibile *online* sul sito ufficiale dell'agenzia UNHCR, <http://www.unhcr.org/statistics/country/566584fc9/unhcr-statistical-yearbook-2014-14th-edition.html>.

Tra i vari processi di collaborazione interstatale avviati nell'intento di gestire il fenomeno migratorio, quello sviluppato in seno all'Unione europea senz'altro spicca su tutti per rilevanza: si tratta, infatti, del più avanzato sistema normativo-istituzionale di gestione delle migrazioni e della mobilità internazionale di individui. Cionondimeno, l'attuale "crisi dei rifugiati", determinando un'eccezionale pressione migratoria contro le frontiere europee⁵, ha posto seriamente in dubbio uno dei più fondamentali pilastri dell'intero processo d'integrazione europea nonché uno dei diritti maggiormente apprezzati dal cittadino dell'Unione: la libertà di circolazione in uno spazio privo di controlli e barriere.

L'atteggiamento verso i cittadini dei Paesi terzi, in particolare, appare caratterizzato da profili di repulsione e timore. Nel periodo recente, diversi governi hanno così optato per politiche migratorie improntate alla chiusura, al rafforzamento della sicurezza e dei controlli, nonché a un sempre maggiore ricorso agli strumenti del diritto penale, nell'ottica di un inasprimento delle norme nei confronti degli stranieri. Alcuni Stati poi, soprattutto se geograficamente più esposti ai flussi migratori, hanno messo in atto una serie di pratiche piuttosto discutibili, non solo da un punto di vista di politica dell'immigrazione e della loro concreta efficacia, bensì anche – e, per quel che qui interessa, soprattutto – della loro legittimità giuridica e della compatibilità con la normativa sovranazionale posta a tutela dei diritti del migrante.

⁵ Secondo gli ultimi dati del rapporto annuale sull'analisi dei rischi 2016 elaborato dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione internazionale alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (Frontex), nel 2015 si sono registrati più di 1 milione e 800 mila ingressi irregolari lungo le frontiere esterne comuni dell'Unione europea. Sempre secondo il citato rapporto, il numero maggiore di ingressi (circa 900 mila) si è avuto nel contesto della c.d. rotta del Mediterraneo orientale, interessando soprattutto il flusso di migranti dalla Turchia alla Grecia lungo il Mar Egeo e le isole greche. Dai dati statistici altrettanto significativa risulta la poderosa crescita dell'afflusso di migranti lungo la c.d. rotta dei Balcani occidentali, che si colloca infatti al secondo posto per numero di ingressi irregolari nel 2015. Quanto alla nazionalità dei migranti, al primo posto si riscontrano i siriani (più di mezzo milione) seguiti dagli afghani (quasi 300 mila). Per una presentazione analitica e dettagliata delle statistiche circa i flussi migratori nell'Ue nel 2015, v. *Frontex, Risk Analysis for 2016*, Frontex March 2016, disponibile online sul sito ufficiale dell'agenzia: http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annula_Risk_Analysis_2016.pdf.

Tra queste iniziative rileva, in particolare, quella delle espulsioni collettive di stranieri, condotta fortemente criticabile che si pone in aperto contrasto con la normativa internazionale e, in particolare, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Come infatti si cercherà di illustrare nei paragrafi seguenti, lo Stato ha pienamente il diritto – e, aggiungiamo, anche il dovere – di sorvegliare i propri confini, di controllare gli ingressi di stranieri sul proprio territorio ed anche, qualora ciò risponda a giustificati interessi nazionali, prendere provvedimenti (come l'espulsione) nei confronti del singolo cittadino straniero.

Gli Stati, insomma, mantengono il potere di impostare le proprie politiche di controllo e gestione dell'immigrazione in maniera tendenzialmente libera. Tendenzialmente, ma non del tutto. Infatti, all'esito di un significativo processo evolutivo che ha interessato norme e principi del diritto internazionale, si è giunti all'imposizione di una serie di limiti alle prerogative ed ai poteri degli Stati in materia d'immigrazione. Queste limitazioni trovano fondamento nell'esigenza di tutelare lo straniero migrante e i suoi diritti più fondamentali (come la vita e la libertà), esigenza che è percepita come superiore rispetto ai diritti e agli interessi, pur legittimi, dello Stato.

Nel percorso graduale che ha condotto alla definizione di uno statuto minimo di diritti del migrante e, quindi, da un lato all'affermazione della loro portata e rilevanza e, dall'altro, all'erosione della sovranità degli Stati, la giurisprudenza ha avuto un ruolo determinante. Ciò è vero ed evidente, in particolare, con riferimento al divieto di espulsioni collettive di stranieri così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. Le migrazioni internazionali: generalità e inquadramento giuridico del fenomeno

Le migrazioni internazionali costituiscono un fenomeno estremamente complesso e multiforme che presenta legami e punti di contatto significativi con diversi contesti. Esso, inoltre, interagisce continuamente con fattori di varia natura: economici, politici, sociali, culturali e

financo religiosi. Non meno rilevanti poi, in questo senso, risultano le implicazioni nell'ambito giuridico.

Infatti, il migrante che si sposta nel tentativo di raggiungere un altro Stato rispetto al proprio d'origine, oltre a quello effettivo e materiale fatto di beni, speranze ed aspettative, porta con sé anche un ulteriore "bagaglio" di situazioni giuridiche, in grado di generare questioni spesso complesse e delicate. In questo modo il fenomeno delle migrazioni internazionali, da un punto di vista giuridico, è in grado di produrre rilevanti implicazioni sia, per così dire, da un punto di vista verticale, sia orizzontale.

Verticalmente, infatti, la questione migratoria si presta a un'analisi giuridica su vari livelli. A livello di fonti normative, in particolare, vengono in rilievo diversi ambiti: il contesto internazionale, articolato nelle sue varie componenti e dimensioni, quello interno degli Stati e dei relativi ordinamenti nazionali, nonché, in epoca più recente, anche e sempre più quello riferibile ai diversi processi regionali di cooperazione nella gestione dell'immigrazione. Tra questi ultimi, in particolare, significativo risulta soprattutto il caso dell'Unione europea, la cui attività normativo-istituzionale nell'ambito della circolazione degli individui è cresciuta e si è sviluppata considerevolmente negli ultimi anni.

Da un punto di vista orizzontale, poi, lo spostamento dello straniero migrante è idoneo a generare una serie di implicazioni tali da chiamare in causa diversi settori del diritto. A titolo esemplificativo, vengono in rilievo norme in materia di sicurezza e controlli alle frontiere, tutela dei diritti umani, diritto della navigazione e normativa nel settore dei trasporti, nonché, ancora, profili legati all'integrazione del migrante nella società e, così, diritto al lavoro e a varie prestazioni sociali e via dicendo. Senza contare poi che, come si è accennato, nel recente periodo le politiche nazionali di contrasto all'immigrazione irregolare hanno dimostrato sempre più la tendenza a far ricorso a strumenti del diritto penale, nell'ottica di aumentare la sicurezza, profilo peraltro di massimo rilievo alla luce dell'attuale questione del terrorismo.

Sono dunque molteplici e complicate, come s'intuisce, le implicazioni giuridiche che le migrazioni internazionali sono in grado di produrre. Oltre alla pluralità delle fonti normative coinvolte e ai numerosi intrecci e punti d'intersezione con altre materie, il fenomeno migratorio

risulta ancor più arduo da affrontare alla luce del grado di diversificazione e complessità raggiunto dalle sue dinamiche. Pur nella difficoltà del contesto, tuttavia, volendo tentare di semplificare, si può inquadrare la migrazione come quel processo che, nella sua forma basilare e più semplice, determina l'insorgere di un rapporto tra il soggetto migrante, protagonista dello spostamento, e due luoghi diversi, quello di partenza e quello di destinazione.

Proprio in questo rapporto triangolare che si crea tra il migrante, lo Stato d'origine e lo Stato di destinazione risiede il punto centrale (e più problematico) del fenomeno migratorio internazionale che interessa e coinvolge l'analisi giuridica. Infatti, è da una tale relazione che scaturisce, conformemente a norme di diversa fonte e natura, un particolare fascio di diritti, obblighi e responsabilità. Questi, a loro volta, corrispondono a diversi bisogni dei soggetti coinvolti che, ponendosi in contrasto tra loro, possono generare un conflitto di interessi e posizioni giuridiche che il diritto ha il dovere di bilanciare.

Ci si trova pertanto in un contesto di potenziale frizione tra esigenze e interessi contrapposti: da un lato, quelli del migrante che cerca l'ingresso in un certo Paese e richiede protezione, dall'altro, quelli dello Stato di destinazione, il quale ha la necessità oltretutto il diritto di controllare le frontiere e gli ingressi sul proprio territorio nazionale. Analizzando queste due diverse posizioni si coglie per l'appunto la necessità di un contemperamento tra diritti e interessi rilevanti, questione che le corti internazionali hanno risolto facendo "pendere l'ago della bilancia" ora in favore dell'uno ora dell'altro, anche se, nel periodo recente è dato riscontrare una crescente tendenza nel far prevalere la necessità di tutela dei diritti umani fondamentali del migrante.

In questo senso, valutando la posizione giuridica del migrante, questi deve, prima di tutto, potersi "mettere in movimento", rappresentando l'abbandono del suo Paese di origine alla volta di altra destinazione il primo passo e il requisito fondamentale del fenomeno della migrazione internazionale. Ebbene, diversi trattati internazionali riconoscono espressamente all'individuo un diritto di circolazione o una libertà di

movimento in uscita e, così, la facoltà di abbandonare volontariamente il proprio Paese d'origine⁶.

Ciò detto, una precisazione si rende necessaria quanto al contenuto di tale diritto. Se è vero, infatti, che numerosi strumenti giuridici, internazionali e non, attribuiscono un simile diritto di uscita e di lasciare il proprio Paese d'origine, non altrettanto però può dirsi nel senso che lo stesso contenga e garantisca un analogo diritto d'ingresso in un determinato Paese diverso dal proprio. Se, in altri termini, può ravvisarsi un diritto all'emigrazione, non è invece configurabile un corrispondente diritto di immigrazione in un certo altro Stato. Pertanto, come è stato osservato, si riconosce “il diritto di partire ma non quello di scegliere dove andare”⁷.

Quello in questione non rappresenta, dunque, un diritto assoluto e i trattati internazionali, in effetti, hanno imposto obblighi allo Stato di partenza ma non a quello di destinazione. Gli Stati che ricevono i flussi di migranti, infatti, mantengono pienamente il diritto sovrano di controllare i propri confini e le frontiere, potendo gestire l'ingresso e la presenza di individui stranieri sul proprio territorio nazionale.

Si tratta, del resto, di un principio tradizionale del diritto internazionale: la sovranità dello Stato si esplica tipicamente nel controllo del proprio territorio nazionale e, così, delle persone che intendono farvi

⁶ V. in particolare la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 13), il Patto sui diritti civili e politici (art. 12), la Convenzione sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie (art. 8). Analogamente, una simile libertà è stata prevista nei principali strumenti normativi di tutela dei diritti umani a livello regionale e così nella Convenzione americana sui diritti umani (art. 22, par. 2), nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (art. 12, par. 2), nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo (art. 2, Protocollo n. 4). Infine, spesso sono anche le stesse normative interne agli Stati a riconoscere, generalmente a livello costituzionale, il diritto di abbandonare volontariamente il territorio nazionale. Così l'Italia ad esempio, per cui, ai sensi dell'art. 16, comma 2 Cost., “ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi”.

⁷ M. DI FILIPPO, *La c.d. libertà di circolazione nel diritto internazionale: il diritto di uscita dal paese di origine e il diritto di ingresso o ritorno nel paese di cittadinanza*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 55.

ingresso e permanervi⁸. Tale diritto sovrano dello Stato non è contestato, essendo anzi stato più volte ribadito e confermato in una serie di occasioni più o meno recenti dalla giurisprudenza, compresa, in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo⁹.

Avendo ciò chiarito, tuttavia, nel corso del tempo si è assistito alla progressiva affermazione circa la titolarità riconosciuta allo straniero migrante di un nucleo di diritti minimi e intangibili che, come tali, esigono rispetto e devono esser garantiti dagli Stati sempre e in ogni circostanza¹⁰. Di conseguenza, pur non essendo in discussione uno dei profili classici della sovranità statale – il controllo del territorio e della presenza di stranieri su di esso – la sussistenza di obblighi di trattamento e tutela del migrante risulta idonea a comprimere – o, quanto meno, a condizionare – i poteri e le libertà dello Stato. Ne segue che l'obbligo inderogabile di tutelare i diritti umani basilari produce ripercussioni dirette sul livello di discrezionalità degli Stati nelle scelte in materia di politica di controllo dell'immigrazione e sulle modalità di esercizio concreto delle proprie prerogative sovrane.

Ecco allora che, in definitiva, in quella mediazione tra contrastanti interessi e diritti, l'esigenza dello Stato, pur legittima, di tutelare la pro-

⁸ Emblematica in questo senso la considerazione dell'Institut de droit international che, già nel proprio documento del 1892 «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers», affermava: «Per ciascuno Stato il diritto di ammettere o rifiutare l'ammissione dello straniero, di ammetterlo condizionatamente o di espellerlo costituisce una logica e necessaria conseguenza della propria sovranità ed indipendenza». V. Institut de droit international, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, Genève, 1892, disponibile online all'indirizzo: http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1892_gen_01_fr.pdf.

⁹ V., in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, ricorsi n. 9214/80, 9473/81, 9474/81; sentenza 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ricorso n. 19776/92; sentenza 8 dicembre 2005, *Mahdid e Haddar c. Austria*, ricorso n. 74762/01; sentenza 22 settembre 2009, *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, 30471/08; più di recente, v. sentenza 1° settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, ricorso n. 16483/12, ove i giudici di Strasburgo, in riferimento alle prerogative e ai poteri degli Stati, hanno ribadito «il diritto indiscutibile di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri sul proprio territorio» (par. 119).

¹⁰ Sulla sussistenza di uno "statuto" minimo di diritti riconosciuti allo straniero e sul processo evolutivo che ha condotto alla sua configurazione, v. B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013.

pria sovranità e sicurezza spesso è destinata a cedere di fronte alla necessità superiore di proteggere lo straniero migrante, in quanto titolare di una serie di beni e diritti assoluti (vita, dignità personale) intesi quali elementi minimi ed indispensabili ad ogni essere umano per condurre una vita degna e libera.

Questa impostazione così riassunta, rappresenta il significativo approdo di un percorso evolutivo sviluppato dalla giurisprudenza in particolare con riferimento a due tipologie di provvedimenti che possono colpire il migrante una volta raggiunto il territorio dello Stato di destinazione: la detenzione e l'espulsione. Di questo secondo elemento, in particolare, ci si occuperà nel paragrafo che segue.

3. L'espulsione e l'allontanamento del migrante dal territorio nazionale

Si è appena visto che lo Stato ha (e mantiene), quale forma tipica d'espressione della propria sovranità, il diritto di controllare le proprie frontiere e di decidere sull'ingresso di stranieri nel territorio nazionale. La discrezionalità di cui lo Stato gode nell'esercizio di tale potere, tuttavia, può andare incontro a limiti e condizionamenti anche significativi, al punto che, in taluni casi, esso può essere obbligato, suo malgrado, ad ammettere lo straniero migrante sul proprio territorio o, qualora questi vi sia già presente, ad astenersi dall'allontanarlo.

La sussistenza di un nucleo minimo di diritti essenziali dello straniero migrante è quindi in grado, per così dire, di esercitare una forza di resistenza a provvedimenti di allontanamento emessi dallo Stato di destinazione, i quali pure, astrattamente, rappresentano un'azione legittima ai fini del controllo dell'immigrazione o della tutela della sicurezza nazionale.

In questo senso, in generale, l'allontanamento dello straniero, comunque lo si definisca (espulsione, respingimento, rimpatrio, ecc.), si concretizza in un provvedimento dello Stato che dispone la rimozione, volontaria o coattiva, dello straniero dal territorio nazionale, sulla base della considerazione della sua presenza come contraria agli interessi della comunità nazionale. L'espulsione pertanto, come tale, è idonea a

configurare una situazione potenzialmente lesiva dei diritti dello straniero che, in cerca di tutela e protezione, si vede invece respinto.

Ora, pur essendo l'espulsione fattispecie regolamentata da diverse fonti e strumenti giuridici a livello internazionale, manca tuttavia una disciplina organica al riguardo, con conseguenze in termini di disordine e sovrapposizione tra le varie normative¹¹. Cionondimeno è possibile tratteggiare un percorso evolutivo generale che ha interessato lo sviluppo della materia. In questo processo, in particolare, decisiva si è rivelata l'opera della giurisprudenza internazionale, sviluppatasi soprattutto sulla base del crescente ruolo dei diritti umani e dell'affermazione del principio di non discriminazione ed uguaglianza.

Originariamente, infatti, nel corso dei secoli XIX e XX, in un più generale e caratteristico contesto di preminenza della sovranità dello Stato, il potere di espellere lo straniero dal territorio nazionale risultava particolarmente ampio, caratterizzato da un notevole livello di discrezionalità, essendo arginato solo da limiti molto elastici e non precisamente definiti, legati per lo più a principi giuridici generali quali la buona fede o il divieto di abuso del diritto¹².

È a partire dal secondo Dopoguerra, in particolare, che inizia a delinearsi un sistema meglio definito di limiti e condizioni al potere sovrano di allontanare lo straniero dal territorio dello Stato. In questo senso,

¹¹ Proprio sulla base di questa premessa, nel 2004 la Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite ha avviato un'iniziativa volta ad un riordino e ad una codificazione delle norme in tema di espulsione dello straniero migrante. A seguito della nomina del Relatore speciale Maurice Kamto e dei lavori svolti sulla materia, nel 2006 è stato realizzato un Memorandum che analizza dettagliatamente il tema dell'espulsione, l'evoluzione della relativa normativa e le principali questioni sorte nel tempo (*International Law Commission, Expulsion of aliens: Memorandum by the Secretariat*, A/CN.4/565, Geneva, 10 July 2006). Successivamente nel 2012, in seguito agli ulteriori progressi nei lavori, la Commissione di diritto internazionale ha adottato un progetto provvisorio di articoli in tema di espulsioni di stranieri, poi adottato ufficialmente e presentato all'Assemblea Generale nel 2014 (*International Law Commission, Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries*, 2014, sixty-sixth session - A/69/10). Il progetto di articoli è disponibile online all'indirizzo: http://legal.un.org/doc/s/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_12_2014.pdf&lang=EF.

¹² Sul punto dettagliatamente v. il citato Memorandum *Expulsion of aliens* elaborato dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, in particolare la sezione VI, *General limitations on the right of a State to expel aliens*, pp. 140 e ss.

la vera e propria “pietra angolare”¹³ del sistema di tutela del migrante contro l’espulsione è costituita dal c.d. principio di non respingimento (*non refoulement*), il quale, sostanzialmente, impone il divieto di espellere o respingere (*refouler*) il soggetto straniero verso un Paese dove lo stesso rischia di incontrare forme di persecuzione e soffrire rischi per la propria vita o libertà¹⁴.

Il principio in parola, enunciato in modo fondamentale nell’art. 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951, è stato poi ripreso e riaffermato in diversi altri strumenti normativi internazionali, avendo peraltro – secondo la maggior parte delle opinioni – raggiunto il rango di norma imperativa di diritto internazionale, o di *ius cogens*¹⁵. In questo senso, nel processo evolutivo che

¹³ Il principio di *non refoulement* è stato così esplicitamente definito dalla Corte di giustizia dell’Unione europea in un recente caso relativo ad una domanda d’asilo presentata in Germania da un membro delle forze armate USA. V. Corte di giustizia (seconda sezione), sentenza del 26 febbraio 2015, *Shepherd c. Germania*, Causa C-472/13, paragrafo 22.

¹⁴ La letteratura in materia è davvero vastissima, senza alcuna pretesa di esaustività e con solo riferimento ai contributi più recenti della dottrina italiana, tra i molti, v. B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, cit.; A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012; C. FAVILLI (a cura di) *Procedure e garanzie del diritto d’asilo*, Padova, 2011; G. D’IGNAZIO, S. GAMBINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010; P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto (AQ), 2008; G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008.

¹⁵ In questi termini cfr. G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *Refugee in International Law*, Oxford, 2007, pp. 226-232 e pp. 343-354; J. ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 13, 2001, p. 533 ss.; S.E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the Principle of non-refoulement*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (a cura di), *Refugee protection in International Law*, Cambridge, 2003, p. 78 ss. e p. 140-163; A. HURWITZ, *The collective responsibility of States to protect refugees*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2009, pp. 204-209. Tra la dottrina italiana, a sostegno della tesi circa l’esistenza di una norma consuetudinaria di diritto internazionale sull’obbligo di *non-refoulement*, v. F. SALERNO, *L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 3, p. 7-10 e p. 16-20; M. DI FILIPPO, *L’ammissione di cittadini stranieri*, in

ha interessato il principio di non respingimento, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto – e continua ad avere – un ruolo determinante.

A ben vedere, anzi, il percorso giurisprudenziale svolto in materia di tutela dello straniero migrante rappresenta uno degli esempi più significativi dell'opera di “interpretazione dinamica” compiuta dalla Corte sul testo della Convenzione. Un percorso ancor più rilevante in quanto la CEDU non contiene disposizioni che tutelano in maniera esplicita e diretta lo straniero da provvedimenti individuali di espulsione ma che, proprio per questo, dà atto del fondamentale processo di evoluzione e potenziamento dei suoi contenuti e così dell'attuazione – per riprendere proprio le parole del preambolo della Convenzione – di quello “sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” necessario per mantenere vivo e al passo con i tempi questo strumento di protezione dei diritti fondamentali nato nel 1950.

Il punto chiave nel lavoro interpretativo della Corte, avviato a partire dagli anni '90, è rappresentato dall'art. 3 CEDU, il quale, in una disposizione del tutto scarna e sintetica, testualmente stabilisce che “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”. Ebbene, è a partire da queste poche parole che i giudici di Strasburgo, tramite la loro opera interpretativa, negli anni hanno forgiato una sorta di efficace “armatura giuridica” per il migrante, in grado di proteggerlo contro i provvedimenti di espulsione degli Stati, i quali hanno visto così fortemente comprimersi i propri poteri in un settore – il controllo dell'immigrazione – che prima avevano saldamente in mano e nel quale potevano agire con ampio margine di discrezionalità.

A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI, *Immigrazione, Diritto e Diritti*, cit., p. 106 e ss. In senso contrario, invece, cfr. J.C. HATHAWAY, *Leveraging Asylum*, in *Texas International Law Journal*, 2010, 45, p. 503 e p. 507-527. Circa l'appartenenza del principio di *non-refoulement* al diritto internazionale consuetudinario si è espresso l'UNHCR nel suo parere “The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law”, reso in risposta a un quesito sottopostogli dalla Corte Costituzionale tedesca nel 1994 (v. UNHCR - The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93, 31 January 1994).

Così, nonostante la mancanza nella CEDU di una disposizione che protegga il migrante contro l'espulsione¹⁶, la Corte ha dato vita di "rimbalzo" a una tale forma di tutela, fondandola sul principio di *non refoulement* e sull'art. 3 che vieta la tortura. In questo modo, senza mai mettere in discussione il diritto sovrano dello Stato di allontanare lo straniero dal proprio territorio, la Corte arriva ad affermare che l'espulsione del migrante verso un altro Stato può dar luogo alla responsabilità dello Stato autore del provvedimento espulsivo qualora sussistano fondati motivi per ritenere che il soggetto in questione, se effettivamente espulso, sarebbe esposto al rischio di subire trattamenti contrari all'art. 3 nel Paese di destinazione.

Questa l'impostazione di base. La Corte poi, nell'analisi della casistica specifica, ha avuto modo di raffinare gli elementi rilevanti per la tutela giuridica del migrante contro l'espulsione, potenziandola fino a individuare un obbligo di protezione avente carattere non derogabile. In questo modo lo Stato viene posto in una sorta di situazione di "scacco matto": secondo la Corte di Strasburgo, infatti, una violazione dell'art. 3 – anche solo indiretta e potenziale – non è ammissibile, mai e in nessun caso.

Proprio questo appare come l'approdo più significativo della giurisprudenza in tema di espulsione dello straniero che fa, inesorabilmente, cedere prerogative e diritti dello Stato di fronte alla superiore esigenza di tutelare i diritti umani basilari del migrante. Nelle sue più recenti pronunce, infatti, la Corte ha affermato con forza come l'art. 3 costituisce un elemento primordiale della stessa CEDU, uno dei valori fondamentali delle società democratiche che hanno formato lo stesso Consiglio d'Europa, con la conseguenza che esso, come tale, non tollera mai nessuna deroga od eccezione¹⁷.

¹⁶ Ad eccezione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 che, però, non offre una forma di tutela individuale, bensì comune o "di gruppo", vietando le espulsioni collettive di stranieri. Sul punto v. *infra* al paragrafo seguente.

¹⁷ Così Corte Edu, sentenza 31 gennaio 2012, *M.S. c. Belgio*, ricorso n. 50012/08, par. 122. L'inderogabilità dell'art. 3, oltre ad essere stata affermata in via giurisprudenziale dalla Corte, è sancita espressamente dalla stessa CEDU, segnatamente, dal par. 2 dell'art. 15.

Non si tratta di mere affermazioni di principio: la Corte non ammette violazioni di questa forma di tutela del migrante ed è arrivata a condannare gli Stati – in particolare l'Italia, come si vedrà *infra* – anche e perfino in situazioni emergenziali legate all'eccezionale pressione migratoria sulle frontiere europee degli ultimi anni. Testimonianza di questo approccio che non ammette attenuanti è l'elaborazione di ulteriori elementi interpretativi di grande rilievo al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei ricorrenti.

Innanzitutto, osserva la Corte, il divieto costruito sull'art. 3 CEDU opera non solo nel caso di allontanamento verso lo Stato di origine del soggetto espellendo, bensì anche nell'ipotesi di espulsione verso un Paese intermedio il quale a sua volta potrebbe rinviare il migrante in un territorio ove questi potrebbe essere esposto a rischio di tortura (c.d. *refoulement* indiretto)¹⁸. In quest'ottica, elemento decisivo a far scattare il meccanismo di tutela è non solo e non tanto l'espulsione nella sua concreta esecuzione, bensì anche e soprattutto solamente il potenziale rischio per il migrante – se effettivamente espulso – di subire trattamenti inumani o degradanti¹⁹.

La protezione del migrante viene così anticipata rispetto all'espulsione, retrocedendo al sussistere del rischio, l'interesse e l'onere di provare il quale gravano comunque sempre sul migrante. La Corte al riguardo però, nelle sue pronunce, ha dimostrato un *modus operandi* che tende a agevolare il ricorrente quanto all'assolvimento dell'onere della prova²⁰. Infatti, nella valutazione della plausibilità del rischio di trattamenti contrari alla CEDU, i giudici prendono in considerazione e danno

¹⁸ In particolare v. Corte Edu, sentenza 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88 e, più di recente, Corte Edu, sentenza 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09.

¹⁹ Il rischio di incorrere in trattamenti contrari all'art. 3 CEDU non può escludersi nemmeno nel caso in cui il rinvio del migrante venga effettuato tra due Paesi dell'Unione europea. Questa la conclusione di notevolissima portata cui la Corte Edu è pervenuta nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, mettendo così in discussione le basi del sistema di ammissione e gestione dei richiedenti asilo nell'Unione europea (c.d. sistema Dublino).

²⁰ Al riguardo in particolare v. Corte Edu, sentenza 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09; Corte Edu, sentenza 7 gennaio 2014, *A.A. c. Svizzera*, ricorso n. 58802/12; Corte Edu, sentenza del 15 gennaio 2015, *A.A. c. Francia*, ricorso n. 18039/11; Corte Edu, sentenza del 15 gennaio 2015, *A.F. c. Francia*, ricorso n. 80086/13.

rilievo alla voce di diversi organismi internazionali attivi nella difesa dei diritti umani, ritenendoli sempre più quali fonti attendibili e degne di attenzione.

In questo modo, tali organizzazioni (come UNHCR, Amnesty International), quando non intervengano esse stesse direttamente in causa a sostegno delle argomentazioni dei ricorrenti²¹, vengono in rilievo per l'attività svolta sotto forma di rapporti, indagini e studi sulla situazione dei diritti umani nei Paesi di origine o transito dei migranti. Simili documenti, attentamente considerati dalla Corte, confermando le testimonianze dei ricorrenti e rafforzando la legittimità delle loro pretese, giocano un ruolo sempre più significativo per la tutela dei migranti, contribuendo, spesso anche in modo decisivo, alla condanna degli Stati per violazione della CEDU.

In definitiva, questa giurisprudenza della Corte dimostra un approccio pragmatico, che valorizza gli aspetti sostanziali e concreti nella prova della sussistenza di rischi derivanti dall'espulsione. Così, se, sulla base di attendibili elementi, vi sono fondate ragioni per ritenere che sussistano – o non vi sono sufficienti garanzie per escludere – rischi di incorrere nei trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU, lo Stato non può validamente giustificare il proprio provvedimento di allontanamento dello straniero.

Così facendo i giudici di Strasburgo hanno contribuito in modo determinante allo sviluppo di un obbligo assoluto ed inderogabile gravante sugli Stati e posto così ad essenziale garanzia della tutela dei diritti umani basilari del migrante. Questa forma di protezione, in particolare, corredata dai vari elementi garantistici sviluppati in via giurisprudenziale, si declina e si applica anche nella fattispecie del divieto di espulsioni collettive di stranieri.

²¹ Così, ad esempio, in occasione della causa *Hirsi Jamaa e a. c. Italia* (Corte Edu, sentenza 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, ricorso n. 27765/09).

4. *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri*

Lo Stato in linea di principio ha – lo si è visto – il diritto di espellere il singolo straniero. Qualora, infatti, l'espulsione risponda ad esigenze reali, effettive e giustificate, nonché quando al concreto allontanamento del soggetto si proceda osservando la normativa rilevante e nel rispetto dei diritti umani, lo Stato esercita un proprio legittimo diritto sovrano²².

Lo Stato non può, invece, procedere ad un'espulsione collettiva di stranieri, questa essendo proibita alla luce del diritto internazionale²³. Si tratta, infatti, di un comportamento largamente non consentito a livello internazionale, essendo il divieto di espulsioni collettive sancito da numerosi strumenti normativi, soprattutto di carattere regionale²⁴.

Tuttavia, nonostante l'ampia diffusione a livello normativo di disposizioni relative alla fattispecie in parola, non vi è una visione chiara e condivisa sulla nozione di espulsione collettiva. In questo senso, allora – analogamente a quanto verificatosi per la tutela contro l'espulsione individuale – è grazie all'intervento della giurisprudenza internazionale (e soprattutto, ancora una volta, della Corte Edu) che si è potuto avere, almeno in parte, un processo di chiarificazione ed elaborazione interpretativa della fattispecie e dei suoi presupposti applicativi, soprattutto

²² Lo conferma chiaramente anche il progetto di articoli in tema di espulsione di stranieri elaborato in seno alla Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite (sul quale v. *supra* nota n. 11). L'art. 3 del progetto, infatti, rubricato "diritto di espulsione", recita: "A State has the right to expel an alien from its territory. Expulsion shall be in accordance with the present draft articles, without prejudice to other applicable rules of international law, in particular those relating to human rights".

²³ Lo conferma indirettamente ad esempio la Convenzione europea di stabilimento, adottata il 13 dicembre 1955 in seno agli Stati membri del Consiglio d'Europa e entrata in vigore il 23 febbraio 1965. Conformemente al Protocollo alla Convenzione, sezione III lettera C, infatti, "The right of expulsion may be exercised only in individual cases".

²⁴ Così, innanzitutto, nella CEDU (art. 4, Protocollo n. 4), nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (art. 12, par. 5), nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo (art. 22, par. 9), nella Carta araba dei diritti umani (art. 26, par. 2). A livello universale, il divieto di espulsioni collettive di stranieri è presente altresì nella Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (art. 22).

nell'ottica di un potenziamento e di un'estensione della tutela dei soggetti beneficiari.

Le incertezze si pongono già e innanzitutto a livello terminologico: gli strumenti normativi internazionali designano la fattispecie talvolta come “espulsioni collettive” (*collective expulsion*) talaltra come “espulsioni di massa” (*mass expulsion*), le due nozioni venendo anche utilizzate spesso (anche se in modo non corretto) come sinonimi.

La figura dell'espulsione collettiva, infatti, pur traendo origine dagli esodi e dalle espulsioni forzate di gruppi etnici o religiosi verificatisi lungo la prima metà del '900 e, in particolare, nel contesto della Seconda guerra mondiale, assume propri specifici connotati a livello giuridico, distinguendosi così dall'espulsione di massa²⁵. Quest'ultima, in particolare, come anche suggerisce il nome, fa della consistente entità del numero dei soggetti espulsi la propria caratteristica principale²⁶.

Con riferimento, invece, alla nozione giuridica di espulsione collettiva, l'elemento differenziale decisivo risiede nel carattere di “non individualizzazione” di tale pratica: gli stranieri sono considerati “in blocco” e come tali vengono espulsi dal territorio dello Stato, senza alcun riguardo per la posizione individuale di ciascuno di essi. Pertanto, determinante ai fini della sussistenza della fattispecie non è tanto il profilo quantitativo del numero dei soggetti coinvolti nella rimozione forzata

²⁵ Sul punto v. J.M. HENCKAERTS, *Mass expulsion in modern international law and practice*, The Hague, 1995, p. 11 ss. L'autore offre una serie di esemplificazioni di espulsioni di massa, come quella degli armeni ad opera dell'impero turco-ottomano negli anni 1915-16 o quella degli ebrei ad opera della Germania nazista a partire dal 1939. In un periodo storico successivo vengono identificati come fenomeni di espulsioni di massa anche episodi occorsi nei territori dell'Est Europa, in particolare con riferimento a trasferimenti coatti di popolazioni ucraine, bielorusse e polacche ad opera dell'Unione Sovietica, nonché i movimenti forzati di individui nel contesto del conflitto in Jugoslavia nel corso degli anni '90.

²⁶ Sebbene ciò che caratterizzi l'espulsione di massa – valendo, nel contempo, a differenziarla dalle espulsioni individuale e collettiva – sia il coinvolgimento di consistente numero di individui, non vi è tuttavia una visione univoca sulla soglia numerica necessaria per poter parlare di “massa” di stranieri espulsi. “There is no absolute answer as to what size group constitutes a mass and what does not. In international law, this dead end has been avoided by providing qualitative, not quantitative, standards, as is more adequately reflected in the term collective expulsion”. J.M. HENCKAERTS, *Mass expulsion in modern international law and practice*, cit., p. 1.

(come, invece, richiede l'espulsione di massa), quanto il fatto che l'espulsione avviene collettivamente, senza cioè che, prima dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento, sia stato condotto un esame individuale della particolare situazione di ogni straniero interessato²⁷.

Non tanto una questione di numeri dunque, bensì di carattere procedurale: gli stranieri vengono considerati non uno ad uno e ciascuno secondo un esame delle proprie circostanze individuali, ma nel loro insieme, essendo quindi l'intero gruppo indistintamente il destinatario del provvedimento. Esemplificando, la Corte Edu ha ritenuto sussistente la fattispecie dell'espulsione collettiva nel caso del generico e indistinto respingimento di un'imbarcazione e dei migranti che ne sono a bordo²⁸.

In definitiva, quindi, la non-individualizzazione della procedura di rimozione forzata dello straniero vale a distinguere l'espulsione collettiva da quella individuale. Non rileverebbe invece, per l'espulsione collettiva, il numero dei soggetti coinvolti (potrebbero astrattamente essere anche solo due), elemento che invece è necessario per avere l'espulsione di massa²⁹.

Nella concretezza delle situazioni, in realtà, i confini delle fattispecie tendono a mescolarsi, non essendo spesso agevole qualificare una vicenda di espulsione secondo l'una o l'altra delle menzionate categorie. Del resto la presenza, nelle recenti pronunce della Corte di Strasburgo, di opinioni del tutto o in parte dissenzienti di alcuni giudici non

²⁷ Questa la linea interpretativa prevalente, promossa e sviluppata in particolare dalle Nazioni Unite (v. il già ricordato Memorandum del 2006 sulle espulsioni di stranieri, pp. 559 e ss.) e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (al riguardo, su tutte v. Corte Edu, sentenza 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99).

²⁸ V. Corte Edu, sentenza 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, ricorso n. 27765/09.

²⁹ Non mancano le opinioni di chi, seppur in minoranza, ritiene che al fine di integrare la fattispecie dell'espulsione collettiva sia necessario considerare anche l'elemento numerico dei migranti coinvolti. Pertanto non si potrebbe, secondo questo orientamento, parlare di espulsione collettiva nel caso di una quantità esigua di soggetti coinvolti. A sostegno di questa tesi si argomenta, in particolare, richiamandosi a quella che è l'origine storica dell'istituto, vale a dire quella dei grandi e consistenti movimenti forzati, veri e propri esodi, attuati nel corso del '900. Al riguardo, in particolare, cfr. l'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Sajò e Vucinic allegata alla decisione del caso *Khlaifia e a. c. Italia* del 1° settembre 2015.

fa che confermare la difficoltà di identificare una determinata vicenda fattuale quale espulsione e, quindi, di inquadrarla nella corretta fattispecie.

Venendo al contenuto precettivo della norma, questa configura un divieto assoluto di porre in essere un'espulsione collettiva di stranieri secondo la nozione che si è illustrata. La norma, infatti, nelle sue varie formulazioni, generalmente si limita semplicemente a proibire, in modo perentorio, la condotta in questione. Così, ad esempio, la CEDU, con una previsione del tutto laconica, stabilisce che “le espulsioni collettive di stranieri sono vietate” (art. 4, Protocollo n. 4). In modo ancora più esplicito e diretto, ma altrettanto sintetico, la Carta araba dei diritti dell'uomo prescrive che “le espulsioni collettive sono proibite in ogni circostanza” (art. 26, par. 2). Analoghe o financo identiche previsioni si rinvengono poi in altri strumenti internazionali³⁰.

Il divieto in parola insomma, nella maggior parte delle sue varie formulazioni, si limita a porre un generale obbligo di astenersi dall'espellere collettivamente gli stranieri, non richiedendo presupposti o condizioni particolari. Il divieto pertanto vale indipendentemente da elementi quali la nazionalità o la condizione regolare o meno dello straniero migrante e senza che siano richiesti requisiti aggiuntivi quali, ad esempio, un certo particolare intento discriminatorio nel provvedimento espulsivo dello Stato³¹.

Nella pratica, gli stranieri facenti parte del gruppo che viene fatto oggetto di un provvedimento di espulsione collettiva sono tendenzialmente accumulati da elementi quali la nazionalità o l'origine etnica, con la conseguenza che anche il principio di discriminazione può risultare violato. Quest'ultimo, tuttavia, non rappresenta un presupposto applicativo necessario ai sensi della normativa internazionale.

³⁰ La Convenzione americana sui diritti dell'uomo, all'art. 22, par. 9, contiene il divieto di espulsioni collettive secondo l'identica formulazione utilizzata dalla CEDU. Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contiene un'analogha previsione, stabilendo all'art. 19 che “le espulsioni collettive sono vietate”.

³¹ Sotto questo particolar punto di vista si registra, invece, una diversa impostazione della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, la quale richiede la prova di un intento discriminatorio, dovendo l'espulsione essere “aimed at national, racial, ethnic or religious group” (art. 12, par. 5).

Il divieto di espulsioni collettive così configurato, oltre a non richiedere particolari requisiti aggiuntivi per la sua applicazione, avrebbe secondo alcuni il rango di norma consuetudinaria di diritto internazionale³². La norma così sancita si caratterizzerebbe pertanto per il valore assoluto del divieto da essa imposto, di per sé idoneo ad incidere significativamente sulle prerogative sovrane degli Stati con particolare riguardo alle politiche di controllo dell'immigrazione.

Ad ogni modo, al di là del valore assoluto del divieto, l'istituto delle espulsioni collettive di stranieri è stato di recente oggetto di un'opera di ulteriore potenziamento, condotto per via giurisprudenziale, nell'ottica di accrescere ancor più il livello di tutela a favore dei migranti. Una tale opera d'interpretazione giurisprudenziale ha altresì contribuito a definire e meglio precisare i presupposti applicativi del divieto di espulsioni collettive che, come si è visto, a livello normativo è formulato in termini assai concisi. In particolare, protagonista principale di questa interpretazione chiarificatrice ed estensiva della norma è stata (ed è), ancora una volta, la Corte europea dei diritti dell'uomo.

5. Le espulsioni collettive nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo

La Corte Edu ha avuto un ruolo determinante nella definizione della nozione di espulsione collettiva di stranieri. Si è visto, infatti, che tale condotta è largamente proibita da vari strumenti giuridici internazionali, ma è la CEDU che, con l'adozione del Protocollo n. 4 nel 1963, si è posta come il primo trattato internazionale ad occuparsi della regolamentazione del fenomeno, facendo così da apripista per la successiva elaborazione di una numerosa serie di altri accordi contenenti previsioni analoghe.

I giudici di Strasburgo, a parte un primo isolato caso affrontato nel 1975³³, hanno iniziato ad approfondire l'argomento a partire dalla fine

³² Sul punto, per tutti v. J.M. HENCKAERTS, *Mass expulsion in modern international law and practice*, cit., p. 45-49. Nella dottrina italiana, v. M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dello straniero nel diritto internazionale*, cit., p. 417-419.

³³ *Becker c. Danimarca*, 3 ottobre 1975, Decisione della Commissione europea dei diritti umani sull'ammissibilità del ricorso (n. 7011/75).

degli anni '90, intensificando poi le proprie pronunce, soprattutto, nel corso degli anni 2000. Il punto centrale nell'elaborazione della Corte è la considerazione per cui necessario e sufficiente per integrare l'illecito dell'espulsione collettiva è il mancato esame, da condursi in modo ragionevole ed obbiettivo, della posizione individuale del singolo soggetto coinvolto nell'allontanamento dal territorio dello Stato.

Il decisivo confine tra l'esercizio legittimo di un diritto dello Stato e, viceversa, l'attuazione di una condotta proibita risiede proprio in questa circostanza. Tecnicamente quindi, quand'anche più stranieri vengano espulsi insieme sulla base di simili provvedimenti espulsivi, ciò non implica necessariamente il sussistere di un'espulsione collettiva, purché ad ognuno dei soggetti coinvolti sia stata data singolarmente la possibilità (reale, concreta ed effettiva) di esporre le proprie ragioni contro il provvedimento di fronte alle competenti autorità dello Stato³⁴.

Ciò tuttavia non significa – come chiarito successivamente dalla Corte – che il contesto in cui le espulsioni di stranieri si verificano non abbia alcuna rilevanza³⁵. Lo Stato, quindi, non potrebbe “mascherare” un'espulsione collettiva suddividendola in tante singole espulsioni individuali, in realtà tra loro innegabilmente connesse e facenti parte di un'unica pratica, magari anche diffusa e regolarmente attuata. Non basta quindi, in altri termini, la mera presenza di un provvedimento formale emesso nei confronti di ogni singolo straniero presente nel gruppo ad escludere la sussistenza dell'espulsione collettiva, dovendosi invece verificare, sulla base, evidentemente, di un approccio caso per caso, se

³⁴ Così si è espressa la Corte in uno dei primissimi casi in cui si è occupata del divieto di espulsioni collettive di stranieri ex art. 4, Protocollo n. 4 CEDU. *Andric c. Svezia*, 23 febbraio 1999, Decisione sull'ammissibilità del ricorso (n. 45917/99), secondo il cui par. 1: “The Court finds that collective expulsion is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group. Moreover, the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis”.

³⁵ Corte Edu, sentenza 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99, par. 59.

in concreto il soggetto in questione abbia potuto ricevere un'effettiva analisi della propria situazione individuale³⁶.

Nell'affrontare la casistica relativa a presunte violazioni dell'art. 4 del Protocollo n. 4, la Corte Edu è in realtà giunta a condannare lo Stato convenuto solo in poche occasioni. Sono quattro, infatti, le condanne finora emesse per violazione del divieto di espulsioni collettive.

Una quinta condanna era stata emessa con la sentenza del 1° settembre 2015 nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*³⁷, ma, successivamente, con sentenza del 15 dicembre 2016, la Grande Camera – investita della causa in seguito alla richiesta di rimessione del governo italiano – pur confermando le condanne dell'Italia in riferimento alla violazione di talune norme della CEDU, ha invece escluso la sussistenza di una violazione del divieto di espulsioni collettive, ribaltando così la precedente decisione della Corte sotto questo profilo³⁸.

Al momento in cui si scrive, inoltre, risultano pendenti alcuni casi riguardanti la presunta espulsione collettiva di migranti dalla Spagna verso il Marocco³⁹.

Il dato relativo alle poche condanne degli Stati per violazione del divieto di espulsioni collettive non deve più di tanto stupire: è spesso difficile preparare simili ricorsi a causa della difficoltà per gli avvocati di reperire i migranti che furono oggetto dell'espulsione collettiva, ovvero di procedere all'identificazione degli stessi. Ancora, quand'anche le incertezze sull'identità del ricorrente siano fugate, può risultare complesso mantenere contatti attivi con la parte assistita e quindi instaurare un dialogo e una collaborazione efficace. In simili casi il ruolo di organizzazioni internazionali e non governative attive nel settore della tutela dei diritti del migrante può in particolare rivelarsi utile e prezioso.

³⁶ Al riguardo in particolare Corte Edu, sentenza 3 luglio 2014, *Georgia c. Russia (I)*, ricorso n. 13255/07.

³⁷ Corte Edu, Seconda Sezione, sentenza 1° settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, ricorso n. 16483/12.

³⁸ Corte Edu, Grande Camera, sentenza 15 dicembre 2016, *Khlaifia e a. c. Italia*, ricorso n. 16483/12.

³⁹ Casi *N.D. c. Spagna* e *N.T. c. Spagna*, ricorsi nn. 8675/15 e 8697/15, nonché caso *Doumbe Nnabuchi c. Spagna*, ricorso n. 19420/15.

Il numero relativamente contenuto di condanne emesse nei confronti degli Stati non toglie comunque l'importanza delle pronunce della Corte in questa materia. Soprattutto per le indicazioni interpretative di estremo rilievo in esse contenute, infatti, le sentenze dei giudici di Strasburgo hanno permesso di meglio definire – in chiave estensiva – la portata della tutela prevista a favore del migrante.

Nel far propendere l'ago della bilancia a favore dei diritti umani basilari dello straniero migrante inoltre, la Corte ha dimostrato non solo la sua straordinaria abilità di interpretare in modo evolutivo e "vivente" la CEDU, ma ha anche colto l'occasione per lanciare un importante monito agli Stati europei. Non solo, quindi, un valore puramente giuridico di queste sentenze, in termini di chiarimenti circa requisiti, presupposti applicativi, e portata della norma che sancisce il divieto di espulsioni collettive, ma anche, se si vuole, un messaggio di tipo ideologico, legato alla necessità e all'obbligo inderogabile di tutelare, sempre e comunque, determinati diritti minimi dello straniero migrante.

Ognuna delle sentenze di condanna per violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 finora emesse dalla Corte di Strasburgo presenta elementi di interesse e merita per questo una considerazione specifica. In quest'ottica, ad un'analisi particolare, ancorché sintetica, della casistica affrontata dalla Corte si procederà nel paragrafo che segue.

6. Le condanne per violazione del divieto di espulsioni collettive

La prima condanna per violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4 della CEDU risale al 2002, segnatamente al caso *Čonka c. Belgio*⁴⁰. Il caso riguardava dei ricorrenti di nazionalità slovacca e di origine Rom arrivati in Belgio, dove gli stessi avevano avanzato domanda d'asilo sulla base di ricorrenti violenze subite da gruppi di orientamento nazista nel proprio paese d'origine⁴¹. Una volta dichiarata inammissibile la domanda d'asilo, i ricorrenti venivano fatti destinatari di un provvedimento di allontanamento dal Paese e, presentatisi presso una stazione di

⁴⁰ Corte Edu, sentenza 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99.

⁴¹ All'epoca dei fatti la Slovacchia non era ancora uno Stato membro dell'Unione europea, avendovi fatto ingresso solo il 1° maggio 2004.

polizia in seguito a un ordine di comparizione, venivano prima posti in detenzione quindi, insieme ad altri soggetti della medesima origine, espulsi verso la Slovacchia.

La sentenza è interessante in quanto, oltre a rappresentare, come ricordato, il primo caso di condanna per violazione del divieto di cui all'art. 4 Protocollo n. 4, presenta già chiaramente alcuni elementi specifici e alcune caratteristiche che saranno ricorrenti nella successiva giurisprudenza in materia di espulsioni collettive.

Innanzitutto la Corte Edu pone un chiarimento d'ordine generale, affermando la piena legittimità degli Stati di ricorrere a particolari azioni, strategie e ad altri strumenti di polizia per mantenere l'ordine, anche e soprattutto nel campo dell'immigrazione irregolare. Gli Stati, infatti, sono liberi di adottare le misure che ritengono più efficaci e opportune ma, precisa la Corte, queste devono essere conformi alla CEDU.

Con specifico riguardo poi al divieto contenuto nell'art. 4 del Protocollo 4, la Corte, alla luce delle circostanze di fatto esaminate, non arriva a sancire con certezza l'avvenuta espulsione collettiva, bensì si dichiara non in grado di escludere il dubbio che la stessa si possa essere verificata, ciò bastando a condannare lo Stato in questione. In altre parole, la Corte, analizzando tutti gli elementi di fatto portati alla sua attenzione, conclude nel senso che lo Stato convenuto non è stato in grado di fornire sufficienti garanzie per escludere che si possa essere verificata un'espulsione di tipo collettivo.

In particolare il dubbio circa il carattere collettivo dell'espulsione è rinforzato da indizi quali il fatto che la procedura abbia interessato un gruppo di individui della stessa origine etnica, che gli stessi siano stati tutti raccolti presso la medesima struttura di polizia nello stesso momento e sulla base di un provvedimento redatto in termini identici per tutti. Secondo la Corte, questi ed altri elementi fattuali verificatisi nel caso concreto sono idonei a creare il dubbio che l'espulsione possa aver assunto carattere collettivo e un simile dubbio, non potendo essere escluso con certezza, è di per sé sufficiente a far condannare lo Stato⁴².

⁴² Va sottolineato, tuttavia, che la decisione circa la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4 non fu presa dalla Corte col consenso di tutti i giudici, bensì con una maggioranza di quattro voti contro tre. Leggendo le opinioni dissenzienti dei giudici Velaers, Jungwiert e Kūris allegata alla decisione, si possono in effetti cogliere le ragioni del voto

Ulteriore aspetto che merita di essere sottolineato in questa sentenza – e che ricorre regolarmente anche nelle successive – è la lettura congiunta che la Corte fa dell'art. 4 del Protocollo n. 4 con l'art. 13 CEDU. Quest'ultima norma sancisce il diritto ad un ricorso effettivo e, nel caso di specie, ne viene riscontrata una violazione (secondo una lettura congiunta con il divieto di espulsioni collettive) in quanto ai soggetti in questione non fu possibile ricorrere a mezzi legali in grado di garantire, da un lato, la reale ed effettiva possibilità di contestare il provvedimento di espulsione e, dall'altro, di sospenderne l'efficacia esecutiva.

Dopo questa prima condanna, bisognerà attendere dieci anni prima di averne un'altra in relazione alla violazione del divieto di espulsioni collettive⁴³. È infatti con la storica sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*⁴⁴ del 2012 che la Corte – peraltro nella sua più autorevole formazione della Grande Camera e con voto all'unanimità di tutti i giudici – torna a condannare uno Stato europeo, cogliendo altresì l'occasione per fornire preziosi chiarimenti interpretativi quanto al campo di applicazione della norma che vieta le espulsioni collettive.

La vicenda all'origine della condanna dello Stato italiano vede il coinvolgimento di diversi migranti, prevalentemente di nazionalità somala ed eritrea, partiti dalla Libia a bordo di un'imbarcazione nel tentativo di raggiungere le coste italiane. Questi, nel corso della navigazione e trovandosi ancora in zona d'alto mare, venivano intercettati dalla Guardia costiera italiana, quindi respinti e ricondotti in Libia. Una tale condotta va inserita nel quadro della cooperazione in materia di lotta al-

contrario. Tra le considerazioni svolte, in particolare, figura quella secondo cui la norma della CEDU che proibisce le espulsioni collettive di stranieri non vieta però agli Stati di raggruppare insieme, per ragioni di speditezza, economia ed efficienza procedurale, soggetti che, fatti destinatari di decisioni di contenuto analogo, devono essere espulse verso lo stesso Paese.

⁴³ La Corte, nei vari casi analizzati dopo la prima condanna del 2002, non ha riscontrato violazioni dell'art. 4 del Protocollo n. 4 da parte degli Stati convenuti. Tra questi, in particolare, la Francia (caso *Sultani c. Francia*, sentenza 20 settembre 2007, ricorso n. 45223/05) e l'Italia, con riguardo alla espulsione di un numero di cittadini greci diretti a Genova per prendere parte alle manifestazioni di protesta in occasione del G8 del 2011 (caso *Dritsas e altri c. Italia*, decisione sull'ammissibilità 1° febbraio 2011, ricorso n. 2344/02).

⁴⁴ Corte Edu, sentenza 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, ricorso n. 27765/09.

l'immigrazione illegale instaurata sulla base di appositi accordi bilaterali conclusi tra Italia e Libia e in vigore a partire dal 2009.

Numerosi sono i punti di interesse sollevati dalla vicenda, a partire dalla considerazione che nel giudizio instaurato davanti ai giudici di Strasburgo, oltre alle parti in causa, sono intervenute organizzazioni internazionali attive nella tutela dei diritti umani quali, tra le altre, UNHCR, Amnesty International e Human Rights Watch. Queste hanno svolto un ruolo significativo, in particolare, nel fornire chiara ed attendibile evidenza in merito alla situazione di grave carenza sotto il profilo del rispetto dei diritti umani in Libia e nei Paesi d'origine dei ricorrenti.

Un punto fondamentale della sentenza è costituito dalla questione della giurisdizione e della responsabilità dello Stato per atti compiuti fuori dal proprio territorio nazionale. Infatti, essendosi verificato l'episodio del respingimento dei migranti in alto mare, il governo italiano escludeva ogni sua possibile responsabilità nel caso di specie. La Corte sottolinea preliminarmente che la sussistenza della giurisdizione è presupposto necessario affinché uno Stato possa essere ritenuto responsabile di una violazione della CEDU e come lo stesso elemento della giurisdizione abbia carattere principalmente territoriale. Ciò chiarito, si afferma che solo eccezionalmente atti compiuti da uno Stato fuori dai propri confini territoriali possono essere considerati come una forma di esercizio della giurisdizione⁴⁵.

Ebbene, ciò premesso, la Corte afferma che

Sin dal momento in cui uno Stato esercita, tramite i propri agenti operanti fuori del proprio territorio, controllo e autorità su un individuo, quindi giurisdizione, esso è tenuto, in virtù dell'articolo 1, a riconoscere a quell'individuo i diritti e le libertà enunciati nel titolo I della Convenzione⁴⁶.

Analizzando il caso di specie, ed applicandovi con approccio pragmatico il principio enunciato, i giudici osservano come i migranti si trovassero *de iure* e *de facto* sotto l'effettivo controllo (e quindi la giurisdizione) dell'autorità italiana. Infatti, pur localizzandosi i fatti in zo-

⁴⁵ *Hirsi Jamaa*, cit., par. 70 e ss.

⁴⁶ *Hirsi Jamaa*, cit., par. 74.

na d'alto mare, questi si svolsero a bordo di navi battenti bandiera italiana ed appartenenti alle forze armate italiane, essendo altresì l'equipaggio coinvolto nella vicenda interamente composto da personale militare di nazionalità italiana. Pertanto, conclude sul punto la Corte, ne segue «che il caso di specie costituisce proprio un caso di esercizio extraterritoriale della giurisdizione dell'Italia, suscettibile di chiamare in causa la responsabilità di quello Stato ai sensi della Convenzione»⁴⁷.

Fugato il dubbio circa la sussistenza della giurisdizione dell'Italia nel caso di specie – presupposto essenziale, come si è detto, affinché lo Stato possa essere ritenuto responsabile e quindi sanzionato per una violazione della CEDU -, la Corte passa ad analizzare la questione relativa al rischio di andare incontro a tortura o trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 della Convenzione. Nel far questo, i giudici riconoscono preliminarmente la difficoltà oggettiva dei paesi europei di frontiera, come l'Italia, nel dover far fronte a ingenti ondate migratorie, soprattutto quand'esse si svolgano via mare. Tuttavia una tale circostanza, per quanto reale ed effettiva, non può esonerare uno Stato dal rispetto delle norme della Convenzione e, in particolare, dell'art. 3⁴⁸.

Così, basandosi anche sulle informazioni e sui dati forniti dalle organizzazioni internazionali intervenute in causa, la Corte giudica che il respingimento dei migranti verso la Libia da parte delle autorità italiane integra una violazione della CEDU, sussistendo un grave ed effettivo rischio per i ricorrenti di subire trattamenti proibiti dall'art. 3. E questo, precisa la Corte, sotto un duplice profilo: quello di incorrere in trattamenti inumani e degradanti in Libia (*refoulement* diretto) ovvero quello di essere dalla stessa Libia rimpatriati nei propri Paesi d'origine e ivi andare incontro al rischio di subire i medesimi trattamenti (*refoulement*

⁴⁷ *Hirsi Jamaa*, cit., par. 78.

⁴⁸ Nelle stesse parole dei giudici: «La Corte ha già avuto modo di riconoscere che gli Stati situati alle frontiere esterne dell'Unione europea incontrano attualmente notevoli difficoltà nel far fronte ad un crescente flusso di migranti e di richiedenti asilo. Essa non può sottovalutare il peso e la pressione imposti sui paesi interessati da questa situazione ... In particolare, essa è consapevole delle difficoltà legate al fenomeno delle migrazioni marittime, causa per gli Stati di ulteriori complicazioni nel controllo delle frontiere meridionali dell'Europa. Tuttavia, stante l'assolutezza dei diritti sanciti dall'articolo 3, ciò non può esonerare uno Stato dagli obblighi derivanti da tale disposizione» (*Hirsi Jamaa*, cit., par. 122).

indiretto). In questo modo, concludono i giudici, l'Italia ha violato l'art. 3 CEDU due volte.

Ritiene infatti la Corte che, con riguardo ai Paesi rilevanti nel caso di specie (Libia, Somalia ed Eritrea), la diffusa presenza di pratiche di persecuzione, detenzione arbitraria e tortura, unitamente a fattori quali l'instabilità politica interna e gravi e sistematici *deficit* nel rispetto e nella tutela dei diritti umani, rappresentano circostanze che all'epoca dei fatti le autorità italiane conoscevano o che avrebbero dovuto conoscere. A nulla quindi valgono le argomentazioni addotte dal governo italiano secondo cui la Libia poteva considerarsi un Paese sicuro per i migranti⁴⁹.

Analogamente rigettato l'argomento per cui i migranti furono condotti in Libia in esecuzione e per rispetto di appositi accordi bilaterali conclusi in materia d'immigrazione. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, la Corte in particolare precisa che «l'Italia non può liberarsi della sua responsabilità invocando gli obblighi derivanti dagli accordi bilaterali con la Libia» posto che «gli Stati membri rimangono responsabili anche quando, successivamente all'entrata in vigore della Convenzione e dei suoi Protocolli nei loro confronti, essi abbiano assunto impegni derivanti da trattati»⁵⁰.

Con specifico riguardo alla violazione del divieto di espulsioni collettive poi, la Corte di Strasburgo con il caso in esame si è trovata per la prima volta a dover verificare se la norma dell'art. 4 del Protocollo 4 della CEDU sia suscettibile di essere applicata anche in riferimento a fatti verificatisi al di fuori del territorio di uno Stato parte della Convenzione. La risposta che viene data – ed è questo uno degli aspetti più rilevanti della sentenza in esame – è che il divieto di espulsioni collettive di stranieri può avere una portata extraterritoriale ed applicarsi quin-

⁴⁹ La Corte precisa che, al fine di poter considerare un Paese come sicuro, credibile ed affidabile sotto il profilo del rispetto dei diritti umani, non è affatto sufficiente che esso sia dotato di una legislazione interna sulla tutela dei diritti umani e/o che lo stesso abbia proceduto alla ratifica di strumenti internazionali in tal senso. Quel che conta viceversa, al di là della mera presenza di leggi astratte, è la situazione reale, concretamente ed effettivamente riscontrabile in quel Paese.

⁵⁰ *Hirsi Jamaa*, cit., par. 129.

di anche a un caso di respingimento di migranti verificatosi in alto mare.

Cadono quindi le difese e le argomentazioni avanzate dal governo italiano nel caso di specie: primo, la norma della CEDU sulle espulsioni collettive non si applica dal momento che la vicenda ha avuto luogo fuori dal territorio italiano; secondo, nemmeno può parlarsi di “espulsione”, dal momento che essa implica concettualmente che un soggetto per poter essere espulso, debba prima aver fatto ingresso sul territorio dello Stato.

In risposta a simili considerazioni, la Corte di Strasburgo, basandosi anche sui precedenti ragionamenti svolti in tema di giurisdizione dello Stato per fatti verificatisi fuori dal suo territorio, afferma che qualora non si attribuisse portata anche extraterritoriale alla norma che pone il divieto di espulsioni collettive, questa perderebbe di significato e lascerebbe senza tutela quei migranti che, a differenza di quelli che viaggiano via terra, affrontano pericolosi spostamenti via mare e non riescono a raggiungere e “toccare” il territorio dello Stato di destinazione⁵¹.

Il contesto marittimo insomma, precisa la Corte, pur connotandosi per una serie di peculiarità da un punto di vista giuridico, non può costituire “una zona fuori dal diritto”⁵². La stessa formulazione della norma della CEDU, nonché i lavori preparatori che portarono alla sua elabora-

⁵¹ Vale qui la pena di riportare le parole della Corte: «...i flussi migratori in Europa si sono incessantemente intensificati, utilizzando sempre più la via marittima, tanto che l'intercettazione di migranti in alto mare e il loro rinvio verso i Paesi di transito o di origine fanno ormai parte del fenomeno migratorio, nella misura in cui costituiscono per gli Stati dei mezzi di lotta contro l'immigrazione irregolare» (par. 176). «Se dunque l'articolo 4 del Protocollo n. 4 dovesse applicarsi soltanto alle espulsioni collettive eseguite a partire dal territorio nazionale degli Stati parte alla Convenzione, una parte importante dei fenomeni migratori contemporanei verrebbe sottratta a tale disposizione, sebbene le manovre che essa intende vietare possano avvenire fuori dal territorio nazionale e, in particolare, come nel caso di specie, in alto mare. L'articolo 4 verrebbe così privato di qualsiasi effetto utile rispetto a tali fenomeni, che tendono pertanto a moltiplicarsi. Da ciò deriverebbe che dei migranti che sono partiti via mare, spesso mettendo a rischio la loro vita, e che non sono riusciti a raggiungere le frontiere di uno Stato, non avrebbero diritto a un esame della loro situazione personale prima di essere espulsi, contrariamente a quelli che sono partiti via terra» (par. 177).

⁵² *Hirsi Jamaa*, cit., par. 178.

zione, non precludono un'applicazione extraterritoriale della stessa. Analogamente, la nozione di espulsione va intesa in senso ampio, cioè con il significato di allontanare, respingere, mandare via lo straniero da un luogo. Vi si può far rientrare pienamente, quindi, anche il caso dell'intercettazione e del respingimento di un'imbarcazione in alto mare.

In definitiva, quella così sinteticamente ripercorsa nei suoi tratti essenziali, rappresenta una pronuncia di estremo rilievo. La Corte ha per la prima volta sancito degli aspetti fondamentali in tema di tutela del migrante, in particolare stabilendo che le norme CEDU che pongono il divieto di tortura o di procedere ad espulsioni collettive sono suscettibili di trovare, a determinare condizioni, applicazione anche extraterritoriale. La Corte raggiunge questi risultati, evidentemente, sulla base di rigorosi e precisi ragionamenti giuridici, sviluppati a partire da un'accurata e diligente analisi delle norme e dei principi di diritto rilevanti, ma anche aggiungendovi una buona dose di pragmatismo nell'interpretare le disposizioni CEDU in funzione di un ampliamento della tutela del migrante e delle sue garanzie.

Un approccio per certi versi analogo è stato seguito nel successivo caso *Georgia c. Russia (I)*⁵³ che ha condotto nel 2014 alla sentenza di condanna della Russia per diverse violazioni di norme CEDU⁵⁴ tra le quali, in particolare, l'art. 4 del Protocollo n. 4 sul divieto di espulsioni collettive di stranieri. La sentenza è di particolare interesse perché, per la prima volta, ha accertato l'esistenza un sistema diffuso, sistematico ed organizzato di espulsioni collettive di stranieri.

Nel caso di specie non si trattava, infatti, di singoli episodi sporadici ed isolati come quelli in precedenza giudicati dalla Corte, bensì di una vera e propria politica strutturata di arresto, detenzione ed espulsione forzata di stranieri dal territorio nazionale. Tale è la pratica messa in atto tra gli anni 2006 e 2007 dalla Russia quando, in un contesto di gra-

⁵³ Corte Edu, sentenza 3 luglio 2014, *Georgia c. Russia (I)*, ricorso n. 13255/07.

⁵⁴ Oltre al divieto di espulsioni collettive, la Corte nel caso di specie ha accertato le violazioni del diritto alla libertà e sicurezza (art. 5, par. 1 CEDU), diritto a un ricorso contro misure detentive (art. 5, par. 4), divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3), diritto a un ricorso effettivo (art. 13, in lettura congiunta con gli artt. 3 e 5, par. 1) e, da ultimo, violazione del dovere di leale cooperazione con la Corte nel fornire tutti gli elementi necessari per le indagini e le investigazioni (art. 38).

ve tensione politica con la Georgia, migliaia di cittadini georgiani vennero sistematicamente espulsi dal territorio russo⁵⁵.

La Corte accerta così l'esistenza di una consolidata e diffusa pratica amministrativa, definita come la ripetizione sistematica di atti incompatibili con la CEDU in una situazione di tolleranza ufficiale da parte dello Stato interessato. Le evidenze prodotte in giudizio hanno infatti chiarito come la condotta della Russia assumesse i connotati di una vera e propria azione specificamente e sistematicamente mirata contro i cittadini della Georgia e che, come tale, fosse stata organizzata secondo precise istruzioni diffuse presso la polizia ed altre autorità, al fine di procedere in modo efficiente e spedito all'identificazione, all'arresto, alla detenzione e quindi infine alla deportazione fuori dal territorio nazionale di quanti più soggetti possibile⁵⁶.

Nell'accertare la violazione del divieto di espulsioni collettive, in particolare, la Corte nota che, formalmente, gli organi giudiziari e le competenti autorità russe avevano proceduto ad emettere ordini di espulsione individuali e separati, diretti ai singoli destinatari di nazionalità georgiana. Tuttavia, prosegue la Corte, seppur, a livello formale, ci sia stata una decisione individuale per ogni soggetto, nella realtà è stato impossibile per le autorità procedenti effettuare in maniera consona ed effettiva un esame individuale della situazione di ogni singolo soggetto espellendo. Ciò soprattutto alla luce delle circostanze fattuali riscontrate come, ad esempio, il numero di migliaia di individui coinvolti, le istruzioni diffuse a polizia e autorità a vario titolo competenti nella procedura, e il fatto che le espulsioni abbiano seguito un unico modello ricorrente in tutte le varie zone della Russia⁵⁷.

⁵⁵ Non ci sono chiarezza e precisione assoluta sul numero di cittadini espulsi. Secondo i dati del governo della Georgia, si tratterebbe di più di 4.600.

⁵⁶ Tra i vari aspetti emersi circa il *modus procedendi* praticato dalle autorità russe, figura in particolare anche la ricerca di bambini di nazionalità georgiana direttamente presso le scuole, al fine della loro identificazione e successiva deportazione fuori dal Paese.

⁵⁷ La Corte ha peraltro condannato la Russia anche per la violazione dell'art. 38 CEDU che impone agli Stati l'obbligo di cooperare e contribuire lealmente alle indagini, fornendo tutte le informazioni e le evidenze che si rendano necessarie nel caso specifico. Nel caso in questione il governo russo si è rifiutato di fornire le informazioni richieste e, in particolare, di mettere a disposizione dei giudici documenti rilevanti quali

Le espulsioni si possono quindi considerare come aventi carattere collettivo, peraltro con ciò a nulla rilevando la circostanza – aggiunge la Corte – che i cittadini di nazionalità georgiana presenti sul territorio russo fossero ivi legalmente residenti o meno. Pertanto ogni Stato, conclude la Corte, ha il diritto di impostare la propria politica di controllo dell’immigrazione, optando per orientamenti e strategie che meglio ritiene efficaci. Tuttavia, problemi e difficoltà nel gestire i flussi migratori e/o la presenza di stranieri sul proprio territorio nazionale non possono in alcun modo giustificare l’adozione di comportamenti incompatibili con le norme della CEDU.

Altro caso giunto a decisione nel 2014 e che coinvolge ancora una volta l’Italia è *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*⁵⁸. La sentenza rivela la sua massima importanza nel fatto che con essa la Corte di Strasburgo giunge a pronunciarsi criticamente sul c.d. “sistema Dublino” in funzione tra gli Stati membri dell’Unione europea⁵⁹.

le circolari e le altre istruzioni che erano state diffuse presso le autorità competenti e le forze di polizia al fine di procedere all’espulsione dei cittadini georgiani. Da questa mancanza di cooperazione e dal rifiuto ostinato di esibire i documenti rilevanti, la Corte ha tratto le dovute conseguenze circa la fondatezza delle pretese dei ricorrenti relativamente all’esistenza di una pratica diffusa di arresto, detenzione ed espulsione ai danni dei cittadini della Georgia.

⁵⁸ Corte Edu, sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ricorso n. 16643/09.

⁵⁹ Il sistema è così denominato per via della Convenzione sulla determinazione dello stato competente per l’esame di una domanda di asilo presentata in uno degli stati membri delle Comunità Europee, comunemente nota come “Convenzione di Dublino”, firmata nella capitale irlandese il 15 giugno 1990. Sulla base di questa Convenzione si è successivamente sviluppata la normativa dell’Unione europea in materia di diritto d’asilo e gestione dei richiedenti protezione internazionale. La normativa Ue, in particolare, è stata interessata da varie riforme nel corso degli anni, l’ultima delle quali ha condotto, tra l’altro, all’adozione del c.d. Regolamento Dublino III (Regolamento UE n. 604/2013, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide). La Corte di Strasburgo non ha mancato di pronunciarsi, seppur indirettamente, su tale sistema di norme, arrivando così progressivamente a sviluppare una propria “giurisprudenza Dublino”. In questo senso, oltre alla sentenza *Sharifi* qui in esame, si veda quella recente relativa al caso *Tarakhel*, in cui la Corte Edu ha giudicato che il rinvio di un gruppo di richiedenti asilo dalla Svizzera verso

La vicenda coinvolge un gruppo di migranti di nazionalità afghana, sudanese ed eritrea entrati illegalmente in Italia attraverso la Grecia e, quindi, la loro successiva espulsione collettiva verso questo stesso Stato, in quanto Paese di primo ingresso ai sensi della normativa Dublino e, come tale, responsabile della presa in carico dei migranti e delle loro richieste d'asilo.

L'Italia, in particolare, è stata condannata per aver espulso collettivamente i ricorrenti (art. 4, Protocollo n. 4), sottoponendoli al rischio di incorrere in trattamenti inumani e degradanti (art. 3) a causa delle condizioni precarie e insufficienti del sistema di accoglienza dei migranti in Grecia, il tutto senza aver offerto alcuna possibilità effettiva di servirsi dei mezzi di ricorso legale disponibili (art. 13, combinato con i precedenti artt. 3 e 4, Protocollo n. 4).

Nel caso di specie in particolare, a giudizio della Corte, l'Italia, vista «la situazione di precarietà e di indigenza più totale dei richiedenti asilo in Grecia»⁶⁰, non poteva rinviare i migranti giunti sul proprio territorio verso quello greco, sebbene il meccanismo normativo del sistema Dublino così astrattamente prescrivesse. A nulla quindi sono valse le argomentazioni del governo italiano circa l'esigenza di rispettare la normativa dell'Unione europea sul diritto d'asilo: la Corte di Strasburgo, infatti, precisa che il sistema Dublino non può venire applicato in modo meccanico ed automatico, richiedendo invece un attento e responsabile esame delle circostanze di fatto presenti nel Paese dove andrebbero destinati i richiedenti asilo⁶¹. In nessun caso poi potrebbe giustificarsi la

l'Italia in applicazione della normativa Dublino avrebbe determinato una violazione dell'art. 3 CEDU a causa delle insufficienti condizioni di accoglienza ivi presenti. I giudici di Strasburgo in questo modo, seppur indirettamente, hanno “bocciato” il sistema italiano di recepimento e accoglienza dei migranti, ritenendolo non conforme agli *standard* di rispetto della CEDU (Corte Edu, sentenza del 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12).

⁶⁰ *Sharifi*, cit., par. 178. La Corte, peraltro, aveva già avuto modo in precedenza di evidenziare e denunciare le carenze del sistema greco di accoglienza dei migranti. V. sul punto la sentenza dalla stessa Corte richiamata nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 3069609.

⁶¹ Secondo la Corte di Strasburgo infatti «nessuna forma di respingimento collettivo e indiscriminato può essere giustificata in riferimento al sistema di Dublino, la cui ap-

pratica delle espulsioni collettive che, peraltro, sono esplicitamente proibite dallo stesso diritto dell'Unione⁶².

Anche e perfino uno Stato membro dell'Unione europea quindi deve essere attentamente valutato sotto il profilo delle garanzie di rispetto dei diritti umani dei migranti, prima che questi vengano inviati verso lo stesso in applicazione della normativa Dublino. Le norme dell'Unione europea sul diritto d'asilo, in ultima analisi, non possono semplicemente venire applicate "alla cieca", ma solo in seguito ad un'attenta ponderazione delle circostanze di fatto e, soprattutto, in una maniera che si dimostri compatibile con la CEDU.

Un cenno, infine, merita il caso *Khlaifia e altri c. Italia*. Ad esso, infatti, si ricollegava l'ultima condanna in ordine di tempo, emessa dalla Corte nel settembre 2015. Senonché, come si è anticipato, in seguito alla richiesta di riesame avanzata dal governo italiano, la Grande Camera si è pronunciata con la recente sentenza del 15 dicembre 2016, riformando la precedente decisione sotto il profilo dell'art. 4 Protocollo 4 CEDU. Nel caso di specie, pertanto, è stata così esclusa la violazione del divieto di espulsioni collettive da parte dell'Italia.

Nonostante questa decisione finale abbia "rimosso" la condanna precedentemente inflitta allo Stato italiano per violazione del divieto di espulsioni collettive di stranieri (condanna tuttavia confermata per violazione di altri diritti sanciti dalla CEDU), il caso *Khlaifia* rimane comunque interessante in tema di trattamento del migrante. Di seguito appare dunque opportuno considerare brevemente gli aspetti più salienti della pronuncia.

La vicenda oggetto del giudizio risale alla c.d. "Primavera Araba" del 2011 e al massiccio afflusso verso l'Italia di migranti provenienti dalle coste nordafricane. Nel caso di specie, i ricorrenti, di nazionalità tunisina, una volta giunti in territorio italiano, venivano illegittimamente privati della libertà personale, quindi posti in detenzione prima nel Centro di Soccorso e Prima Accoglienza (CSPA)⁶³ di Lampedusa (pe-

plicazione deve avvenire, in ogni caso, in modo compatibile con la Convenzione» (*Sharifi*, cit., par. 223).

⁶² Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 19, par. 1.

⁶³ Tra le violazioni per cui l'Italia è stata condannata, figurano in particolare quelle relative al mancato rispetto dell'articolo 5 CEDU (diritto alla libertà). Al riguardo, è in-

raltro al collasso per il sovraffollamento dei migranti già presenti) e successivamente a bordo di navi militari italiane nel porto di Palermo. Infine, all'esito di una sommaria procedura di accertamento della loro identità, i ricorrenti venivano rimpatriati in applicazione di un accordo concluso nel 2011 tra Italia e Tunisia in materia di controllo e gestione dei flussi di migranti.

Quanto alle censure sollevate nel ricorso, tra le altre, i ricorrenti lamentavano, in particolare, la violazione sotto vari profili dell'art. 5 CEDU in riferimento alle modalità di privazione della loro libertà personale, nonché dell'art. 4 Protocollo 4 per essere stati vittime di un'espulsione collettiva. La Grande Camera, in linea con la precedente pronuncia, ha confermato all'unanimità la violazione dell'art. 5 CEDU, escludendo invece la violazione del divieto di espulsioni collettive.

In questo senso, con specifico riferimento alla violazione dell'art. 4, Protocollo 4, la Camera autrice della prima pronuncia aveva ritenuto che l'espulsione avesse avuto carattere collettivo, sebbene formalmente ogni ricorrente fosse stato fatto singolarmente destinatario di una decisione di allontanamento. I provvedimenti espulsivi, infatti, seppur individualmente emessi, risultavano del tutto generici e redatti "in serie", vale a dire formulati in termini identici.

Si notava, poi, come il fatto che ognuno dei ricorrenti fosse stato sottoposto ad una procedura d'identificazione non valesse ad integrare il requisito dell'esame individuale – da condursi in modo oggettivo ed effettivo – circa la situazione personale di ogni soggetto interessato. Infine, ad integrare la natura collettiva dell'espulsione rilevava la circostanza di un medesimo trattamento riservato nello stesso arco temporale

teressante notare come nella sentenza del settembre 2015 la Corte abbia rigettato le difese del Governo italiano secondo le quali nel caso di specie non si sarebbe avuta alcuna detenzione (e dunque nessuna privazione della libertà) in quanto i ricorrenti furono posti in un Centro di Soccorso e Prima Accoglienza, vale a dire in una struttura che secondo l'ordinamento italiano è deputata alla ricezione e all'assistenza e non, appunto, alla detenzione. Di rilievo la risposta della Corte: è l'analisi della situazione concreta in cui il migrante si trova – e non meramente il *nomen iuris* astrattamente dato alla struttura dal diritto interno – che costituisce l'elemento determinante per accertare la violazione dei suoi diritti. Non rileva quindi l'astratta qualificazione giuridica (CIE, CSPA o altro) ma la situazione concreta, che nel caso di specie, alla luce delle condizioni in cui i migranti si trovarono, risulta assimilabile *de facto* a una vera e propria detenzione.

a soggetti di identica nazionalità in applicazione del ricordato accordo italo-tunisino, una delle cui finalità consisteva proprio nel consentire modalità più rapide e semplificate per l'espulsione dei cittadini tunisini.

Ebbene, la Grande Camera, all'esito del riesame della causa, è giunta a conclusioni differenti sul punto. In questo senso, ciò che viene sottolineato nella seconda pronuncia è lo scopo primario e fondamentale del divieto di cui all'art. 4 Protocollo 4 CEDU, vale a dire tutelare lo straniero da provvedimenti espulsivi adottati illegittimamente e con arbitrio da parte delle autorità statali. In questa prospettiva, se al migrante, nel caso concreto, è stata offerta la possibilità di far presente la propria situazione e di evidenziare le specificità del proprio caso individuale, la norma CEDU che tutela contro le espulsioni collettive deve ritenersi comunque rispettata.

Più nello specifico, la Grande Camera puntualizza che l'art. 4 Protocollo 4 CEDU non implica sempre e in ogni circostanza un vero e proprio diritto ad un colloquio individuale: ciò che è necessario e sufficiente è solo che allo straniero venga offerta una possibilità reale ed effettiva di contestare l'espulsione, esponendo gli argomenti contrari di fronte alle autorità. In questo senso, secondo i giudici della Grande Camera, alla luce degli elementi forniti dalle parti in causa, i ricorrenti, nel corso dei vari passaggi fattuali della vicenda, avrebbero avuto la possibilità di contestare validamente l'espulsione, non avendo di conseguenza lo Stato italiano violato il divieto di cui all'art. 4 Protocollo 4.

Da ultimo la Grande Camera, ritornando sugli elementi posti in rilievo dai giudici autori della prima sentenza, afferma come i profili dell'identità dei provvedimenti espulsivi realizzati "in serie" e della simultaneità di espulsioni di più soggetti della medesima nazionalità non rilevino, di per sé soli, come circostanze decisive a riscontrare la presenza di un'espulsione di carattere collettivo contrario alla CEDU.

7. Conclusioni

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di espulsioni collettive di stranieri ha assunto il ruolo fondamentale di guida nell'interpretazione della norma che vieta agli Stati di tenere tale condotta.

Con le sue pronunce, infatti, la Corte Edu ha potuto meglio chiarire i presupposti applicativi e gli elementi costitutivi della fattispecie, e ciò ha fatto, in particolare, privilegiando la necessità di tutela dei migranti contro l'espulsione e l'allontanamento dallo Stato in cui, spesso a seguito di lunghi e pericolosi viaggi, avevano fatto ingresso nel tentativo di trovare protezione.

Con questo orientamento, i giudici di Strasburgo lasciano anche chiaramente capire che gli Stati, nonostante l'attuale crisi migratoria, devono sforzarsi in tutti i modi – in quanto loro fondamentale obbligo giuridico – di garantire il rispetto dei diritti basilari dello straniero migrante. Non ci sono scuse dice la Corte: nell'Europa odierna, costruita su valori di pace, democrazia e solidarietà, i diritti fondamentali della persona umana vanno necessariamente rispettati, senza eccezioni o attenuanti.

L'espulsione collettiva e indiscriminata di stranieri poi, in particolare, rappresenta una condotta del tutto contraria a questi valori e va, dunque, condannata fermamente. È interessante notare, a questo proposito, che nel pur contenuto numero di sentenze di condanna finora emesse dalla Corte in riferimento alla violazione del divieto di espulsioni collettive, l'Italia figura al primo posto (casi *Hirsi Jamaa* e *Shariifi*, per un totale di 2 condanne italiane sulle 4 complessive emesse dalla Corte).

Si tratta insomma di un gruppo di sentenze estremamente significative, per il loro contenuto giuridico certo, ma anche e forse soprattutto per il messaggio di fondo che in esse si può leggere. Così, nell'attuale situazione di crisi, difficoltà e insicurezza in cui versa l'Europa – situazione aggravata, peraltro, ancor più dalla minaccia terroristica – la vera sfida per l'Unione europea e i suoi Stati membri consiste proprio nel preservare e difendere, a tutti i costi, i propri valori di libertà, integrazione e rispetto dei diritti umani, traguardi fondamentali per il raggiungimento dei quali sono serviti decenni di faticosi e complessi sforzi.

Viceversa, la chiusura nei propri individualismi, il rifiuto del dialogo e della collaborazione, accompagnati dall'adozione di misure unilaterali come l'innalzamento di muri o il blocco delle frontiere, e il respingimento indiscriminato dei migranti, rappresentano dei passi che,

più che l'imbocco della strada verso il futuro, conducono invece nella direzione opposta di un anacronistico ed erroneo ritorno al passato.

In conclusione, il messaggio che la Corte di Strasburgo ci vuole dare tramite le sue sentenze è chiaro: l'emergenza migratoria, così come le altre componenti dell'attuale situazione di crisi, non possono mai giustificare un sacrificio dei diritti fondamentali della persona umana che, viceversa, l'Europa, per la sua storia e i suoi valori, ha il dovere e le capacità di proteggere.

LA NUOVA GUARDIA COSTIERA E DI FRONTIERA EUROPEA: DALLA SICUREZZA DELLE PERSONE IN MARE ALLA “SICUREZZA INTERNA DELL’UNIONE EUROPEA”

Fulvio Vassallo Paleologo

SOMMARIO: *1. Le prassi di polizia di frontiera si consolidano in un Regolamento europeo, senza una base legislativa uniforme per le operazioni di respingimento e rimpatrio. 2. L’Operazione Sophia di EUNAVFORMED. 3. Gli accordi bilaterali o multilaterali con i paesi terzi al fine di esternalizzare i controlli di frontiera. 4. Le stragi di un autunno nero sulla rotta del Mediterraneo centrale. 5. Il ritiro delle navi umanitarie dopo il rafforzamento dei rapporti tra EUNAVFOR MED e Guardia Costiera libica. Ancora vite umane a rischio. 6. Di quali forze dispone oggi la Guardia costiera e di frontiera europea sulla rotta del Mediterraneo centrale? 7. Osservazioni conclusive.*

1. Le prassi di polizia di frontiera si consolidano in un Regolamento europeo, senza una base legislativa uniforme per le operazioni di respingimento e rimpatrio

Tutto l’impianto della nuova normativa appare orientata al contrasto dell’immigrazione irregolare attraverso accordi con le autorità dei paesi di origine o di transito, anche in vista di una possibile collaborazione nelle attività di soccorso in mare e di riammissione o di respingimento verso i porti di partenza. Obiettivo centrale è la sicurezza all’interno delle frontiere europee minacciata dall’attraversamento delle frontiere esterne da parte dei migranti irregolari. Più di recente a questo rischio “invasione” si sono sovrapposti molteplici allarmi derivanti dalla confusione tra “clandestini” e potenziali terroristi.

Il 14 settembre 2016 veniva approvato in via definitiva il Regolamento europeo 2016/1624 riguardante la Guardia di frontiera e costiera europea allo scopo di garantire un monitoraggio ed una sorveglianza più efficace alle frontiere esterne e nel Mediterraneo. Tutto l’impianto

della nuova normativa ambisce alla predisposizione di interventi rapidi alle frontiere esterne – stabiliti sulla base di programmi di operazioni elaborati all’interno dell’agenzia e deliberati dal suo Direttore – e di contrasto dell’immigrazione irregolare, attraverso accordi con le autorità dei paesi di origine o di transito, anche in vista di una possibile collaborazione nelle attività di soccorso in mare e di riammissione o di respingimento verso i porti di partenza. Lo stesso regolamento costituisce un fondamento legislativo essenziale, che finora era mancato, per le politiche di esternalizzazione dei controlli di frontiera che sino a questo momento erano rimaste frutto di accordi di polizia o Memorandum d’intesa (MoU) privi di una base legale, tanto sul piano internazionale che nel diritto interno. Si tratta in sostanza di una espansione delle attività dell’Agenzia *Frontex*, e di una sua maggiore autonomia alle frontiere esterne e nello stabilire rapporti diretti¹ con le autorità di polizia dei paesi terzi, anche in vista di possibili operazioni di rimpatrio o di respingimento.

La parte più consistente del nuovo Regolamento che istituisce la nuova Guardia di frontiera europea riguarda il rimpatrio (*return*) dei migranti giunti irregolarmente in Europa o la loro riammissione nei paesi terzi di transito, in virtù dei nuovi accordi che consentono tali operazioni in forza di un consistente contributo economico europeo, sotto forma di cooperazione allo sviluppo. Nella parte in cui si definiscono i compiti della nuova Guardia costiera europea si fa anche un espresso riferimento ai doveri di salvataggio ma non si riscontra una chiara indicazione sulla possibilità (o sul dovere) di sbarco dei naufraghi in un porto sicuro (*place of safety*). Secondo quanto affermato nei “considerando”: il regolamento

istituisce una guardia di frontiera e costiera europea per garantire una gestione europea integrata delle frontiere esterne, allo scopo di gestire efficacemente l’attraversamento delle frontiere esterne. Ciò implica affrontare le sfide migratorie e le potenziali minacce future a tali frontiere, contribuendo così a lottare contro la criminalità grave di dimensione transfrontaliera, al fine di garantire un livello elevato di sicurezza inter-

¹ REUTERS, *EU launches joint border guard at Bulgaria-Turkish border*, 06.10.2016, <http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-eu-idUSKCN12610B>.

na nell'Unione, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e salvaguardando al contempo la libera circolazione delle persone al suo interno.

Il nuovo Regolamento prevede con un atto vincolante, perché adottato con procedura legislativa, una collaborazione più intensa tra le autorità di polizia dei diversi paesi UE in vista di un maggiore controllo delle frontiere esterne, necessario per garantire il regime di libera circolazione dettato dal Regolamento Schengen. Lo stesso Regolamento 2016/1624 costituisce un fondamento legislativo essenziale per le politiche di esternalizzazione dei controlli di frontiera che sino a questo momento erano rimaste frutto di accordi di polizia privi di una base legale. Si tratta in sostanza di una espansione delle attività dell'Agenzia *Frontex*, che viene dotata di una base legale più ampia, e di una sua maggiore autonomia nello stabilire rapporti diretti con le autorità di polizia dei paesi terzi, anche in vista di possibili operazioni di rimpatrio o di respingimento.

Sono previsti accordi con i paesi terzi per semplificare le operazioni di respingimento e di riammissione, ma non sembra esservi alcun richiamo alla necessità di concordare con questi stessi paesi, come oggi l'Egitto, e domani la Libia, una qualsiasi attività coordinata nelle attività di ricerca e salvataggio al limite tra le acque territoriali e le acque internazionali (tra le 12 e le 24 miglia dalla costa). Al di là delle solenni dichiarazioni di principio e del richiamo al diritto internazionale ed ai diritti umani, gli accordi con paesi terzi che non rispettano quei principi, ed in genere i diritti umani, svuotano di effettività le norme di salvaguardia che il Consiglio ed il Parlamento Europeo hanno inserito dopo un faticoso dibattito interno.

In merito alle attività di ricerca e salvataggio si prevede soltanto quanto già imposto dalle Convenzioni internazionali di diritto del mare in base alle quali una volta che venga dichiarato dalle autorità nazionali un evento SAR tutti i mezzi civili e militari che si trovano nella zona possono essere chiamati ad intervenire dalle stesse autorità nazionali per soccorrere i naufraghi. Come peraltro si è già verificato in questi ultimi due anni sulle rotte del Mediterraneo centrale. Manca qualunque spiraglio per una missione di soccorso che abbia soltanto carattere umanitario. Non si chiariscono le nozioni da tempo controverse di luo-

go sicuro di sbarco e di migrante economico. La prospettiva dominante è il controllo delle frontiere esterne come elemento che dovrebbe dare sicurezza all'interno dell'Unione europea. Dunque il richiamo ai diritti fondamentali rischia di restare esclusivamente sulla carta.

L'art. 4 del nuovo Regolamento richiama espressamente gli obblighi di ricerca e salvataggio sanciti per l'Agenzia europea *Frontex* dal Regolamento 656 del 2014.

La gestione europea integrata delle frontiere consiste dei seguenti elementi: a) controllo di frontiera, comprese, se del caso, misure volte ad agevolare l'attraversamento legittimo delle frontiere e misure connesse alla prevenzione e all'individuazione della criminalità transfrontaliera, come il traffico di migranti, la tratta di esseri umani e il terrorismo, e misure relative all'orientamento in favore delle persone che necessitano di protezione internazionale o intendono presentare domanda in tal senso; b) operazioni di ricerca e soccorso per le persone in pericolo in mare, avviate e svolte a norma del regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio e del diritto internazionale, che hanno luogo e sono avviate in situazioni che possono verificarsi nel corso di operazioni di sorveglianza delle frontiere in mare; c) analisi dei rischi per la sicurezza interna e analisi delle minacce che possono pregiudicare il funzionamento o la sicurezza delle frontiere esterne; d) cooperazione tra gli Stati membri sostenuta e coordinata dall'Agenzia; e) cooperazione inter-agenzia tra le autorità nazionali di ciascuno Stato membro responsabili del controllo di frontiera o di altri compiti svolti alle frontiere e tra le istituzioni, gli organi, gli organismi e i servizi dell'Unione competenti, compreso lo scambio regolare di informazioni tramite gli strumenti di scambio di informazioni esistenti, ad esempio il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere ("EUROSUR") istituito dal regolamento (UE) n. 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio; f) cooperazione con i paesi terzi nei settori contemplati dal presente regolamento, con particolare attenzione ai paesi del vicinato e ai paesi terzi che sono stati individuati tramite un'analisi dei rischi come paesi di origine e/o di transito dell'immigrazione illegale; g) misure tecniche e operative nello spazio Schengen che sono connesse al controllo di frontiera e destinate ad affrontare meglio l'immigrazione illegale e a combattere la criminalità transfrontaliera; h) rimpatrio di citta-

dini di paesi terzi soggetti a decisioni di rimpatrio adottate da uno Stato membro; i) uso di tecnologie avanzate, compresi sistemi d'informazione su larga scala; j) un meccanismo di controllo della qualità, in particolare il meccanismo di valutazione Schengen ed eventuali meccanismi nazionali, per garantire l'applicazione della normativa dell'Unione nel settore della gestione delle frontiere; k) meccanismi di solidarietà, in particolare gli strumenti di finanziamento dell'Unione.

La formulazione degli obblighi di salvataggio appare tuttavia alquanto generica, e rimette in sostanza agli Stati membri, competenti per le aree di ricerca e soccorso, il compito di decidere quando intervenire, con la dichiarazione di un evento SAR (per fare scattare attività di ricerca e soccorso) che non rientrano tra i compiti principali della nuova Guardia Costiera europea. Il nuovo regolamento riconduce così in modo molto esplicito ai singoli Stati, e quindi ai rapporti bilaterali con i paesi terzi, l'adempimento primario degli obblighi di ricerca e salvataggio. Il ruolo dei mezzi di *Frontex*, che sarà trasformata nella nuova Polizia delle frontiere e Guardia Costiera Europea, rimane sullo sfondo. In base all'art. 34 del nuovo Regolamento, intitolato alla *Protezione dei diritti fondamentali e strategia in materia di diritti fondamentali*, la nuova Guardia di frontiera e costiera europea

garantisce la tutela dei diritti fondamentali nell'esecuzione dei suoi compiti a norma del presente regolamento in conformità del pertinente diritto dell'Unione, in particolare la Carta, il diritto internazionale pertinente, compresi la Convenzione del 1951 relativa allo status di rifugiati e il suo protocollo del 1967, così come degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di non respingimento. A tal fine, l'Agenzia elabora, sviluppa ulteriormente e attua una strategia in materia di diritti fondamentali, che preveda un meccanismo efficace per monitorare il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le proprie attività. Nell'esecuzione dei suoi compiti, la guardia di frontiera e costiera europea provvede affinché nessuno sia sbarcato, obbligato a entrare o condotto in un paese, o altrimenti consegnato o riconsegnato alle autorità dello stesso, in violazione del principio di non respingimento, o in un paese nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio. Nell'esecuzione dei suoi compiti, la guardia di frontiera e costiera europea tiene conto delle particolari esigenze dei minori, dei minori non accompagnati, delle persone con disabilità, delle vittime della tratta di esseri

umani, delle persone bisognose di assistenza medica, delle persone bisognose di protezione internazionale, delle persone in pericolo in mare e di chiunque si trovi in una situazione di particolare vulnerabilità. La guardia e di frontiera e costiera europea presta particolare attenzione ai diritti dei minori in modo da garantire che in tutte le sue attività sia rispettato il loro interesse superiore.

La prospettiva già segnata da una maggiore collaborazione con le autorità militari dei paesi frontalieri ripropone in termini nuovi la problematica del luogo di sbarco in un *place of safety*. Nel caso di attività coordinate di ricerca e soccorso (SAR) si pone il problema della individuazione del luogo di sbarco (*Place of Disembarkation*), che dovrebbe anche essere un luogo sicuro (*Place of safety*) nel quale oltre alla integrità fisica dei naufraghi sia garantita la possibilità di fare valere i diritti fondamentali, a partire dalla richiesta di asilo. Non dovrebbe essere qualificato un “luogo sicuro” un porto di sbarco nel quale i naufraghi vengono arrestati e detenuti dalle autorità di polizia. Fino a che punto si può ammettere che le autorità militari che si avvalgono della collaborazione della Guardia costiera di un paese come la Libia possano collaborare nella riconduzione dei migranti soccorsi in mare verso un porto libico?

Appare altresì evidente che le persone che dovessero essere sbarcate in territorio libico dovrebbero avere garantito il pieno ed effettivo accesso dei diritti fondamentali della persona, a partire dal diritto di asilo, e che, in assenza di tali condizioni, anche se fossero soccorse in acque territoriali libiche da navi di nazionalità diversa dovrebbero comunque essere sbarcate in un altro luogo, definibile con certezza come *place of safety*. Il principio che sancisce la cooperazione operativa tra le autorità di soccorso dei diversi paesi confinanti dal punto di vista delle zone SAR di rispettiva competenza, appare molto importante in situazioni come quelle che si verificano al limite tra le acque internazionali e le acque territoriali libiche. Non è ancora chiaro con quali mezzi e con quali assetti operativi i mezzi navali libici potranno intervenire per soccorrere i migranti in difficoltà a poche miglia dai punti di imbarco. Occorre del resto considerare che, per quanto la Libia abbia ricevuto nel tempo importanti donazioni di mezzi ed attrezzature di controllo delle coste e delle acque territoriali, non sembra che il paese, diviso al suo

interno da una sanguinosa lotta tra le diverse fazioni, possa assolvere effettivamente gli obblighi di ricerca e salvataggio che gli derivano dal diritto internazionale. Per questa ragione appare sempre più importante chiarire i rapporti di collaborazione tra le autorità libiche e le autorità militari o le navi umanitarie operanti al limite delle acque territoriali libiche. Si tratta di individuare accordi che vadano oltre il mero contrasto di quella che si definisce come “immigrazione illegale”² e che siano finalizzati alla gestione degli eventi SAR (*Search and Rescue*) sino alla individuazione del punto di intervento nelle acque territoriali libiche consentito alle imbarcazioni di paesi diversi, come i mezzi umanitari o le navi delle missioni militari Mare Sicuro, *Triton* di *Frontex* o *EunavforMed* - Operazione *Sophia*. In previsione di un nuovo allargamento delle rotte di arrivo in Europa, per effetto dei maggiori controlli davanti alle coste libiche, sarà anche importante definire nuovi accordi di cooperazione operativa tra le autorità italiane e quelle maltesi.

2. L'Operazione *Sophia* di EUNAVFORMED

Dal mese di settembre del 2015 l'operazione *Eunavfor Med* (*European Navy Force Mediterranean*)³ veniva lanciata dall'Unione europea con il proposito di contrastare l'immigrazione irregolare e di stabilire rapporti di collaborazione con le guardie costiere dei paesi africani di transito nei quali si snodava il c.d. corridoio del Mediterraneo centrale, la via di fuga dei migranti più pericolosa al mondo, nella quale, dopo la fine dell'operazione *Mare Nostrum*, cresceva in modo esponenziale il numero dei morti e dei dispersi. L'operazione, poi ridefinita Operazione *Sophia*, dal nome di una bambina nata durante una delle missioni di

² T. SCOVAZZI, *The Human Tragedy of Illegal Migrants*, in G. CATALDI (a cura di), *A Mediterranean Perspective of Migrants' Flows in The European Union*, Napoli, 2016, p. 43-48.

³ F. VASSALLO PALEOLOGO, *EUNAVFOR MED conferma il suo carattere di operazione di immagine ed apre il fuoco sul fronte dell'informazione. E non si chiama più operazione Sophia. FRONTEX si prepara ad intensificare la collaborazione con la "Guardia costiera libica"*, 11.07.2016, <http://dirittiefrontiere.blogspot.it/2016/07/eunavfor-med-conferma-il-suo-carattere.html>.

soccorso, doveva articolarsi in tre fasi, le prime due in acque internazionali, prima con l'avvio di operazioni di intelligence e di scambio di informazioni (fase uno) e poi con l'intervento diretto sui mezzi utilizzati per il trasporto dei migranti, con il loro intercettamento, e quindi la loro distruzione (naturalmente dopo il trasbordo dei naufraghi). Nella terza fase, che si sarebbe dovuto avviare entro la fine del 2015, si pensava ad un intervento nelle acque territoriali libiche (fase tre), dunque al di sotto delle 12 miglia dalla costa, sempre al fine di intercettare e distruggere le imbarcazioni usate per il trasporto dei migranti fatti partire dalle coste di *Zuwara*, *Zawia*, *Garabouli* e *Sabratha*, con operazioni coordinate da parte dei trafficanti e dei miliziani, che si alternavano a periodi di pausa nelle partenze, in modo da concentrare in pochi giorni la partenza di decine di gommoni, tanto da rendere più difficile il blocco o il rinvio di questi mezzi verso la costa. Questa terza fase non si è mai realizzata perché avrebbe richiesto il consenso delle autorità libiche, mai pervenuto, o una decisione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, a lungo sollecitata dal Commissario alle relazioni esterne dell'Unione europea, Federica Mogherini, ma non ancora adottata.

Le diverse autorità libiche intanto ricostituivano, con mezzi alquanto improvvisati, e talvolta ben poco riconoscibili, una sorta di Guardia Costiera che riusciva a bloccare alcune centinaia di migranti al mese, al momento dell'imbarco o in prossimità delle spiagge, prima che potessero intervenire le navi umanitarie e i mezzi della Guardia Costiera italiana, presenti tra le 12 e le 24 miglia dalla costa. Dopo la riduzione ed il ritiro dei mezzi coordinati dall'Agenzia europea *Frontex*⁴ la maggior parte dei soccorsi operati in prossimità delle acque libiche veniva svolta come attività SAR (*Search and rescue*) dalle navi delle organizzazioni umanitarie MOAS, in collegamento con la Croce Rossa, MSF, *SOS Méditerranée*, *Sea Eye* e *Sea Watch*, e da ultimo anche di *Save The Children*, con il coordinamento della Guardia costiera e della Marina militare italiana.

L'esperienza disastrosa della fase attuativa del Trattato di amicizia tra Berlusconi e Gheddafi, sulla scorta dei Protocolli operativi firmati

⁴ *Death by Rescue Report*, 01.05.2016, <http://francoiscrepeau.com/death-by-rescue-report/>.

nel dicembre del 2007, dunque con il governo Prodi, che nel 2012 ha portato ad una condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sul caso *Hirsi Jamaa*, è stata dimenticata troppo frettolosamente. Ed oggi occorre ancora dimostrare con quale governo libico⁵ convenga andare a trattare. Come al solito, le notizie dalla Libia arrivano soltanto dall'estero.

Tripoli, 18.10.2016 (Lana) A broad meeting⁶ was convened by Ad hoc committee on follow up of MoU between EU's Sofia forces and Libyan Navy. The MoU designed to fight illegal immigration and held a meeting last week in Tunis to discuss mechanisms and guidelines to start training of Libyan coast guard and navy to fight illegal immigration. Libyan Navy spokesman, *Brig. Ayub Qassem* told Lana that the meeting confirmed that the training programme will be launched on 24 of this month. The trainees will embark from *Misrata* port and the training will include over 80 trainees besides supervisors from various specialties. He also said the training will last for 14 weeks on board an Italian training ship, *Saint Giorgio*. He also said the head of the EU team of experts has praised work of the Libyan navy describing it as prominent and wonderful in an email to the Libyan navy.

Si può ipotizzare che le missioni dei vertici governativi italiani a Tripoli dopo gli incontri di Tunisi, come le trattative già concluse tra Italia e Tunisia, servano soprattutto a creare un maggiore coordinamento⁷ integrato tra le guardie costiere italiana, libica e tunisina, probabilmente in vista di nuove basi di controllo e di raccolta degli immigrati che dalla Libia, nel caso sempre più probabile della deflagrazione del conflitto interno, dovessero attraversare la frontiera di *Ras Jedir* e spo-

⁵ FRANCE DIPLOMATIE, *Libya – Occupation by force of the Libyan High Council of State*, 17.10.2016, <http://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/libya/events/2016/article/libya-occupation-by-force-of-the-libyan-high-council-of-state-17-10-16?xtor=RSS-4>.

⁶ LIBYA NEWS AGENCY, *Committee on follow up of MoU between EU's Sofia forces and Libyan Navy meet in Tunis*, 18.10.2016, http://www.lana-news.ly/eng/news/view/105508/Committee_on_follow_up_of_MoU_between_EU_s_Sofia_forces_and_Libyan_Navy_meet_in_Tunis.

⁷ STRANIERIINITALIA.IT, *Visti più semplici e rimpatri, al via i negoziati tra Ue e Tunisia*, 13.10.2016, <http://stranieriinitalia.it/attualita/attualita/attualita-sp-754/visti-piu-semplici-e-rimpatri-al-via-i-negoziati-tra-ue-e-tunisia.html>.

starsi in territorio tunisino. Una prospettiva simile a quella già sperimentata nel 2011, quando l'unica risposta della comunità internazionale all'esodo di profughi dalla Libia fu costituita dalla creazione, in collaborazione con l'*UNHCR* di un campo di raccolta a *Choucha*⁸, proprio in prossimità del confine. Un'esperienza disastrosa nella quale neppure i migranti riconosciuti come rifugiati dalle Nazioni Unite riuscirono ad ottenere uno status legale in Tunisia o ad accedere in Europa attraverso operazioni di *resettlement*, annunciate anche in quell'occasione, ma di fatto limitate a poche migliaia di persone.

In questi giorni di avvistamento della crisi libica, e di violenze crescenti che subisce la popolazione civile, compresi i migranti in transito, nessuno pensa di comporre sul piano diplomatico un conflitto che è alimentato da interessi commerciali sempre più forti, e nel quale si sta permettendo all'Egitto⁹ di *Al Sissi* di giocare un ruolo centrale, paese con cui l'Unione europea sta concludendo ulteriori accordi per il contrasto dell'immigrazione "illegale".

Se la prospettiva che si sta accogliendo è quella della spartizione della Libia, al di là delle conseguenze imprevedibili derivanti dalla presenza di *Daesh* in territori che, al centro delle contese, diventano terra di nessuno, non si potrà certo pensare di arginare con operazioni militari in mare, ma anche a terra, un numero crescente di migranti forzati, e tra questi anche di molti libici. La stessa previsione di accordi di riammissione¹⁰ tra la Libia (o quello che ne rimarrà) ed i paesi terzi che si trovano al suo confine meridionale, come il Sudan ed il Niger, appare poco praticabile su vasta scala, quale che sia il contributo economico che l'Unione europea sembra pronta a pagare, sul modello degli accordi già stipulati con la Turchia di *Erdogan*.

⁸ E. BRYANT, *Dashed hopes for migrants in Tunisia's desert*, 03.08.2016, <http://www.dw.com/en/dashed-hopes-for-migrants-in-tunisia-desert/a-19442105>.

⁹ H. VYTISKA, *EU sounds out Egypt on possible refugee deal*, 18.10.2016, <http://www.euractiv.com/section/global-europe/news/eu-sounds-out-egypt-on-possible-refugee-deal/>.

¹⁰ AMNESTY INTERNATIONAL, *EU risks fuelling horrific abuse of refugees and migrants in Libya*, 14.06.2016, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/06/eu-risks-fuelling-horrific-abuse-of-refugees-and-migrants-in-libya/>.

Le conclusioni del recente Vertice di Bratislava confermano la chiusura rispetto all'ingresso di potenziali richiedenti asilo in Europa. Anche se nella *roadmap* ipotizzata per i prossimi mesi sembra accentuato l'investimento sui sistemi di controllo alle frontiere orientali, piuttosto che un maggiore impegno di *Frontex* o di *Eunavfor Med* nel Mediterraneo. L'unica prospettiva che a Bruxelles, e nelle capitali europee, si accantona è quella della creazione di canali umanitari e di vie di ingresso legale e protetto, tramite la concessione di visti di ingresso per motivi umanitari da parte delle ambasciate e dei consolati dei paesi occidentali, e non solo europei. Una prospettiva che potrebbe salvare migliaia di vite umane altrimenti condannate dalle attuali politiche europee a morire in mare o a marcire nei lager libici.

3. Gli accordi bilaterali o multilaterali con i paesi terzi al fine di esternalizzare i controlli di frontiera

Il nuovo Regolamento sulla Polizia e Guardia Costiera Europea non richiama espressamente l'Operazione *Eunavfor Med* oggi denominata Operazione *Sophia*, né menziona esplicitamente un legame tra questa nuova Guardia Costiera europea, che di fatto è un potenziamento dell'Agenzia *Frontex*, della quale mantiene a personalità giuridica, con l'operazione di contrasto dell'immigrazione illegale *Eunavfor Med* (Operazione *Sophia*). Un'omissione che lascia in ombra, e privi di base legale, gli accordi che i vertici di questa operazione hanno concluso con le autorità libiche che fanno riferimento al Governo di unità nazionale, con sede a Tripoli, ed alle forze navali che questo controlla.

Nel mese di agosto di quest'anno, si è diffusa la notizia ufficiale della conclusione di un Memoriale di intesa (MOU) tra *Eunavfor Med*¹¹ ed i vertici della Guardia Costiera libica. Si tratta di un corpo militare che risponde soltanto ai comandi del governo *Serraj*, insediato a Tripoli dalle Nazioni Unite, un governo che il parlamento di *Tobruk* ed il gene-

¹¹ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Protocolli tra Eunavfor Med e milizie libiche. Blocchi in mare e detenzione a terra cancellano i diritti e le vite dei migranti*, 17.09.2016, <http://www.a-dif.org/2016/09/17/protocolli-tra-eunavfor-med-e-milizie-libiche-blocchi-in-mare-e-detenzione-a-terra-cancellano-i-diritti-e-le-vite-dei-migranti/>.

rale *Haftar* (sostenuto dagli egiziani) non hanno ancora riconosciuto. Il programma vedrà attivamente coinvolti numerosi altri organismi quali *EUBAM Libia* (*EU Border Assistance Mission in Libya*), l'agenzia europea *Frontex* e le Nazioni Unite.

Di fronte della situazione di conflitto armato che si sta aggravando giorno dopo giorno attorno ai porti ed ai terminali petroliferi, rimane da chiedersi oggi quale sarà la portata effettiva della collaborazione che la c.d. Guardia Costiera libica potrà garantire alle diverse navi europee impegnate in operazioni di ricerca e salvataggio (*Attività SAR – Search and Rescue*). Rimane invece certo il destino delle persone che dopo essere state “soccorse” dai mezzi libici in acque territoriali, o in zona contigua, entro le 24 miglia dalla costa, saranno riportate a terra e internate nei tanti centri di trattenimento che esistono da anni in Libia. Luoghi nei quali si verificano abusi di ogni sorta, come documentato da testimonianze univoche ed inoppugnabili di tanti migranti che sono riusciti a fuggire, e hanno comunque raggiunto l'Italia. Dai contenuti pubblicati di questo ennesimo Memoriale d'intesa emerge come, con i finanziamenti dell'Unione europea, si passerà presto dall'addestramento delle Guardie di frontiera e della Guardia costiera “libica”, e quindi ad intese operative. La collaborazione tra i libici ed i mezzi navali coinvolti nella missione europea *Eunavfor Med* (Operazione *Sophia*), iniziata in realtà da tempo, ha prodotto anche qualche “incidente”¹².

I media hanno dato notizia che il 17 agosto scorso un battello veloce della Guardia Costiera libica avrebbe aperto il fuoco sulla nave umanitaria *Bourbon Argos* di Medici Senza Frontiere mentre svolgeva attività *SAR* (Ricerca e salvataggio) nella stessa zona, oggetto di tanti salvataggi in passato. Salvataggi che oggi sono in forte diminuzione a causa del rallentamento delle partenze dalla costa libica, effetto della situazione di conflitto armato che rende sempre più difficili e pericolosi gli spostamenti dei migranti che attraversano la Libia per imbarcarsi verso la Sicilia. Nel Comunicato della Guardia Costiera libica si fa riferimento al ritiro degli uomini armati dalla nave umanitaria, occupata per 50 mi-

¹² F. VASSALLO PALEOLOGO, *La “Guardia costiera libica” ha aperto il fuoco su una nave umanitaria di MSF. Pochi giorni dopo il Memoriale d'intesa con EUNAVFOR MED. Il dovere della verità è rispetto delle vittime*, 27.08.2016, <http://dirittiefrontiere.blogspot.it/2016/08/la-guardia-costiera-libica-ha-aperto-il.html>.

nuti, solo dopo avere avuto notizia che la stessa nave “avrebbe fatto parte dell’Operazione *Sophia*”. Sull’“incidente”, ammesso anche dai libici e riportato dal *The Guardian*, è subito calata la censura internazionale. Come è avvenuto anche qualche giorno più tardi, dopo il sequestro¹³ di due operatori umanitari tedeschi che si trovavano su un gommone di servizio alla nave umanitaria *Sea Eye* al largo di *Zawia*, rimessi in libertà dopo 48 ore, come se si fosse trattato di un “incidente” per difetto di comunicazione tra l’imbarcazione tedesca ed i mezzi della Guardia costiera libica.

Gli accordi tra l’Unione europea, tramite i rappresentanti militari dell’Operazione *Eunavfor Med* con una parte della Guardia Costiera libica, oltre alla situazione di grave insicurezza che si vive sul territorio libico, hanno comportato la riapertura della rotta egiziana, non certo nelle misure epocali annunciate dagli esperti di *Frontex* o dei servizi di informazione, ma comunque in misura significativa e tale da rendere sempre più frequenti incidenti e veri e propri naufragi, come si è verificato ancora il 21 settembre scorso. Al largo della costa di *Rashid* (Rosetta), una città portuale egiziana, un barcone che da giorni stava caricando migranti provenienti da imbarcazioni più piccole, ha fatto naufragio e sarebbero disperse centinaia di persone, oltre ad una cinquantina di cadaveri già recuperati.

Un naufragio tutto da chiarire, se è vero come risulta dalle prime testimonianze, che la guardia costiera egiziana è intervenuta davanti alla costa di *Rashid* (Rosetta) con gravissimo ritardo¹⁴ e che i primi soccorsi sono stati apportati da pescherecci ed altri mezzi commerciali. Una circostanza che deve fare riflettere a lungo sulla opportunità di evocare accordi di cooperazione pratica di polizia con paesi che non rispettano gli obblighi primari di salvataggio, neppure al limite delle loro acque territoriali.

¹³ F. VASSALLO PALEOLOGO, *La “Guardia costiera libica” tra soccorsi e deportazioni. Accordi con UNHCR, OIM ed EUNAVFOR MED. L’Unione europea esternalizza i respingimenti collettivi in mare e fornisce uomini e mezzi*, 01.09.2016, <http://dirittiefrontiere.blogspot.it/2016/09/la-guardia-costiera-libica-tra-soccorsi.html>.

¹⁴ E. GRAHAM-HARRISON, *Crewmembers arrested after at least 50 migrants die when boat capsizes*, 22.09.2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/sep/22/egypt-arrests-crew-members-50-migrants-killed-boat-capsizes>.

Il naufragio sarebbe avvenuto a sole 12 miglia dalla costa della città portuale di Rosetta (*Rashid*). Una tragedia che era ampiamente annunciata, per il numero sempre più consistente di imbarcazioni in partenza dall'Egitto verso l'Italia, una delle rotte più lunghe e pericolose del mondo, ma che nessuno ha saputo impedire, mentre tanti si sono limitati a riferire notizie sommarie sulle prime vittime recuperate, sminuendo la gravità dei fatti e nascondendo del tutto le responsabilità politiche e militari. Operazione mediatica¹⁵ che si è completata come al solito con l'arresto dei presunti scafisti e l'internamento dei migranti "illegali" soccorsi in mare, ma rigettati subito in un centro di detenzione egiziano.

Questo naufragio ha purtroppo numerosi precedenti, che sono stati presto rimossi dall'attenzione dell'opinione pubblica, al punto che le notizie sui soccorsi operati a sud dell'isola di Creta o dei ribaltamenti di imbarcazioni su quella stessa rotta sulla quale si è verificata la tragedia di ieri, sono stati sistematicamente omessi. Non si è mai avuto notizia sull'esito di un'azione di ricerca e salvataggio affidata alla nostra Guardia Costiera, dopo un allarme lanciato da una imbarcazione che si trovava ancora nella zona SAR egiziana. Una missione impossibile, a fronte dei mezzi di cui dispone la nostra Guardia Costiera. Dalla Grecia e da Malta non risultano attività di ricerca e soccorso al limite della zona SAR egiziana. Un buco nero nel quale le persone continuano a scomparire.

Questi fatti dovrebbero fare riflettere l'opinione pubblica ed i decisori politici europei, non meno che i vertici militari e di polizia, sul fondamento giuridico e morale di accordi bilaterali con paesi che, sia in mare che a terra, non garantiscono i diritti fondamentali della persona, a partire dal diritto alla vita, e che non adempiono neppure gli obblighi di ricerca e soccorso in mare stabiliti dalle Convenzioni internazionali, come la Convenzione di Amburgo del 1979 e la Convenzione UNCLOS del 1984 che anche l'Egitto ha ratificato e che dunque dovrebbe rispettare dotandosi di mezzi e assetti aero-navali di intervento, in accordo con i paesi responsabili delle zone SAR confinanti, come prevedono le stesse Convenzioni.

¹⁵ S. ELWAZER, S. SIRGANY, *4 arrested, hundreds feared dead after migrant boat capsizes off Egypt*, 23.09.2016, <http://edition.cnn.com/2016/09/22/middleeast/migrant-boat-capsize-egypt-arrests/index.html>.

4. Le stragi di un autunno nero sulla rotta del Mediterraneo centrale

Appare chiaro che ci vorranno mesi, se non anni, per dotare la Guardia costiera libica di mezzi e personale, e soprattutto di una cultura rispettosa dei diritti umani, per garantire la ricerca ed il soccorso delle imbarcazioni in difficoltà, al di là di sporadiche operazioni di blocco di imbarcazioni in mare, prima che queste raggiungano le acque internazionali, con interventi violenti che, come si è già visto, possono produrre esiti tragici. Operazioni di blocco che, se condotte in collaborazione con le navi europee al limite delle acque internazionali, potrebbero camuffare veri e propri respingimenti collettivi vietati dalle Convenzioni internazionali. Già negli anni scorsi altre tragedie si erano verificate davanti alle coste libiche, con centinaia di morti, ed alcuni cadaveri si erano arenati sulle spiagge o si erano incagliati tra gli scogli. Una zona di mare, quella antistante le città di *Zuwarra*, *Sabratha*, *Zawia* e Tripoli, nella quale nelle ultime settimane si sono ripetuti gli attacchi alle navi umanitarie impegnate nelle operazioni di ricerca e soccorso, come testimoniato dagli operatori umanitari di *Sea Watch*¹⁶, che, dopo un intervento assai violento di una unità militare con le insegne della guardia costiera libica, hanno dovuto assistere all'annegamento delle persone che stavano soccorrendo.

La missione prioritaria di *Eunavfor Med*¹⁷, che non può ancora entrare in acque libiche, rimane la difesa dei confini esterni dell'Unione europea, in acque internazionali, né si vedono all'opera nuovi mezzi di *Frontex*, o della rinominata *Frontex Plus*, la nuova Guardia di frontiera e costiera europea, che dovrebbero svolgere attività di ricerca e salvataggio anche in modo autonomo, come previsto dal Regolamento europeo n. 656 del 2014. Attività che allo stato rimarrebbero sempre circoscritte alle acque internazionali, mentre si sta lavorando per delegare ai libici gli interventi di controllo (e di salvataggio) all'interno delle loro acque territoriali. Le immagini di morti nelle acque antistanti la Libia

¹⁶ *Deadly attack on packed migrant boat off the coast of Libya*, 12.10.2016, <http://news.sky.com/story/deadly-attack-on-packed-migrant-boat-off-the-coast-of-libya-10626267>.

¹⁷ Per una descrizione dell'operazione v. <http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eunavfor-med/>.

occidentale sono facilmente reperibili in rete e testimoniano la mancata capacità di intervento della Guardia costiera libica, che non ha peraltro mezzi adeguati per intervenire ed è stata spesso sospettata di collusioni con le organizzazioni dei trafficanti, soprattutto davanti *Zawia*. In realtà sembrerebbe che ciascuna milizia che controlla una città abbia una sua “Guardia Costiera”, seppure formalmente tutte si denominino “Guardia Costiera libica”.

Altrettanto carico di conseguenze mortali si è rivelata la scelta di ritirare la maggior parte delle navi della missione europea *Triton* dell’Agenzia *Frontex*, o di posizionarle ben distanti dalla costa libica, in modo da renderle irraggiungibili per i gommoni che usano i trafficanti, mezzi cinesi di pessima qualità, che a stento arrivano, quando il mare lo permette, nelle acque internazionali, oltre 12 miglia dalla costa, dove possono avere qualche speranza di essere soccorsi. L’intento di affidare alle navi commerciali in transito nelle acque a nord della costa libica funzioni di soccorso, al di là di interventi di emergenza, se diventa una scelta politica generale, come si è verificato già nel 2015, dopo la fine dell’Operazione *Mare Nostrum*, non può che avere conseguenze mortali.

La Libia, ammesso che di un unico stato libico si possa parlare ancora oggi, non aderisce alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati né garantisce l’effettiva attuazione delle obbligazioni di ricerca e soccorso derivanti dalle Convenzioni internazionali di diritto del mare. Per questa ragione prima di fare accordi con le autorità libiche, occorre garantire che i porti di sbarco libici si possano qualificare come *place of safety*¹⁸ per chi viene soccorso, come prescritto dalle Convenzioni internazionali, e che nelle acque territoriali libiche ci sia da parte di una qualche autorità statale un effettivo impegno per soccorrere vite umane. L’attuale situazione militare nelle città costiere della Libia, confermata da numerose testimonianze raccolte anche dai migranti, come anche dalle penose condizioni fisiche nelle quali arrivano, quando arrivano vivi, impedisce di ritenere quei porti come luoghi di sbarco sicuro per chi viene soccorso in mare, sia pure in acque territoriali libiche.

¹⁸ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Search and Rescue in the Central Mediterranean Route*, 13.06.2016, <http://dirittiefrontiere.blogspot.it/2016/06/search-and-rescue-in-central.html>.

L'impegno anche umano della Guardia Costiera italiana e delle navi umanitarie non basta più, soprattutto perché si affida già adesso ai libici l'attività di ricerca e salvataggio nelle loro acque territoriali. Per chi fa naufragio prima di raggiungere le acque internazionali non c'è scampo. Come non c'è scampo per chi viene ripreso dai libici e riportato a terra dove viene immediatamente internato in un centro di detenzione come "migrante illegale". La Libia non aderisce alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati e non garantisce il rispetto delle Convenzioni internazionali sul soccorso in mare, eppure si ritiene di poter delegare alla "Guardia Costiera libica" le attività di *Search and Rescue*. Come se bastasse qualche corso di formazione e un paio di conferenze stampa per garantire il rispetto dei diritti umani delle persone costrette ad affidarsi a trafficanti senza scrupoli dalla mancanza di canali legali di ingresso protetto in Europa.

Le conferenze stampa sui risultati che si attendono dalla formazione della Guardia costiera libica, ammesso che nei prossimi anni si possa continuare a parlare della Libia come di una entità statale unitaria, e dunque di una sua "Guardia costiera", non possono nascondere la cruda realtà dei fatti che va ben oltre le cifre dei morti e dei dispersi (troppo spesso occultati), cifre pure drammatiche, ma che non possono nascondere il peso della perdita della vita di persone in carne ed ossa¹⁹, con una storia, con famiglie che aspettano e con tanto dolore che rimane tra chi sopravvive.

Senza l'apertura di canali umanitari o di vie d'ingresso legali in Europa attraverso la concessione di visti da parte dei consolati e delle ambasciate, trafficanti e scafisti²⁰ resteranno l'unica possibilità di accesso in Europa con un ulteriore aumento delle vittime in mare. Non sembra affatto scontato che la formazione di agenti di una guardia costiera o di frontiera libica possa garantire un effettivo controllo delle frontiere libi-

¹⁹ AGENCE FRANCE-PRESSE IN BANJUL, *Gambian national goalkeeper dies during Mediterranean crossing*, 02.11.2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/02/gambian-national-goalkeeper-drowned-crossing-mediterranean>.

²⁰ K. JONES, S. MCMAHONM, *As long as people are pushed to flee their homes for Europe, smuggling networks will remain a necessity*, 03.11.2016, <https://theconversation.com/as-long-as-people-are-pushed-to-flee-their-homes-for-europe-smuggling-networks-will-remain-a-necessity-67956>.

che, un contenimento degli arrivi dei migranti in Europa, o maggiore sicurezza all'interno dello spazio Schengen. E le vite umane dei migranti costretti alla fuga dalla situazione del loro paese, ma anche dal conflitto nel quale sta precipitando la Libia, saranno sempre più a rischio.

5. Il ritiro delle navi umanitarie dopo il rafforzamento dei rapporti tra EUNAVFOR MED e Guardia Costiera libica. Ancora vite umane a rischio

Sono anni che, dopo ogni strage nel Mediterraneo, i vertici dell'Unione europea e quindi le agenzie militari che vi corrispondono, come *Frontex* o *Eunavfor Med*, suggeriscono il rafforzamento delle missioni di contrasto della c.d. immigrazione "illegale", e questo affermando di voler salvare più vite umane in mare, quando in realtà il vero obiettivo perseguito, magari in collaborazione con le polizie dei paesi di transito e di origine, è quello di ridurre il numero delle partenze e di aumentare le operazioni di respingimento, le espulsioni con accompagnamento forzato, anche attraverso la detenzione in centri nei quali, come avviene in Libia, vengono sistematicamente violati i diritti umani²¹.

Dovrebbe essere a tutti noto il fallimento sostanziale della missione *Eunavfor Med* che nasceva con l'obiettivo di contrastare le organizzazioni dei trafficanti entrando nelle acque territoriali libiche, con missioni lampo che si sarebbero dovute svolgere anche sul terreno. Obiettivi falliti per la mancata copertura dell'operazione, priva di basi legali, da parte di un deliberato del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, o di una specifica richiesta di intervento da parte di uno dei due governi libici che nel tempo sono stati riconosciuti dalla Comunità internazionale. In assenza di una qualsiasi possibilità di svolgere "operazioni di contrasto dell'immigrazione illegale" nelle acque a nord della costa libica, la maggior parte delle attività di ricerca e salvataggio (attività SAR –

²¹ AMNESTY INTERNATIONAL, *EU risks fuelling horrific abuse of refugees and migrants in Libya*, 14.06.2016, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/06/eu-risks-fuelling-horrific-abuse-of-refugees-and-migrants-in-libya/>.

Search and Rescue) si è svolta sotto il coordinamento del Comando della Guardia Costiera italiana con un consistente coinvolgimento di navi umanitarie civili, supportate da *Sos Méditerranée*, Medici senza Frontiere, *Sea Watch*, MOAS – Croce Rossa internazionale, e più di recente da *Save The Children*. Anche per i mezzi di *Eunavfor Med* e di *Frontex*, alle originarie finalità di blocco e respingimento si sono presto sovrapposte finalità di ricerca e salvataggio, peraltro sancite e dunque obbligatorie in base al Regolamento dell’Unione europea n. 656/2014.

Negli ultimi mesi la risposta europea all’intensificarsi delle stragi al limite delle acque territoriali libiche – il 2016 è stato un anno record quanto a morti e dispersi nelle acque del Mediterraneo centrale, soprattutto nel Mar libico – è stato il lancio delle attività di “formazione teorico-operativa”²² di agenti della Guardia Costiera libica a bordo delle navi militari dell’operazione europea *Eunavfor Med*, tra queste la nave San Giorgio della Marina militare italiana.

Da agosto a settembre del 2016 si erano succeduti diversi “incidenti”²³ che avevano visto navi umanitarie delle organizzazioni *Sea Watch* e Medici senza Frontiere attaccate da mezzi della c.d. Guardia Costiera libica mentre si trovavano in attività di ricerca e salvataggio di vite umane al limite delle acque territoriali libiche. Vicende mai completamente chiarite, dalle quali emergeva però che la garanzia per la presenza delle navi umanitarie che salvavano vite umane in una zona tanto vicina alla costa libica veniva fornita proprio dalle navi militari europee.

A partire dal mese di agosto, il ripetersi di attacchi a questi mezzi civili da parte di unità della sedicente “Guardia costiera libica”, la loro parziale riduzione, e la individuazione di porti di sbarco sempre più

²² STELLA D’ITALIA NEWS.COM, *Marina Militare: Termina il primo ciclo addestrativo a favore della nuova Marina/Guardia Costiera Libica a bordo di Nave San Giorgio*, 08.11.2016, http://www.stelladitalianews.com/ultima-ora/2016/11/08/44085_marina-militare-termina-il-primo-ciclo-addestrativo-a-favore-della-nuova-marina-guardia-costiera-libica-a-bordo-di-nave-san-giorgio/#.WDtQ_XQuJAg.

²³ F. VASSALLO PALEOLOGO, *La “Guardia costiera libica” ha aperto il fuoco su una nave umanitaria di MSF. Pochi giorni dopo il Memoriale d’intesa con EUNAVFOR MED. Il dovere della verità è rispetto delle vittime*, 27.08.2016, <http://dirittiefrontiere.blogspot.it/2016/08/la-guardia-costiera-libica-ha-aperto-il.html>.

lontani, che imponevano lunghe rotte verso la Sicilia, la Sardegna o la Puglia, se non la Campania, hanno riportato alla ribalta interventi di navi commerciali, e subito si sono verificate altre tragedie, come il naufragio del 28 ottobre 2016 a ridosso di una petroliera il cui equipaggio si limitava a filmare la scena, con le persone che facevano ressa vicino alle due piccole scalette che erano state predisposte per l'arrampicata dei migranti a bordo, trattandosi di una nave il cui ponte di accesso stava ad almeno dieci metri sul livello dell'acqua. In quell'occasione, come in altre precedenti nelle quali erano rimaste coinvolte navi commerciali, non venivano gettati neppure salvagente o atolli autogonfiabili in mare, né tanto meno venivano calati verso i naufraghi gommoni o altri mezzi di soccorso in dotazione della nave, con la conseguenza che decine di migranti annegavano, in una situazione di panico e di ressa generale, proprio a pochi metri dalla scaletta che avrebbe permesso la loro salvezza.

A partire dalla fine di novembre sembra sensibilmente ridotto il numero delle navi umanitarie ancora inserite nelle attività di ricerca e salvataggio nella zona del Mediterraneo centrale più vicina alla costa libica, mentre risulta più intensa l'attività SAR affidata alle navi militari di *Eunavfor Med*, come la nave Navarra²⁴ della marina spagnola. Negli ultimi giorni dell'anno, a ridosso della costa libica, sembra operativa soltanto la nave umanitaria *Aquarius* di *SOS Méditerranée*, mentre la *Bourbon Argos* di Medici senza Frontiere ha sospeso temporaneamente la sua attività. Non si hanno invece notizie dalle sette navi militari che dovrebbero ancora essere operative all'interno dell'operazione *Triton* dell'agenzia *Frontex*. Periodicamente si assiste soltanto a qualche operazione di ricerca e soccorso svolta dalla *SIEM PILOT* di *Frontex*, sotto il coordinamento del Comando centrale della Guardia Costiera italiana, coordinamento che scatta in base alle convenzioni internazionali tutte le volte che, dopo una segnalazione o una richiesta di soccorso, viene dichiarato dalle autorità marittime un evento SAR (*Search and Rescue*). Il "successo" addotto da *Frontex*²⁵ nel blocco della rotta balcanica, conse-

²⁴ <https://mobile.twitter.com/Defensagob/status/801399145927938048>.

²⁵ FRONTEx, *Fran Quaterly: Illegal Border crossing drop by more than half in Q2 2016*, 15.11.2016, <http://frontex.europa.eu/news/fran-quarterly-illegal-border-crossings-drop-by-more-than-half-in-q2-2016-YK8Nfe>.

guenza degli accordi tra Unione europea, paesi balcanici e Turchia, non può compensare le tragedie umane che si continuano a ripetere nelle acque del Mediterraneo centrale nel sostanziale disimpegno dell'Agenzia.

6. Di quali forze dispone oggi la Guardia costiera e di frontiera europea sulla rotta del Mediterraneo centrale?

Sembra quasi che la riduzione delle navi umanitarie e di quelle impegnate nelle operazioni europee di *Frontex* corrisponda ad un maggiore coinvolgimento delle autorità libiche, almeno di quelle che fanno riferimento al governo di Tripoli, nella c.d. esternalizzazione²⁶ dei controlli di frontiera, in questo caso al limite delle acque territoriali libiche (12 miglia dalla costa).

Secondo i piani annunciati dagli alti comandi dell'operazione *Eunavfor Med*, condotta dall'ammiraglio Credendino, le attività di addestramento della c.d. Guardia Costiera libica sarebbero necessarie per "garantire la sicurezza e i soccorsi nelle acque territoriali libiche" dove si svolge il traffico di migranti, "l'obiettivo è evitare che più di 3.000 persone muoiano davanti alle coste libiche", dove la missione non può accedere senza la richiesta di Tripoli, ha aggiunto l'ammiraglio nel corso di una recente conferenza stampa. A queste affermazioni, già smentite dai fatti, hanno replicato i rappresentanti dell'organizzazione umanitaria tedesca *Sea Watch*²⁷, che ha ribattuto come l'apertura di canali legali di ingresso in Europa costituisca l'unica soluzione che consenta una riduzione dei morti e dispersi nelle acque del Mediterraneo centrale, su quella che nel corso dell'ultimo anno si è rivelata la rotta più pe-

²⁶ F. VASSALLO PALEOLOGO, *La "Guardia costiera libica" tra soccorsi e deportazioni. Accordi con UNHCR, OIM ed EUNAVFOR MED. L'Unione europea esternalizza i respingimenti collettivi in mare e fornisce uomini e mezzi*, 01.09.2016, <http://dirittiefrontiere.blogspot.it/2016/09/la-guardia-costiera-libica-tra-soccorsi.html>.

²⁷ SEA WATCH.ORG, *A #SafePassage is the only way to cut migrants' deaths*, 04.11.2016, <https://sea-watch.org/en/a-safepassage-is-the-only-way-to-cut-migrants-deaths/>.

ricolosa del mondo, con oltre 3700 morti e dispersi nei primi dieci mesi del 2016. Secondo un comunicato della ONG tedesca:

We are not against a SAR mission also within the 12 nm zone, as indeed many accidents occur there, however the absolute priority of any training mission has to be an improvement of the humanitarian situation and the SAR capabilities and not to cut down the number of migrants arriving in Europe. Sea-Watch board member Johannes Bayer states: Sea-Watch was able to document cases, in which Libyan coastguard carried out forced returns – even far out of territorial waters. These deportations are dictated by the European Union and should be considered as a clear violation of the non-refoulement principle as lives are being put in danger.

Mentre la situazione sul terreno in Libia sfuggiva a qualsiasi controllo, e le condizioni di transito e di sofferenza dei migranti peggioravano giorno dopo giorno, proprio alla fine del primo ciclo di formazione della c.d. Guardia Costiera libica a bordo delle navi dell'operazione *Sophia*, mentre sparivano tutte le navi di *Frontex*, o si ritiravano a sud di Malta, con interventi *SAR* sempre più sporadici, partiva un attacco violento contro gli operatori umanitari. Il 29 novembre scorso, il rappresentante ONU per la Libia *Martin Kobler*²⁸, definiva la presenza delle navi delle ONG internazionali come un fattore di attrazione (*pull factor*), subito spalleggiato dai vertici europei come il Commissario all'immigrazione, il greco *Avramopoulos*. Quindi partiva l'attacco più velenoso²⁹, diretto proprio contro i comandanti e gli equipaggi delle navi umanitarie che, dopo essere stati esposti al piombo dei libici, venivano direttamente accusati di collusioni con i trafficanti. Il 4 dicembre scorso le notizie venivano diffuse da una fondazione olandese, paese nel quale stanno prevalendo posizioni di sbarramento, se non di aperta xenofobia, nei confronti dei migranti in fuga verso l'Unione europea. Il

²⁸ J.P. SCHOLZ, *Martin Kobler: 'Rescue missions attract people smugglers'*, 29.11.2016, <http://www.dw.com/en/martin-kobler-rescue-missions-attract-people-smugglers/a-36571954>.

²⁹ GEFIRA, *NGOs are smuggling immigrants into Europe on an industrial scale*, 04.12.2016, <https://gefira.org/en/2016/12/04/ngos-are-smuggling-immigrants-into-eu-ropes-on-an-industrial-scale/>.

7 dicembre 2016 questi attacchi contro le ONG³⁰ “colpevoli” di “collusione” con i trafficanti libici in attività di “contrabbando” di esseri umani, venivano ripresi da ambienti che sembrerebbero riconducibili alla destra rosso-bruna europea, e con vasti riferimenti ai servizi segreti, per il tipo di informazioni delle quali evidentemente questi siti di informazione potevano disporre. Infine erano i vertici di *Frontex* ad accusare le organizzazioni umanitarie di collusione vera e propria con le organizzazioni dei trafficanti, proprio alla vigilia del Consiglio Europeo del 15 dicembre³¹ che avrebbe dovuto ridefinire la politica europea in materia di contrasto dell’immigrazione e distribuire le risorse necessarie, sempre più ingenti per esternalizzare i controlli di frontiera e coinvolgere con i *Migration Compact* i paesi di origine e di transito.

Dopo il ritiro di *Frontex* e gli attacchi alle navi umanitarie adesso i soccorsi a nord della costa libica sono operati, oltre che da *SOS Méditerranée* con la nave *Aquarius*, da navi commerciali e mezzi di servizio alle piattaforme petrolifere dell’Eni. Si è tornati alla situazione precedente alla strage di Lampedusa del 3 ottobre 2013. Vergogna Europa. Il 2016 è stato l’anno nel quale si sono registrate più morti e dispersi che mai, sulle rotte del Mediterraneo centrale. Chissà quante altre vittime si dovranno registrare nei prossimi mesi.

Perché la Guardia Costiera italiana che è indiretta destinataria degli attacchi di *Frontex* alle ONG, non rende noti i tracciati delle operazioni di *Search and Rescue* che documentano il disimpegno progressivo dei mezzi europei? In cosa consistono davvero le attività di formazione della Guardia costiera libica³² condotte da *Frontex* a bordo delle navi dell’Operazione *Sophia* di *Eunavfor Med* e quali risvolti operativi hanno già avuto? Quali rapporti di collaborazione operativa sono stati definiti con i comandi della Guardia Costiera libica, in realtà con i vertici

³⁰ AURORA, *Le ONG contrabbandano immigrati in Europa?*, 07.12.2016, <https://aurorasito.wordpress.com/2016/12/07/le-ong-contrabbandano-immigrati-in-europa/>.

³¹ CIR, *L’Europa non vuole più accogliere rifugiati. Gravi conclusioni del Consiglio europeo*, 16.12.2016, <http://www.meltingpot.org/L-Europa-non-vuole-piu-accogliere-rifugiati-Gravi.html#.WFZUTX3rZ-x>.

³² FRONTEx, *Frontex helps train Libyan coast guard*, 13.12.2016, <http://frontex.europa.eu/news/frontex-helps-train-libyan-coast-guard-zxRCnE>.

delle milizie che controllano le diverse città, perché in Libia ancora di una autorità nazionale unica non se ne può proprio parlare?

7. Osservazioni conclusive

Certo la confusione rimane tanta, perché il nuovo Regolamento sulla Guardia costiera europea costituisce un rinforzo dell'agenzia *Frontex* ma non dedica neppure un paragrafo all'operazione militare *Eunavfor Med*, che pure qualcuno vorrebbe identificare con la nuova Guardia Costiera europea. Di fatto, l'operazione *Sophia* alias *Eunavfor Med*³³, in assenza di un avallo da parte del governo libico o di una copertura del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite, richiesta da oltre un anno dalla Commissaria UE Mogherini, ma non ancora pervenuta, non può passare alla fase operativa 2, in acque territoriali libiche. E nel quadro attuale della situazione politica e militare della Libia non si vede come gli accordi dei vertici di *Eunavfor Med* con la sedicente Guardia Costiera libica possano garantire una riduzione delle vittime in mare, o una qualsiasi tutela dei superstiti a terra.

Giova in proposito ricordare che, in base alle Convenzioni internazionali³⁴ di diritto del mare, e soprattutto secondo quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca e salvataggio delle vite umane in mare, se uno stato non riesce a garantire una immediata attività *SAR* in acque di sua competenza dovrebbe attivare accordi con i paesi limitrofi, all'esclusivo fine di salvaguardare la vita umana in mare. In questa prospettiva si osserva che

The State responsible for a SAR area is also responsible for the coordination of SAR operations in that area, and for the treatment of persons

³³ G. PELOSI, *Migranti: con la missione navale europea Sophia nascerà la nuova guardia costiera libica*, 02.11.2016, <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2016-11-02/migranti-la-missione-navale-europea-sophia-nascera-nuova-guardia-costiera-libica--184746.shtml?uuiid=AD4Fq6nB>.

³⁴ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Search and Rescue in the Central Mediterranean Route*, 13.06.2016, <http://dirittiefrontiere.blogspot.it/2016/06/search-and-rescue-in-central.html>.

rescued at sea. The fulfillment of these obligations may be influenced by formal or informal bilateral agreements between states.

Piuttosto che intese per istruire la Guardia Costiera libica nelle attività di blocco dei migranti e di riconduzione in Libia, si dovrebbero individuare metodi di collaborazione per soccorrere nel modo più efficace le persone a rischio di naufragio e nel ricondurle su un territorio nel quale possano fare valere una richiesta di asilo e non siano a rischio di subire abusi ed estorsioni. Territorio che oggi non è certo il tratto di costa che va da *Zuwara* a *Sabratah*, *Zawiah* Tripoli e Misurata in preda ad un sanguinoso conflitto tra milizie. Appare altresì evidente che le persone che in futuro dovessero essere sbarcate in territorio libico dovrebbero avere garantito il pieno ed effettivo accesso dei diritti fondamentali della persona, a partire dal diritto di asilo, e che, in assenza di tali condizioni, dovrebbero essere sbarcate in un altro luogo, dunque in un altro paese, definibile con certezza come *place of safety*³⁵.

Il porto di sbarco definibile come *place of safety* deve trovarsi all'interno di un paese che garantisca l'effettiva applicazione della Convenzione di Ginevra e delle altre Convenzioni internazionali che salvaguardano i diritti della persona umana. Questo paese oggi non è certo la Libia, o quello che ne rimane, nei diversi governi che si contendono il controllo del paese, anche perché la Libia non ha mai aderito alla Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati. Gli stati europei non possono scaricare soltanto sull'Italia e sulla Grecia gli obblighi di ricerca e salvataggio in un luogo sicuro.

I gommoni o le imbarcazioni più piccole usate dai trafficanti possono soltanto uscire dalle acque territoriali libiche (12 miglia dalla costa) ma non sono in grado di resistere ad una navigazione più lunga, potendo al massimo raggiungere 30-40 miglia dalla costa, anche per la carenza di rifornimenti e per la particolare esposizione delle persone che trasportano, agli eventi atmosferici. Chi riferisce dei compiti della missione *Eunavfor Med* citando il numero dei barconi dei trafficanti che sarebbero stati distrutti durante gli interventi delle navi europee non sa

³⁵ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION (IMO), *Persons Rescued at Sea - Regulations and Guidance* <http://www.imo.org/en/OurWork/Facilitation/personsrescued/Pages/Default.aspx>.

evidentemente di cosa sta parlando, o peggio vuole imbrogliare l'opinione pubblica, perché non c'è alcun bisogno di distruggere gommoni utilizzati per le partenze dalla Libia, mezzi che sono comunque destinati ad affondare da soli a poche ore dalla partenza dalla costa. In caso di burrasche il loro destino è segnato e possono fare naufragio³⁶ anche pochi minuti dopo la partenza, comunque entro la fascia di acque territoriali libiche, nelle quali gli interventi delle diverse autorità che si autodefiniscono come "Guardia costiera libica", hanno prevalente funzione di arresto in vista di una successiva detenzione dei migranti "illegali", piuttosto che di una vera e propria operazione di soccorso.

Tra i migranti che sono riusciti ad essere soccorsi e che quindi sono stati sbarcati nei porti siciliani sono numerose le testimonianze delle violenze e degli abusi dei migranti "soccorsi" dalla Guardia Costiera libica e rigettati nei tanti centri di detenzione dove imperversano trafficanti e poliziotti senza scrupoli.

L'Italia e l'Unione europea, sotto la spinta di elettorati sempre più condizionati dai partiti populistici e dai nazionalismi più becchi, non si possono sottrarre ad una attività di ricerca e soccorso che preveda comunque intese, anche con le autorità libiche, volte comunque a favorire lo sbarco dei naufraghi in porti "sicuri", quali in questo momento non possono certo definirsi i porti libici. L'obiettivo principale dovrebbe essere costituito dalla messa in sicurezza dei migranti soccorsi in mare, non dal loro allontanamento dai confini europei. In questo senso desta allarme il contenuto del Regolamento Europeo che introduce la nuova Guardia di frontiera e costiera europea.

L'immediata apertura di canali legali di ingresso per i migranti in fuga dalla Libia e il rinforzo delle missioni civili di ricerca e soccorso in mare nelle acque limitrofe alle coste libiche costituiscono le uniche possibili soluzioni per una crisi migratoria che, se verrà ulteriormente accresciuta la pressione militare nella lotta contro i trafficanti, o peggio, se si praticheranno respingimenti collettivi avvalendosi della Guardia costiera libica addestrata per coordinarsi con i mezzi di *Eunavfor Med* e di *Frontex* nella ripresa dei gommoni in fuga verso l'Europa, rischia di

³⁶ NUOVI DESAPARECIDOS, *Un cimitero chiamato Mediterraneo: il 2016 (seconda parte: settembre-dicembre)*, 18.09.2016, <http://nuovidesaparecidos.net/?p=523>.

tradursi in una serie ininterrotta di naufragi o di affondamenti, con migliaia di morti e dispersi. L'allontanamento, e comunque la oggettiva riduzione, delle navi umanitarie impegnate nelle attività *SAR* al largo delle coste libiche, e la delega di queste attività alla c.d. Guardia costiera libica, costituiscono un pessimo segnale che lascia prevedere un ulteriore aumento delle vittime alle frontiere marittime, le frontiere impossibili.

RIPENSARE IL SISTEMA EUROPEO COMUNE D'ASILO: ALTERNATIVE PER FAR FRONTE ALLA "CRISI"

Gracy Pelacani

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Ragioni e volti di una crisi annunciata. 3. Disequilibri di sistema. 4. Reazioni e (ri)proposte di riforma. 4.1. La politica dei visti. 4.2. La migrazione per ragioni di lavoro o affini. 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

I numeri riferiscono di 361.709 arrivi attraverso il mar Mediterraneo nel corso del 2016 e di 4.913 persone morte in mare a fronte di 1.015.078 arrivi nel 2015 e di 3.676 decessi. La rotta centrale – che collega Algeria, Tunisia, Egitto e Libia alle coste italiane¹ – è di gran lunga la più mortale. Al contempo, il numero di domande di protezione internazionale (PI) presentate negli Stati membri dell'Unione europea (UE), più Norvegia e Svizzera, è stato di 1.171.138 a novembre 2016, ed è più che duplicato nel 2015 rispetto all'anno precedente, con 1.349.638 domande presentate in prima istanza. Anteriormente, il più alto numero di domande si era registrato nel 1992².

Mai prima si erano riportati numeri di tale ordine di grandezza. Tuttavia, benché la concentrazione geografica e temporale degli arrivi abbia oltremodo amplificato il loro impatto su alcuni sistemi di accoglienza nazionali, le persone giunte via mare ammontano al mero 0.3 della

¹ 4.410 decessi su 4.913 sono avvenuti lungo la rotta centrale nel 2016, e 2.794 su 3.676 nel 2015, cfr. OIM, Missing Migrants Project, <http://missingmigrants.iom.int/mediterranean>.

² Nel 2014 si sono registrate 563.000 domande in prima istanza, mentre nel 1992 se ne erano registrate 672.000. EUROSTAT, *Asylum Statistics*, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics.

popolazione degli Stati membri dell'UE. Pertanto, se è poco credibile parlare di “crisi” sulla sola base di questi numeri³, se ne comprende l'utilizzo per descrivere la gestione dei flussi, dell'accoglienza dei richiedenti PI, la scarsa tenuta del sistema europeo comune d'asilo (SECA) e della politica migratoria dell'UE.

L'accesso al territorio e l'accesso alla protezione internazionale sono due tra le dimensioni in cui può essere declinata la crisi attuale del sistema europeo comune d'asilo. Nel corso di questo contributo si afferma che tra le cause della crisi vi sono lo scarso e inefficace utilizzo di modi altri per accedere al territorio o ad altro status giuridico che non sia quello dato dal riconoscimento di una qualche forma di PI.

Si pensi, come ausilio, al principio dei vasi comunicanti, immaginando una struttura composta da tanti vasi quante sono le parti che compongono la politica migratoria dell'UE: nel suo aspetto interno, il sistema europeo comune d'asilo, la politica migratoria legale per ragioni di lavoro o familiari, le politiche di controllo dei confini esterni, la politica dei visti e le politiche di contrasto all'immigrazione irregolare e al traffico di persone, di ritorno e riammissione; nella sua parte esterna, le politiche e gli accordi di vicinato e partenariato con Stati terzi o di collaborazione con organizzazioni internazionali⁴. In situazione di equilibrio, il livello del liquido e la pressione esercitata su di esso è uguale in tutti i vasi. Quando, al contrario, ci si trova in una situazione di disequilibrio, la pressione esercitata su alcuni vasi sarà maggiore rispetto ad

³ Nessuno Stato membro dell'UE rientra tra i dieci Stati che ospitano il maggior numero di rifugiati e sfollati. Cfr. UNHCR, *Global Trend Forced Displacement in 2015*, pp. 15-16, <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html>.

⁴ Ci si riferisce alla missione dell'Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico (NATO) nel mar Egeo e lungo il confine sirio-turco in corso da febbraio 2016 avviata su richiesta di Germania e Turchia (c.d. Nato Marittime Group-2) per contrastare l'immigrazione irregolare e il traffico di migranti. A breve verrà lanciata un'ulteriore operazione NATO – *Sea Guardian* – la quale opererà accanto all'operazione dell'UE “EU-NAVFOR MED operation Sophia” iniziata nel giugno 2015, della durata di due anni e operante nella parte centrale del sud del Mediterraneo. V. HOUSE OF LORDS - EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Operation Sophia, the EU's naval mission in the Mediterranean: an impossible challenge*, 14th Report of Session 2015-16, HL Paper 144, May 2016, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/lducom/144/14402.htm>.

altri, e varierà di conseguenza il livello di liquido presente in ciascun vaso.

Fuor di metafora, si sostiene che alcune parti del sistema sono maggiormente sotto pressione rispetto ad altre, trovandosi la politica migratoria dell'UE in una situazione di disequilibrio. Nello specifico, si afferma che più sono restrittive le politiche in materia di immigrazione legale, riunificazione familiare, visti, controllo dei confini esterni e di partenariato con gli Stati terzi, più la pressione aumenta sul sistema europeo comune d'asilo e sui canali irregolari di accesso e permanenza nel territorio⁵. Dunque, ne deriva che, almeno in parte, il disequilibrio è auto-indotto dal sistema stesso.

Il presente contributo ripercorre i diversi aspetti della “crisi” del SECA e della gestione degli arrivi ai confini esterni dell'UE affacciati sul Mediterraneo. Si sostiene che le crisi sono multiple e diversificate nel tempo e nello spazio, e che, ad eccezione della novità rappresentata dai numeri, le inefficienze del sistema erano, al contrario, note da tempo. Successivamente, si considerano gli elementi che contribuiscono a perpetuare la crisi. Poi, si espongono le più recenti soluzioni proposte per la sua risoluzione, a partire dall'agenda europea sulla migrazione del maggio 2015⁶. Nella terza parte, si valutano alcuni tra i modi alternativi di accesso al territorio o ad altro status giuridico che, se privilegiati, potrebbero contribuire parzialmente ad un maggiore equilibrio del sistema.

2. *Ragioni e volti di una crisi annunciata*

Alcuni elementi ritornano nelle numerose analisi che si sono recentemente rincorse al fine di capire e spiegare le ragioni di quella che,

⁵ Tra gli altri, v. N. EL-ENANY, *EU Asylum and Immigration Law under the Area of Freedom, Security, and Justice*, in D. CHALMERS, A. ARNULL (a cura di), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, pp. 879, 887-889; T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, 2013, pp. 22-27.

⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles 13.05.2015, COM(2015)240 final.

correttamente o no, è stata definita come “crisi”⁷. In primo luogo, che di molteplici crisi in realtà si tratta: crisi di governo dell’immigrazione regolare, di contrasto all’immigrazione irregolare e al traffico di persone, crisi dell’accesso alla protezione internazionale, crisi umanitaria, di controllo dei confini esterni dell’UE, dell’area Schengen, crisi geopolitica e di cooperazione con i paesi terzi.

La seconda caratteristica condivisa è l’evidente e assoluta novità dei numeri riportati in apertura che registrano gli arrivi via mare e i conseguenti ingressi irregolari, così come i decessi lungo le rotte del Mediterraneo a partire dal 2014. Al contempo, si fa notare che gli stessi fenomeni, come per altro le tecniche utilizzate per controllarli, di per sé non sono affatto nuovi.

In terzo luogo, si concorda nel ricordare che erano note le inefficienze del sistema europeo comune d’asilo e gli effetti distorsivi dello stesso sull’assunzione delle responsabilità connesse agli arrivi. Tra le cause principali del fallimento del regolamento di Dublino, ancor oggi definito la pietra angolare del sistema, vi sono la mancata considerazione delle preferenze dei richiedenti protezione e della loro intermediazione, gli interessi nazionali configgenti degli Stati membri e un atteggiamento burocratico verso l’allocazione delle responsabilità per la presa in carico delle domande⁸. Congiuntamente, si conviene nell’individuare tra le ulteriori ragioni di questo insoddisfacente funzionamento i risaputi problemi riguardanti l’implementazione di alcuni degli stru-

⁷ H. CRAWLEY, F. DUVELL, N. SIGONA, S. MCMAHON, K. JONES, *Unpacking a rapidly changing scenario: migration flows, routes and trajectories across the Mediterranean*, Unravelling the Mediterranean Migration Crisis (MEDMIG) Research Brief No.1, March 2016, <http://www.medmig.info/research-brief-01-unpacking-a-rapidly-changing-scenario/#more-498>; M. WAGNER (ET AL.), *The Implementation of the Common European Asylum System*, Study, LIBE Committee, 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556953/IPOL_STU\(2016\)556953_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556953/IPOL_STU(2016)556953_EN.pdf); E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO-LAX, M. MOUZOURAKIS, S. CARRERA, *New Approaches, Alternative Avenues and Means of Access to Asylum Procedures for Persons Seeking International Protection*, Study LIBE Committee, 2014, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU\(2014\)509989_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU(2014)509989_EN.pdf).

⁸ F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation*, Study, LIBE Committee - European Parliament, PE 571.360, 2016, pp. 20-28.

menti normativi componenti il SECA⁹. Elementi che vanno ad aggiungersi alle conseguenze che derivano dall'ampio margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri come conseguenza di un eccessivo impiego di clausole eccezionali o rimandi alle legislazioni nazionali e come effetto inevitabile dell'impiego di direttive¹⁰.

Benché si sia tentato nel corso dell'evoluzione del SECA di passare dallo stabilire livelli minimi di tutela e accoglienza al definire standard comuni¹¹, si è giunti a constatare che l'armonizzazione legislativa perseguita non ha portato all'attesa armonizzazione degli standard di tutela e, ancor meno, ad un ravvicinamento nelle pratiche di accoglienza tra i sistemi nazionali d'asilo. L'osservazione è rilevante poiché si individua nella disparità tra queste ultime – in materia di accoglienza, accesso alla procedura e al riconoscimento di una qualche forma di protezione – una delle cause prime dei movimenti secondari dei richiedenti PI¹², a sua volta principale fattore che impedisce un'applicazione efficace del regolamento di Dublino¹³.

Inoltre, ancorché questa possa definirsi come una crisi di funzionamento e struttura del sistema, la stessa non ha toccato in modo eguale

⁹ Il 10 febbraio 2016, la Commissione ha adottato nei confronti di sette Stati membri – Germania, Estonia, Slovenia, Grecia, Francia, Italia e Lettonia – pareri motivati, dando così avvio alla seconda fase di nove procedure di infrazione per omessa o non corretta attuazione della legislazione componente sistema europeo comune d'asilo. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA - COMUNICATO STAMPA, *Sistema europeo comune di asilo: la Commissione porta avanti 9 procedimenti di infrazione*, Bruxelles, 10 febbraio 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-270_it.htm.

¹⁰ M. DEN HEIJER, J. RIJPMAN, T. SPIJKERBOER, *Coercion, prohibition, and great expectations: The continuing failure of the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, 3, 2016, p. 610.

¹¹ Si confronti, a questo proposito, quanto stabilito dall'art. 63 del Trattato che istituisce la Comunità europea (trattato di Amsterdam, GUUE C 340, 10.11.1997) con l'art. 78(2) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, GUUE C 202, 07.06.2016.

¹² EUROPEAN COMMISSION, *Evaluation of the Dublin III Regulation*, Final report, 4 December 2015, p. 5.

¹³ Come noto, il regolamento individua una serie di criteri – ordinati gerarchicamente – per allocare tra gli Stati membri la responsabilità per l'esame di una domanda di PI. Il criterio a questo fine più utilizzato è quello del paese di primo accesso (irregolare) nel territorio dell'Unione europea. Cfr. artt. 12 e 13, Regolamento n. 604/2013, GUUE C L 180, 29.06.2013.

tutti gli Stati membri. Il disequilibrio (geografico) della crisi emerge, da un lato, dall'ambito di applicazione dei meccanismi emergenziali – il meccanismo di ricollocamento e il metodo dei c.d. punti di crisi (*hotspot*)¹⁴. Se ne prevede l'applicazione, infatti, unicamente a (supposto) beneficio di Italia e Grecia¹⁵, perché trovatisi a far fronte a una “situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi” ex art. 78(3) TFUE; dall'altro lato, dal constatare che l'81% circa delle domande di PI presentate in prima istanza nel corso del 2015 si sono registrate in soli sei Stati membri (Ungheria, Svezia, Austria, Italia e Francia), di cui un terzo unicamente in Germania¹⁶.

Altresì, se di crisi si tratta, questa presenta profili diversi a seconda dello Stato membro e della rotta che considerata, o della fase temporale della crisi analizzata. Infatti, è diverso tracciarne i profili prima dell'aprile del 2015 per quanto riguarda la rotta Est del Mediterraneo (ossia quella tra Turchia e le isole greche) mentre la rotta dei Balcani Occidentali era aperta più o meno parzialmente, o dopo la sua totale chiusura¹⁷; dall'effettivo operare dei punti di crisi e del meccanismo di ri-

¹⁴ Le due decisioni prevedono il ricollocamento di 40.000 e 120.000 persone, rispettivamente, giunte nei territori di Italia e Grecia fino al 26 settembre 2017. Cfr. Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015, GUUE L 239, 15.09.2015; Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, GUUE L 248, 24.09.2015.

¹⁵ L'assistenza fornita presso i punti di crisi dalle agenzie dell'UE a vario titolo impegnate della gestione dell'immigrazione e dei confini esterni riguarda la conduzione delle operazioni di identificazione, assunzione dei rilievi fotodattiloscopici, registrazione delle domande di protezione e ricollocamento. Al contrario, le operazioni di ritorno, l'accoglienza e l'esame della richiesta di PI rimangono quasi totalmente a carico (del bilancio) degli Stati membri, con un modesto contributo da parte dei fondi dell'UE. F. MAIANI, *Hotspots and Relocation Schemes: the right therapy for the Common European Asylum System?*, 03.02.2016, <http://eumigrationlawblog.eu/hotspots-and-relocated-on-schemes-the-right-therapy-for-the-common-european-asylum-system/>.

¹⁶ EUROSTAT, *Record number of over 1.2 million first time asylum seekers registered in 2015*, news release 44/2016, 4 March 2016, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7203832/3-04032016-AP-EN.pdf/790eba01-381c-4163-bcd2-a54959b99ed6>.

¹⁷ La progressiva chiusura dei confini lungo la rotta ha avuto inizio a novembre 2015 dalla decisione dell'ex repubblica Jugoslava di Macedonia di permettere il solo transito di persone di nazionalità siriana. La rotta è stata definitivamente chiusa l'8

collocamento o, infine, dall'applicazione di quanto previsto dalla dichiarazione UE-Turchia del 20 marzo 2016, e nello specifico del meccanismo di ricollocamento 1:1¹⁸. Alcuni Stati membri, ed i loro sistemi d'asilo nazionali, quindi, non sono stati toccati dai flussi qui descritti o lo sono stati solo in minima parte. Altri Stati – in particolare, quelli lungo la rotta dei Balcani occidentali, fino alla chiusura della stessa, ed Italia e Grecia fino alla graduale implementazione dei punti di crisi – sono stati per alcuni gruppi di migranti giunti via mare territori di transito e di un'accoglienza (informale) per i pochi giorni di permanenza¹⁹ sul loro territorio. Infine, solo una stretta cerchia di Stati è stata poi punto d'arrivo di questi flussi, e luogo in cui le domande di PI sono state presentate²⁰. Pertanto, a seconda del ruolo ricoperto dai medesimi all'interno del percorso migratorio, e del momento della crisi considera-

marzo 2016, quando non si è più permesso l'attraversamento dei confini a cittadini di paesi terzi privi della necessaria documentazione. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Leaders' Meeting on refugee flows along the Western Balkans Route. Leaders' Statement*, http://ec.europa.eu/news/2015/docs/leader_statement_final.pdf. Vedi anche UNHCR, *Regional Refugee and Migrant Response Plan for Europe, Eastern Mediterranean and Western Balkan route*, January to December 2016 (revised May 2016), <http://www.unhcr.org/577220cf7.pdf>.

¹⁸ EUROPEAN COUNCIL, *EU-Turkey Statement*, 18 March 2016, <http://www.consiliium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

¹⁹ Nel contesto di questo scritto si utilizza la parola “migranti” così come definita dal “Glossary on Migration” della OIM. Cfr. <http://www.iom.int/key-migration-terms#Migrant>.

²⁰ Nel corso del 2014 in Italia si sono registrati circa 170.000 arrivi via mare ma solo 65.000 domande di PI. La differenza rivela che per le prime due nazionalità in termini di numeri di arrivi – Siriani, 42.323 ed Eritrei, 34.329 – l'Italia è stata considerata paese di transito (505 domande da parte di cittadini siriani, 480 da parte di cittadini eritrei). Le persone con medesima nazionalità sono tra le prime cinque nazionalità di richiedenti nell'UE-28. Il trend si è confermato anche nel 2015 con 153.842 arrivi e 83.970 domande di PI, ma con una notevole diminuzione negli arrivi di persone con nazionalità siriana, e con una conferma delle nazionalità che maggiormente fanno richiesta di protezione in Italia: Nigeria, Pakistan, Gambia, Senegal. Cfr. EUROSTAT, *Asylum applicants and first instance decisions on asylum applications: 2014, Issue number 3/2015*, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/4168041/6742650/KS-QA-15-003-EN-N.pdf/b7786ec9-1ad6-4720-8a1d-430fcfc55018>; v. anche ISMU, *Elaborazioni ISMU su dati Ministero dell'Interno e Eurostat*, <http://www.ismu.org/aggiornamenti-crisi-immigrazione-dati/>.

to, diversi sono gli aspetti della politica migratoria dell'UE ad essere stati posti sotto pressione.

Contribuisce a delineare la diversità dei profili che presenta questa crisi – e che dovrà essere considerata da ogni soluzione che si proponga di risolverla – osservare che ogni rotta del Mediterraneo rimanda a sua volta a crisi, e cause all'origine dei flussi, differenti. Elemento che emerge, per esempio, nelle diverse nazionalità – così come nel genere, età media ed esperienza migratoria – di coloro che giungono sulle coste italiane o greche²¹. La poca comparabilità tra i dati che descrivono i flussi in arrivo nei due Stati membri risalta a fronte della predisposizione, al contrario, di identiche misure *ex art. 78(3) TFUE* per far fronte “all'afflusso improvviso”. Questa discordanza ha effetti, soprattutto, sull'efficacia del meccanismo di ricollocamento²², al netto delle ulteriori deficienze che, fino ad ora, ne hanno caratterizzato gli esiti a dir poco modesti²³.

A chiusura, si rimarca che, così come l'inefficienza del sistema di gestione della migrazione dell'UE non riveste un carattere di novità²⁴, erano altrettanto conosciute le difficoltà e serie deficienze dei due sistemi d'asilo nazionali maggiormente sotto pressione in questi ultimi

²¹ Se nel caso greco la quasi totalità degli arrivi è di persone di nazionalità siriana, afghana e irachena, nel caso italiano la provenienza è molto più variegata in termini di nazionalità e vede una netta preponderanza di persone provenienti dall'Africa centrale. Si osserva poi che coloro che giungono tramite la rotta centrale in Italia sono per il 70% circa parte uomini, mentre giungono sulle coste greche in egual percentuale minori e uomini e un 20% di donne. Cfr. UNHCR, *Monthly Sea Arrivals to Italy and Malta Jan-Dec 2015*, <http://data.unhcr.org/mediterranean/documents.php?page=1&view=list&Region%5B%5D=10&Type%5B%5D=3>.

²² Come noto, del ricollocamento possono beneficiare solo quei richiedenti PI la cui nazionalità rientri tra quelle per le quali la percentuale di decisioni positive adottate in primo grado sia pari o superiore al 75%. I dati vengono aggiornati quadrimestralmente sulla base dei report Eurostat. Cfr. art. 3, Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio, cit.

²³ All'8 dicembre 8.162 persone sono state ricollocate. EUROPEAN COMMISSION, *Eighth report on relocation and resettlement*, Brussels, 08.12.2016, COM(2016) 791 final.

²⁴ V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (a cura di), *Reforming the Common European Asylum System. The New European Refugee Law*, Leiden, 2016, pp. 14-16 e 24-35.

due anni, ossia quello l'italiano e greco; questo, quando le cifre non erano comparabili a quelle odierne e che di crisi hanno fatto parlare.

Ci si riferisce, tra altri possibili indicatori, al *corpus* giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo (CtEDU) – in particolare, ai casi *M.S.S. c. Belgio e Grecia*²⁵ e *Tarakhel c. Svizzera*²⁶ – le cui pronunce hanno (ulteriormente) confermato le difficoltà in cui si trovavano i sistemi d'asilo di Grecia e Italia, nel 2011 e 2013, rispettivamente²⁷. Si è, infine, pronunciata su identici profili la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) nei casi riuniti *N.S. e M.E.*²⁸. Si trattava ancora una volta di casi in cui i richiedenti si opponevano a essere trasferiti in Grecia in applicazione del regolamento di Dublino. Nel ricordare che questo si basa sul principio di mutuo affidamento, ossia sulla presunzione che gli Stati membri rispetteranno gli standard stabiliti dal diritto dell'UE in materia di PI, la CGUE ha rimarcato che solo “lacune sistematiche” in un sistema d'asilo nazionale, conosciute dallo Stato trasferente e tali da costituire una possibile violazione dell'art. 4 della Carta dei

²⁵ CtEDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, n. 30696/09, Grande Camera, 21.01.2011; v. V. MORENO-LAX, *Dismantling the Dublin system: MSS v. Belgium and Greece*, in *European Journal of Migration and Law*, 14.1 (2012), pp. 1-31.

²⁶ CtEDU, *Tarakhel c. Switzerland*, n. 29217/12, Grande Camera, 4 Novembre 2014. F. PASTORE, *La sentenza della Corte EDU Tarakhel c. Svizzera e le sue implicazioni per l'Italia e per il controverso rapporto tra sistema Dublino e rispetto dei diritti fondamentali*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2014 (3-4), pp. 115-123. Si vedano anche i casi: *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, n. 16643/09, 21 ottobre 2014, nel quale, oltre alla violazione dell'art. 3, si è riconosciuta l'ulteriore violazione dell'art. 13 e art. 4, protocollo 4; da ultimo, *A.S. v. Switzerland*, n. 39350/13, Grande Camera, 30.06.2015.

²⁷ Come noto, in seguito i (potenziali) trasferimenti verso la Grecia in base all'applicazione del regolamento di Dublino sono stati sospesi. Al fine di farli riprendere la Commissione ha adottato una raccomandazione nel febbraio 2016: EUROPEAN COMMISSION, *Commission Recommendation of 15.06.2016 addressed to the Hellenic Republic on the specific urgent measures to be taken by Greece in view of the resumption of transfers under Regulation (EU) No. 604/2013*, Brussels, 15.06.2016, COM(2016) 3805 final.

²⁸ Procedimenti riuniti C-411/10 e C-493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department, e M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Grande Camera, [2011] ECR I-13905.

diritti fondamentali dell'UE, giustificano un mancato trasferimento e la presa in carico della domanda ex art. 3(2) del reg. Dublino²⁹.

I molteplici volti e aspetti della crisi attuale o, se si vuole, le molteplici crisi, così come la sua storia di lungo corso, rilevano nel momento in cui si valutano le proposte avanzate per la sua risoluzione. Ci si aspetterebbe, da un lato, soluzioni su misura per ogni suo aspetto, o per ogni crisi, e proposte diverse da quelle fatte in passato, ma dimostratesi poi inefficaci. Entrambe le aspettative, come si vedrà, vengono disattese. Si continua a non ambire a portare il sistema delle politiche migratorie ad equilibrio, preferendo aumentare la pressione su quelle parti che mirano al controllo dei confini esterni, e alla delocalizzazione dei flussi e della PI.

3. *Disequilibri di sistema*

Le politiche che ambiscono a governare i flussi migratori si basano sulla possibilità di determinare e influenzare i c.d. fattori di spinta (*push factors*) – intesa come spinta a lasciare il proprio paese di origine – i fattori di attrazione (*pull factors*) – verso un dato Stato – e la loro relazione. Le stesse considerano i migranti come attori razionali i quali decidono in reazione a questi elementi. Di conseguenza, incluse le politiche migratorie tra gli aspetti potenziali di attrazione, si assume che gli attori abbiano accesso a informazioni sufficientemente complete e aggiornate al fine di basare sulle stesse le loro scelte migratorie. In secondo luogo, si assumere di poter distinguere in base a fattori oggettivi i migranti volontari economici dai migranti forzati. Le politiche migratorie, quindi, saranno più o meno restrittive a seconda che i paesi di destinazione dei flussi intendano aumentare o diminuire gli ingressi, o privilegiare l'ingresso di una data tipologia di essi restringendo le possibilità

²⁹ Ib. §91. Sul rapporto tra questa decisione e la pronuncia della CtEDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, v. M. DEN HEDER, *Joined Cases C-411 & 493/10, N.S. v. Secretary of State for the Home Department and M.E. and Others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2011*, in *Common Market Law Review*, 5, 2012, pp. 1747-1749.

per altri. Questa impostazione risponde ad una logica lineare causa/conseguenza, la quale assume che agendo sui fattori di spinta e di attrazione (cause) si influenzeranno i flussi (conseguenze) in termini quantitativi e qualitativi.

Le politiche migratorie dell'UE abbracciano questa logica. Con l'obiettivo di governare i flussi – leggi: di ridurli³⁰ – si propongono di agire sui fattori di spinta, ossia sulle loro cause. Dall'altro, pretendono di agire sui fattori di attrazione modificando le politiche di immigrazione legale per ragioni economiche, familiari e d'asilo in senso restrittivo, attraverso la predisposizione di più numerosi e rigidi requisiti da integrare³¹.

È questo quanto occorre tenere a mente nell'analizzare le politiche in materia di visti combinati con le sanzioni e le responsabilità imposte ai vettori nel controllo dei documenti di viaggio. Queste sono due tra le misure preventive che limitano l'accesso sicuro al territorio, e si rinforzano reciprocamente, tanto da essere state definite come il meccanismo di blocco più evidente dei flussi di richiedenti asilo³². Sono, infatti, un esempio di quella doppia tendenza, osservatasi globalmente nelle politiche migratorie negli ultimi venticinque anni, ad esportare il controllo dei flussi migratori fuori dai confini nazionali e ad affidarne le incombenze a soggetti non statali come sono, in questo caso, coloro che effettuano il trasporto di persone. Dall'altro lato, se assumiamo che una persona sia comunque decisa a lasciare il suo Stato d'origine, ci si aspetta che ove vi sia una maggiore disponibilità di canali di accesso regolare, questi siano preferiti a modalità di accesso irregolare e altamente rischiose. Pertanto, il binomio politica dei visti/responsabilità dei vettori,

³⁰ T. GAMMELTOFT-HANSEN, *op. cit.*, p. 32.

³¹ T.J. HATTON, J.G. WILLIAMSON, *What Fundamentals Drive World Migration?*, Wider Discussion Paper No. 2003/23, United Nations University, pp. 5-6, <https://www.wider.unu.edu/publication/what-fundamentals-drive-world-migration>.

³² J. MORRISON, B. CROSLAND, *The trafficking and smuggling of refugees: the end game in European asylum policy?*, in *New issues in Refugees Research*, Working Paper No. 39, April 2001, p. 28.

pur ponendosi come misura preventiva, è fattore che contribuisce all'incremento dell'utilizzo di canali di immigrazione irregolare³³.

La politica comune d'asilo e la politica dei visti dell'UE condividono la caratteristica di essere entrambe state inizialmente misure d'appoggio necessarie all'eliminazione dei controlli ai confini interni, quindi, alla creazione del mercato unico e al governo del movimento di persone all'interno dell'area Schengen. Entrambe faranno parte del gruppo di materie, comprese nell'allora titolo IV del trattato di Amsterdam (TCE), entrate a far parte dell'*acquis* comunitario nel 1999³⁴. In origine, quindi, corollario necessario del mercato unico e delle politiche migratorie dell'UE, la politica dei visti³⁵ è poi progressivamente divenuta aspetto rilevante delle strategie di crescita economica e delle relazioni esterne dell'UE³⁶.

La sua funzione principe, però, sembra essere rimasta quella di fungere da strumento di controllo migratorio, come ben si deduce dalla lista di criteri che guidano l'inclusione di uno Stato terzo nella c.d. lista nera, ossia i cui cittadini hanno l'obbligo di visto: l'immigrazione irregolare, l'ordine pubblico e la sicurezza, le relazioni esterne dell'UE con i paesi terzi³⁷.

³³ T. LAST, T. SPIJKERBOER, *Tracking Deaths in the Mediterranean*, in T. BRIAN, F. LACZKO (a cura di), *Fatal Journeys. Tracking Lives Lost during Migration*, IOM, 2014, p. 88.

³⁴ Cfr. artt. 62 e 63, e il protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, Trattato che istituisce la Comunità europea (versione consolidata, Amsterdam), GUCE C 340, 10.11.1997; v. anche Regolamento (CE) n. 574/1999 del Consiglio del 12 marzo 1999 che determina quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri, GUUE L 72, 18.03.1999.

³⁵ Cfr. Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), GUUE L 243, 15.09.2009.

³⁶ S. MANANASHVILI, *Access to Europe in a Globalised World: Assessing the EU's Common Visa Policy in the Light of the Stockholm Guidelines*, EUI Working Paper RSCAS 2013/74, Migration Policy Centre RSCAS, European University Institute, 2013, p. 1.

³⁷ Considerando n. 5, Regolamento n. 539/2001 del Consiglio, del 15 marzo 2001, GUUE L 081, 21.03.2001 e successive modifiche.

In secondo luogo, è indicativo in questo senso il funzionamento del c.d. meccanismo di sospensione. L'esenzione dall'obbligo di visto per i cittadini di uno Stato terzo potrà essere sospesa temporaneamente da parte della Commissione su richiesta di uno Stato membro qualora questo si trovi a far fronte ad una situazione di emergenza cui non riesce a porre rimedio autonomamente, e data dall'aumento improvviso di cittadini di quello Stato il cui soggiorno non è regolare, o da un alto numero di domande di PI da parte dei medesimi ove il tasso di riconoscimento sia basso, e questo comporti una pressione per il sistema d'asilo nazionale. Infine, la sospensione potrà essere richiesta ove il paese che beneficia dell'esenzione si rifiuti di riammettere i propri cittadini quando destinatari di un provvedimento di rimpatrio³⁸. È interessante che proprio questo meccanismo sia ora in fase di revisione, e che la proposta di modifica segua alle intenzioni della Commissione di procedere alla liberalizzazione dei visti per i cittadini di Georgia, Kosovo, Ucraina e Turchia. Nello specifico, la Commissione ha presentato una proposta di modifica al fine di rendere il meccanismo più flessibile, riducendo i tempi per la sua attivazione da parte degli Stati membri, e introducendo la possibilità per la Commissione stessa di attivarlo in via di delega³⁹.

Allo stesso modo, pare assente ogni elemento volto a prendere in considerazione le particolari esigenze che potrebbe avere chi ha bisogno di PI. È indicativo che tra i criteri che determinano l'inserimento di uno Stato terzo nella lista bianca (esenzione) o nera (obbligo) non rilevi

³⁸ Il meccanismo era stato inserito a seguito della liberalizzazione dei visti verso gli Stati dei Balcani occidentali nel 2011. Cfr. art. 1 *bis*, del Regolamento (CE) n. 539/2001 come modificato dal Regolamento (UE) n. 1289/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, GUUE L 347, 20.12.2013. Cfr. EASO, *Latest asylum trends - 2015 overview*, <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/LatestAsylumTrends20151.pdf>.

³⁹ Cfr. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 539/2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement (revision of the suspension mechanism), Brussels 04.05.2016, COM(2016) 290 final.

in alcun modo che questo sia o meno produttore di rifugiati⁴⁰. Oppure, che tra i requisiti necessari per il rilascio di un visto Schengen di breve durata non si tenga in considerazione se il richiedente è cittadino di uno di questi Stati⁴¹, prevedendo, per esempio, una procedura semplificata a suo favore. Questo va ad aggiungersi al fatto che la lista delle evidenze e dei documenti da presentare per il rilascio del visto pare penalizzare maggiormente chi richiede PI⁴². E quand'anche i richiedenti integrassero i requisiti, le difficoltà stesse sperimentate nell'implementazione della stessa politica dei visti penalizzano maggiormente coloro che si trovano in situazioni di vulnerabilità. Si fa riferimento, nello specifico, all'insufficiente copertura consolare e alla difficoltà di accesso alle medesime, sempre se presenti e operanti, in Stati in cui sono in corso conflitti⁴³.

Nel contesto di un sistema di politiche migratorie sbilanciato verso il controllo dei confini e al contrasto dell'immigrazione irregolare, non stupisce quindi che l'eventuale richiedente PI venga assimilato alla più ampia e indeterminata categoria dei potenziali migranti⁴⁴.

Come anticipato, la politica in materia di visti combina i suoi effetti restrittivi con quelli prodotti dalla legislazione adottata in materia di

⁴⁰ Si confrontino l'allegato I al regolamento (CE) n. 539/2001 e l'elenco dei paesi c.d. "produttori di rifugiati" nel 2015 dell'ACNUR. UNHCR, *Global Trends 2015*, cit., p. 16. V. anche *Fragile States Index 2016*, Fund for Peace, <http://fsi.fundforpeace.org>.

⁴¹ Occorre ricordare che il rilascio di un visto a un cittadino di paese terzo è uno dei criteri in base ai quali può sorgere la responsabilità in capo allo Stato che l'ha rilasciato, ex regolamento di Dublino, per l'esame dell'eventuale domanda di PI presentata. Cfr. artt. 1(2) e 2(1), Regolamento (EC) n. 810/2009, cit.; art. 12, Regolamento n. 604/2013, cit.

⁴² Tra altri, si richiedono documenti che indichino il motivo del viaggio, la disponibilità di un alloggio e il possesso di mezzi sufficienti in relazione a questo così come alla permanenza nell'area Schengen, la prova dell'intenzione di fare ritorno allo scadere del visto, e un'assicurazione medica. Cfr. artt. 10 e 14, Regolamento (EC) n. 810/2009; V. MORENO LAX, *Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees*, in *European Journal of Migration and Law*, 10, 2008, p. 326.

⁴³ S. MANANASHVILI, *op. cit.*, pp. 2-4.

⁴⁴ ECRE, *Broken Promises, Forgotten Principles. An ECRE Evaluation of the Development of EU Minimum Standards for Refugee Protection, Tampere 1999 - Brussels 2004*, 2004, p. 14.

responsabilità dei vettori. Introdotte alla fine degli anni ottanta come strumento di contrasto dell'immigrazione irregolare⁴⁵, l'obbligo per gli Stati membri di adottare queste misure viene sancito all'art. 26 della Convenzione di implementazione dell'Accordo di Schengen (CIAS). Segue l'adozione della direttiva n. 51/2001 a sua integrazione, che si definisce parte di “un dispositivo globale di controllo dei flussi migratori e di lotta contro l'immigrazione clandestina”, al fine (anche) di armonizzare obblighi e sanzioni già previste da alcuni Stati membri⁴⁶. Ai vettori, nello specifico, è richiesto di accertarsi che i passeggeri abbiano la documentazione richiesta (e non falsa) per il viaggio e, in caso contrario, di rifiutare l'imbarco. Si stabiliscono sanzioni pecuniarie per i casi in cui si rifiuti l'ingresso nell'UE a un passeggero e, in aggiunta, si richiede al vettore di provvedere al ritorno della persona verso il paese d'origine o verso un paese terzo dove sia ammesso. Qualora questo non sia possibile, il vettore dovrà farsi carico del passeggero e del suo ritorno altrimenti⁴⁷.

Ora, in tutti i testi normativi che rilevano nel caso in cui un cittadino di paese terzo voglia fare ingresso nel territorio dell'UE – nello specifico, l'art. 26 CIAS, l'art. 4(2) direttiva n. 51/01 e, sulle condizioni di ingresso dei cittadini di paesi terzi, gli artt. 3, 3 *bis* e 13(1) del Codice frontiere Schengen⁴⁸ – le disposizioni relative trovano applicazione fatti salvi gli obblighi che incombono sugli Stati membri in materia di PI e di rispetto dei diritti fondamentali. Tuttavia, se consideriamo che trattasi di modalità volte a prevenire l'accesso al territorio, dove la relativa

⁴⁵ A. RUFF, *The Immigration (Carriers' Liability) Act 1987: Its implications for Refugees and Airlines*, in *International Journal of Refugee Law*, 4, 1989, pp. 481-500.

⁴⁶ Cfr. Considerando n. 1 e 2, Direttiva 2001/51/CE del Consiglio del 28 giugno 2001 che integra le disposizioni dell'articolo 26 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, GUCE L 187, 10.07.2001.

⁴⁷ Cfr. Art. 3, *ib.*

⁴⁸ Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), e successive modifiche; da ultimo, Regolamento n. 610/2013, GUUE L 060, 05.03.2016.

domanda di protezione può essere fatta⁴⁹, percepiamo con facilità gli aspetti problematici della relazione tra gli obiettivi sottostanti le norme e le necessità di protezione degli individui. Questi non sono attenuati nemmeno dall'operare delle disposizioni che stabiliscono che l'ingresso irregolare non possa andare a detrimento del richiedente PI, impedendone il rimpatrio⁵⁰, o condizionare l'esito della domanda ex art. 32 Convenzione di Ginevra⁵¹. La sostanziale irrilevanza dell'eventuale necessità di protezione deriva dal non attribuire alcun rilievo alle motivazioni del viaggio della persona nel momento in cui si effettuano i controlli, avendo questi una natura meramente documentale. Non si prevede poi alcun rimedio per quei potenziali richiedenti PI che siano stati oggetto di una decisione di rifiuto, mancanza che contribuisce alla carenza di trasparenza nell'operare dei vettori⁵². Questo significa che il vettore è sanzionato per il mancato o inefficace controllo, ma non quando il rifiuto equivalga a una pratica di respingimento.

Nell'osservare l'operare congiunto delle politiche e pratiche che si propongono di contrastare l'immigrazione irregolare, si nota infine che queste sono uno degli elementi che ne provoca l'incremento⁵³, come la

⁴⁹ Cfr. art. 3, Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di PI (rifusione), GUUE L 180, 29.06.2013.

⁵⁰ Art. 1, 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, GUUE L 348, 24.12.2008.

⁵¹ V. G.S. GOODWIN-GILL, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection*, in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (a cura di), *Refugee Protection in International Law*, UNHCR's Global Consultations on International Protection, 2003, pp. 186-252.

⁵² È opportuno notare che, inoltre, non sono applicabili i meccanismi di controllo che, al contrario, verrebbero in rilievo se a operare fossero funzionari pubblici. T. GAMMELTOFT-HANSEN, *op. cit.*, pp. 219-220.

⁵³ Si devono aggiungere all'utilizzo di modalità di ingresso irregolare derivato dal mancato possesso della documentazione richiesta, l'utilizzo di documenti falsi o dalla permanenza sul territorio allo scadere del visto. Si calcola che circa la metà della popolazione di immigrati irregolari nell'UE sia composta da persone che sono rimaste sul territorio allo scadere del visto o del permesso di soggiorno. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *New Tools for an Integrated European Border Management Strategy*, Memo

metafora dei vasi comunicanti si proponeva di illustrare. Calata quest'osservazione nel contesto dei movimenti migratori che si svolgono lungo le rotte del Mediterraneo, se ne possono cogliere le concrete conseguenze. Sebbene si sia stimato che gli arrivi irregolari via mare nel territorio dell'UE o dei richiedenti PI in generale costituiscono solo una (minima) parte degli arrivi complessivi⁵⁴, le rotte marittime – e tra queste, la rotta centrale in particolare – sono divenute dal 2006 via via più mortali⁵⁵. E saranno le morti in mare continue e in costante aumento a dare avvio alla più recente stagione di riforme del SECA⁵⁶.

Le politiche migratorie dell'UE vanno osservate nel loro complesso e nei meccanismi di interrelazione e reciproco rinforzo. Si è voluto portare l'attenzione su questi specifici profili, tra altri allo stesso modo rilevanti e aventi simili finalità, in quanto esterni e precedenti al venire in rilievo del sistema europeo comune d'asilo. Questi rispecchiano in modo chiaro lo sbilanciamento del sistema verso esigenze di sicurezza e controllo dei flussi⁵⁷. Il loro operare mostra, almeno in parte, quali sono le conseguenze per i potenziali richiedenti asilo nel venire trattati come migranti (potenzialmente irregolari), senza che rilevi in modo effettivo la loro vulnerabilità prima di trovarsi sul territorio di uno Stato dell'Unione. Di conseguenza, nell'indagare i modi per superare la crisi passata e odierna dello spazio di protezione unico che l'UE pretende di essere⁵⁸, occorrerebbe spingersi oltre le sole falle del sistema europeo

08/85, 13 February 2008, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-85_en.htm?locale=en.

⁵⁴ E. GUILD, *The Complex Relation of Asylum and Border Control*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 47.

⁵⁵ P. DE BRUYCKER, A. DI BARTOLOMEO, P. FARGUES, *Migrants smuggled by sea to the EU: facts, laws and policy options*, MPC Research Report 2013/09, Migration Policy Centre, RSCAS, European University Institute, p. 4.

⁵⁶ “La prima parte della presente agenda europea sulla migrazione risponde all’esigenza di agire rapidamente e con determinazione di fronte alla tragedia umana che si consuma in tutto il Mediterraneo”, *Agenda europea sulla migrazione*, cit., p. 4.

⁵⁷ Lo sbilanciamento è tale da aver portato a definire tali pratiche di controllo dell’accesso al territorio come di “respingimento presunto”. J. MORRISON, B. CROSLAND, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁸ Così definita dalla Commissione europea nel libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo, Bruxelles, 06.06.2007, COM(2007) 301 definitivo.

comune d'asilo, per indagare e contestare le direttrici e gli obiettivi della politica migratoria nei suoi diversi e connessi aspetti.

4. Reazioni e (ri)proposte di riforma

Il sistema di politiche migratorie, in parte, è quindi fautore della propria inefficienza e crisi. E questa, come visto in introduzione, difficilmente può definirsi nuova o impreveduta. La portata dei numeri – l'incremento esponenziale degli arrivi di persone che poi divengono richiedenti PI – per quanto anch'essi difficilmente descrivibili come inaspettati⁵⁹, l'hanno, semmai, aggravata ulteriormente e ne hanno accelerato il corso. A partire dalla primavera del 2015, e sulla spinta dei decessi lungo le rotte del Mediterraneo, le istituzioni dell'UE hanno tentato di reagire. L'agenda europea sulla migrazione del maggio 2015 ha delineato misure riguardanti diversi aspetti del sistema migratorio al fine di gestire nel breve e nel lungo termine la migrazione nell'UE.

L'agenda, di per sé, non è una reazione agli eventi di fine 2013 - inizio 2015, sebbene i suoi contenuti ne siano stati ampiamente condizionati. Rappresenta però un riconoscimento della straordinarietà ed urgenza della situazione presente e, soprattutto, ambisce a tracciare un modello da poter utilizzare in futuro ove simili circostanze dovessero ripresentarsi⁶⁰. Da qui, l'interesse per il contenuto delle misure che contiene. Tuttavia, non sembra adottare una concezione che possa dirsi divergente rispetto a quelle che hanno caratterizzato lo sviluppo della politica migratoria dell'UE nei periodi precedenti. Infatti, è importante tenere a mente che l'agenda arriva nel momento in cui il sistema europeo comune d'asilo è appena (ri)emerso dall'adozione della seconda

⁵⁹ Il 2015 è il terzo anno più mortale dal 2000 in termini assoluti, ma la probabilità di perdere la vita durante il viaggio è stata la più bassa registrata fino ad ora (decessi/1.000 persone arrivate). Le ragioni del calo della mortalità sono conseguenza del lancio delle operazioni di ricerca e salvataggio e del parziale spostamento del flusso della rotta centrale verso la più sicura rotta est. P. FARGUES, *2015: the year we mistook refugees for invaders*, Policy Brief 2015/12, December 2015, Migration Policy Centre, RSCAS, European University Institute, p. 1.

⁶⁰ *Agenda europea sulla migrazione*, cit., p. 4.

generazione degli strumenti normativi che lo compongono. Una riforma conclusasi a metà 2013, ed i cui termini per la trasposizione dei testi normativi più recenti sono spirati a metà 2015⁶¹. Un processo questo, durato poco meno di un decennio, che si proponeva di dotare l'UE di una procedura unica per l'esame delle domande di PI, e di uno status uniforme coloro cui veniva riconosciuto lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria. Dunque, il momento d'apice della c.d. crisi corrisponde con quello in cui ci si avviava ad una prima valutazione dei risultati – soprattutto a livello di implementazione e di primi effetti sui flussi – dei nuovi strumenti adottati⁶².

Delineato così il contesto in cui si inserisce l'adozione dell'agenda sulla migrazione, questa prevede, accanto ad una serie di azioni emergenziali da attuarsi nel breve periodo, alcune misure di lungo termine. A introduzione di queste ultime, è interessante che si affermi di considerare l'agenda come opportunità per definire una politica migratoria equilibrata e coerente nei suoi diversi aspetti. A seguire, si fa un chiaro riferimento al rapporto inversamente proporzionale che si riconosce sussistere tra la disponibilità di vie legali d'accesso al territorio e l'utilizzo di modi di ingresso irregolare⁶³. La presa d'atto della necessità di agire su questa ormai assodata correlazione si riconferma successivamente quando, adottate le misure più urgenti, e assistito al loro lento avvio, si dà inizio a una nuova stagione di ampie riforme delle politiche migratorie tracciando linee guida dedicate. Sulla linea di quanto già stabilito nell'agenda, queste nuove indicazioni tornano a rimarcare che

⁶¹ Cfr. art. 51, Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di PI (rifusione), GUUE L 180, 29.06.2013; art. 31, Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti PI (rifusione), L 180, 29.06.2013.

⁶² Per una prima valutazione v. S. PEERS, *The second phase of the Common European Asylum System: A brave new world – or lipstick on a pig?*, 8 April 2013, <http://www.statewatch.org/analyses/no-220-ceas-second-phase.pdf>. Più ampiamente, S. VELLUTI, *Reforming the Common European Asylum System: legislative developments and judicial activism of the European courts*, Springer, 2014.

⁶³ “Un quadro chiaro e ben attuato delle vie di accesso legali all'UE (attraverso efficienti sistemi di asilo e dei visti) ridurrà i fattori che spingono all'ingresso e al soggiorno irregolari”, *Agenda europea sulla migrazione*, cit., p. 8.

la riduzione dei flussi irregolari passa per un incremento dei modi di accesso sicuri e legali al territorio⁶⁴, e dal miglioramento nell'utilizzo degli strumenti che già esistono in materia di immigrazione regolare, oltre che per una nuova riforma del sistema europeo comune d'asilo⁶⁵. Proprio al fine di compiere quest'ultima, alle linee guida sono poi seguite proposte di riforma di tutti gli strumenti che compongono il SECA, e delle politiche di partenariato con i paesi terzi⁶⁶.

A fronte di tali riconoscimenti, ci si potrebbe aspettare dunque di veder riflessi nei contenuti delle nuove misure proposte un allentamento degli aspetti restrittivi che finora hanno caratterizzato l'insieme delle politiche migratorie, un effettivo riconoscimento della natura mista delle motivazioni a origine dei movimenti migratori – tanto umanitarie quanto economiche – e una maggiore fluidità tra regimi migratori come tra status⁶⁷.

4.1. La politica dei visti

Come noto, le condizioni di ingresso nell'area Schengen sono fissate dall'omonimo codice delle frontiere⁶⁸. Tra queste, l'obbligo di dotarsi di un visto Schengen, in combinazione con le responsabilità e sanzioni imposte ai vettori, sono tra le cause a cui si attribuisce l'effetto di diversione dei flussi dai canali regolari ai canali irregolari di immigrazione. Tuttavia, ogni riferimento al ruolo d'ausilio affidato ai vettori nel contrasto all'immigrazione irregolare, e di prevenzione di accesso al terri-

⁶⁴ La necessità di aumentare i canali di ingresso legale era già stata affermata in precedenza nella comunicazione della Commissione che precedeva l'adozione delle linee guida del giugno 2014. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Un'Europa aperta e sicura: come realizzarla*, Strasburgo 11.03.2014, COM(2014) 154 final, p. 8.

⁶⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Towards a Reform of the Common European Asylum System*, Brussels, 06.04.2016, COM(2016) 197 final, p. 3.

⁶⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Communication on establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration*, Strasbourg, 07.06.2016, COM(2016) 385 final.

⁶⁷ F. DÜVELL, *Migrants and Refugees on the Fringes of Europe: Transit Migration, Mixed Flows and New Policy Challenges*, in *Metropolis World Bulletin*, 2008, 8, pp. 29-32.

⁶⁸ Cfr. art. 5, Regolamento (CE) n. 562/2006.

torio sulla base, come si è detto, di una mera verifica documentale, è assente in entrambi i testi che, sulla scia della crisi migratoria, tracciano le linee d'evoluzione futura delle politiche migratorie.

Riguardo l'attuale politica dei visti, invece, l'agenda sulla migrazione afferma la necessità di modernizzarla. Si deduce che si punti ad aumentare il numero dei visti rilasciati, essendo il fine a cui si ambisce quello di incrementare i vantaggi economici che derivano dall'ingresso di un più ampio numero di cittadini di paesi terzi⁶⁹. Pertanto, il focus delle più recenti proposte di revisione della stessa è quello di renderla più strumentale alla crescita economica⁷⁰. A questo scopo, si ritiene che una politica dei visti più intelligente debba facilitare l'ottenimento del visto e la circolazione nell'area Schengen di coloro che hanno maggiore potere d'acquisto. È interessante sottolineare come si riconosca che la complessità nell'ottenimento del visto abbia effettivamente limitato l'accesso al territorio, facendo però poi seguire questa considerazione dal calcolo degli introiti così persi, soprattutto dal settore turistico⁷¹.

Al contrario, ove l'obiettivo sia aumentare i modi di accesso sicuro e regolare al territorio dell'UE, anche solo temporaneamente, si dovrebbe prendere in considerazione la possibilità di derogare all'obbligo di visto per i cittadini originari o provenienti dai paesi c.d. produttori di rifugiati. Quindi, accanto al meccanismo di sospensione dall'esenzione prevedere, per esempio, un meccanismo di sospensione dall'obbligo di visto⁷². Conseguentemente, le connesse sanzioni a carico dei vettori dovrebbero allo stesso modo sospendersi⁷³. Al fine di individuarne i bene-

⁶⁹ *Agenda europea sulla migrazione*, cit., p. 17.

⁷⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Attuazione e sviluppo della politica comune in materia di visti per stimolare la crescita nell'UE*, Bruxelles, 07.11.2012, COM(2012) 649 final.

⁷¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Una politica in materia di visti più intelligente per la crescita economica*, Bruxelles, 01.04.2014, COM(2014) 165 final.

⁷² Si ricorda che a rifugiati statuari e apolidi è possibile estendere l'obbligo di visto ove il documento di viaggio che posseggono sia stato rilasciato da un paese terzo parte della lista per i quali vige quest'obbligo. Cfr. art. 4(2) lett. b, Regolamento del Consiglio (EC) n. 539/2001, cit.

⁷³ E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO-LAX, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, Study, LIBE Committee, 2015, PE 519.234, pp. 20-22, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU\(2015\)519234_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU(2015)519234_EN.pdf).

ficiari delle esenzioni, si suggerisce l'applicazione di criteri simili a quelli che ora regolano l'accesso al meccanismo di ricollocamento; vale a dire, individuare quali nazionalità possono considerarsi essere "in chiaro bisogno di PI", sulla base dei tassi di riconoscimento della stessa negli Stati membri dell'UE.

Accanto a queste facoltà di deroga *tout court*, vi sono modi altri già presenti all'interno dell'attuale normativa in materia di visti che, se maggiormente utilizzati, potrebbero divenire strumento efficace per aumentare le vie d'accesso regolare e una c.d. procedura di accesso protetto⁷⁴. Queste sono la possibilità per gli Stati membri di derogare alle condizioni di ammissibilità di una domanda per il rilascio del visto per motivi umanitari *ex art. 19(4)* del codice dei visti (CV). Per le stesse ragioni, si prevede il rilascio di un visto per motivi umanitari a validità territorialmente limitata (VTL) *ex art. 25(1)* CV, ossia valido per uno o più (ma non per tutti gli) Stati parte dello spazio Schengen⁷⁵.

Tuttavia, nell'attuale redazione del CV non viene data una definizione di "motivo umanitario", aprendo così la via a pratiche divergenti, e restrittive, da parte degli Stati membri. In secondo luogo, non è chiaro se la deroga ai requisiti di ammissibilità della domanda di visto per motivi umanitari comporti il rilascio di un visto a validità territorialmente limitata per le stesse ragioni, anche se la logica farebbe propendere per una risposta positiva. Inoltre, mentre è ammesso ricorrere contro il rifiuto di un visto a VTL *ex art. 25(1)*, non è possibile opporsi al rifiuto di non derogare alle condizioni di ammissibilità della domanda *ex art. 19(4)* CV, potendo questo risultare in un ostacolo all'accesso al territorio e all'eventuale procedura di domanda di PI. L'effetto preclusivo è ancor più evidente se si considera che non vi è una procedura dedicata per il rilascio dei visti a VTL, e non sussiste alcun obbligo a carico delle autorità nazionali di prendere in considerazione l'esistenza di motivi

⁷⁴ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox*, 2015, pp. 9-10.

⁷⁵ Inoltre, ragioni umanitarie possono anche giustificare una proroga della validità di un visto Schengen oltre i novanta giorni. Cfr. art. 33, Regolamento n. 810/2009, cit.

umanitari⁷⁶. Si nota infine che solo la metà circa degli Stati membri prevede che possa rilasciarsi un visto (Schengen o nazionale) sulla base di motivi che possano definirsi umanitari (per esempio, per ragioni mediche, di riunificazione familiare o di PI), e che questi vengono usati in via eccezionale⁷⁷.

È il Parlamento europeo (PE), tra le istituzioni dell'UE, a premere per l'aumento delle vie di accesso legale al territorio dell'Unione e che, nell'attuale svolgersi dei *triloghi*, è intervenuto perché la riforma del CV ancora in corso includa migliori e specifiche norme per il rilascio dei visti umanitari⁷⁸. La proposta del 2014 della Commissione, infatti, prevede che si possano affidare parte degli adempimenti connessi al rilascio di un visto – tra cui l'esame dell'adempimento dei requisiti di ammissibilità – a soggetti esterni. Inoltre, si prevede che uno Stato membro debba esaminare e decidere sulla domanda di visto fatta per accedere ad un altro Stato membro, quando quest'ultimo non abbia una propria rappresentanza nel territorio dello Stato terzo in cui la domanda è presentata. Non sussiste, però, per lo Stato membro che si fa carico dell'esame della richiesta alcun obbligo di inoltrare la medesima alle autorità dello Stato membro in origine competente, o di rendere note a quest'ultimo le ragioni dell'eventuale rifiuto del visto⁷⁹. Entrambe queste previsioni, quindi, rischiano di penalizzare ulteriormente il rilascio di visti per motivi umanitari.

Le proposte di emendamento del PE, nello specifico, prevedono che sia possibile fare domanda per un visto umanitario UE – da istituirsi – ad ogni consolato o ambasciata di un qualsiasi Stato membro, o presso un “centro visti Schengen” – anch'essi da istituirsi. Altresì, quando isti-

⁷⁶ U.I. JENSEN, *Humanitarian Visas: Option or Obligation?*, Study, LIBE Committee, PE 509.986, 2014, pp. 25-28.

⁷⁷ L'Italia, per esempio, ha rilasciato in più di un'occasione visti VTL per ragioni connesse alla PI di specifici gruppi. C. HEIN, M. DE DONATO, *Exploring avenues for protected entry in Europe. Report*, Consiglio italiano Rifugiati (CIR), 2012, pp. 44-45.

⁷⁸ V. punti Q e R, EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 12 April 2016 on the situation in the Mediterranean and the need for a holistic EU approach to migration (2015/2095(INI)).

⁷⁹ Artt. 40 e 41, Proposta di Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo al codice dei visti dell'Unione (codice dei visti), Brussels 01.04.2014, COM(2014) 164 final.

tuzioni private partecipino al procedimento d'esame della domanda si prevede che vengano implementanti meccanismi di monitoraggio al fine di evitare o riparare ad eventuali violazioni dei diritti⁸⁰. Quest'ultimo punto, in particolare, contribuisce a diminuire i rischi connessi a ogni meccanismo di esame di domande di PI che si svolga fuori dal territorio⁸¹. Infatti, solo nel momento in cui i motivi umanitari siano definiti in modo uniforme nel CV, e siano conformati in modo tale da non replicare le tendenze restrittive del sistema di politiche migratorie dell'UE, potrebbero davvero servire alla funzione che si pretende di affidare loro.

4.2. *La migrazione per ragioni di lavoro o affini*

Le proposte che vanno nella direzione di voler rendere la politica dei visti più sensibile alle esigenze di PI, identificano nella maggiore apertura dei canali di immigrazione regolare – riunificazione familiare, immigrazione per ragioni di lavoro, studio, ricerca o formazione – un ulteriore strumento per ampliare la gamma delle c.d. procedure di ingresso protetto.

In principio, si riconosce una, seppur flebile, tendenza all'apertura di queste modalità di ingresso a persone a cui è stata riconosciuta una qualche forma di protezione. Un aspetto di novità rilevante in questo senso si ritrova nella recente proposta di regolamento del giugno 2016 – che andrebbe a sostituire la direttiva 2011/95/UE in materia di qualifiche – nell'inserimento di quella che può definirsi come una clausola di salvaguardia a (possibile) favore di coloro che si vedano revocare, cessare o rifiutare il rinnovo del permesso di soggiorno ottenuto sulla base dello status – di rifugiato o protezione sussidiaria – riconosciuto. Se a seguito del cambiamento delle circostanze nel paese d'origine il bisogno di protezione viene a cessare, e così il riconoscimento del relativo

⁸⁰ Cfr. emendamenti nn. 41, 73, 94-95 e 132-133, EUROPEAN PARLIAMENT, *Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the Union Code on Visas (Visa Code) (recast)* 22.04.2016, COM(2014)0164.

⁸¹ G. NOLL, *Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones*, in *European Journal of Migration and Law*, 2003, pp. 325-326, 329-338.

status, si concede un periodo di tre mesi nel corso dei quali la persona può ottenere uno status diverso, quando le sia possibile giustificare altrimenti la sua permanenza sul territorio, per esempio per ragioni di lavoro, studio, ricerca o umanitarie⁸².

Ci si attenderebbe, dunque, un'apertura speculare dei canali di immigrazione legale alle esigenze specifiche dei beneficiari di PI, i quali, come nel caso della riunificazione familiare⁸³, sperimentano diverse e maggiori difficoltà nell'integrare determinanti requisiti. La stessa Commissione ricorda che questa è una richiesta che i paesi terzi, con cui l'UE coopera per gestire i flussi migratori, fanno in modo costante. Allo stesso tempo, però, si rimarca che aprire maggiori vie di ingresso legale richiede più efficaci misure per la riammissione e per il ritorno dei migranti irregolari. In quest'ottica il grado di apertura dei canali di immigrazione legale è strumento di contrattazione al momento di negoziare gli accordi con i paesi terzi in materia di immigrazione e asilo⁸⁴.

È poi opportuno ricordare che metà circa della popolazione immigrata dell'UE non vi ha fatto ingresso per ragioni di lavoro (che equivale a un terzo degli ingressi), bensì per riunificazione familiare o per motivi di studio; o ancora in modo irregolare al fine di entrare nel mercato del lavoro, data la scarsa disponibilità di modalità di accesso regolare. Poiché questi modi di ingresso non permettono di effettuare una valutazione previa delle capacità del lavoratore potenziale, si comprende come uno degli obiettivi primari della politica migratoria dell'UE in via di definizione sia quello di integrare nel mercato del lavoro le persone già

⁸² Artt. 14(5) e 20 (3), Proposal for a Regulation [...] on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection [...], Brussels, 13.07.2016 COM(2016) 466 final.

⁸³ ECRE, RED CROSS EU OFFICE, *Disrupted flight: the realities of separated refugee families in the EU*, 2014, pp. 21-22.

⁸⁴ *Towards a Reform of the Common European Asylum System*, cit., p. 19. Si vedano in quest'ambito le sette partnership di mobilità finora firmate e le due agende comuni per la migrazione e la mobilità. Cfr. nello specifico, EUROPEAN COMMISSION, *Report on the implementation of the Global Approach to Migration and Mobility 2012-2013*, Brussels, 21.02.2014, COM(2014) 96 final, pp. 15-19.

presenti sul territorio e maggiormente sottoposte al rischio di disoccupazione o sottoutilizzo delle proprie capacità⁸⁵.

Va in questa direzione l'inclusione nell'ambito di applicazione personale della proposta di direttiva c.d. carta blu⁸⁶ – che ad oggi ha dato risultati al di sotto delle aspettative⁸⁷ – dei (soli) beneficiari dello status di rifugiato o protezione sussidiaria e, si aggiunge, di chi beneficerà del meccanismo di reinsediamento⁸⁸. Si stima che di questi lavoratori altamente qualificati l'UE avrà un crescente bisogno. È questa, perciò, un'opportuna combinazione tra l'esigenza di incrementare l'utilizzo di questo schema comune da parte degli Stati membri – cui sarà precluso mantenere i paralleli schemi nazionali di reclutamento – e la necessità di integrare i migranti già presenti sul territorio ma non entrati per ragioni di lavoro. L'estensione è oltremodo interessante giacché si fa osservare che nel divenire titolari di carta blu, i beneficiari di PI usufruiscono dei diritti di mobilità associati a questo status, potendo recarsi in altro Stato membro rispetto a quello che ha garantito loro protezione, quando il mercato del lavoro nazionale dello stesso abbia carenza delle qualifiche che loro posseggono. Questo, si precisa, è un modo per evitare che le loro capacità vadano perse o siano sottoutilizzate.

La proposta di direttiva, inoltre, è stata accolta con favore nel notare che vi sono, in generale, più ampi diritti di mobilità, termini più brevi per l'acquisito della residenza permanente, una facilitata riunificazione familiare, e pieno accesso dei familiari al mercato del lavoro nello Stato membro che ha rilasciato la carta blu. Tuttavia, riguardo ai beneficiari di PI, si precisa che avranno accesso a questo status ma continueranno al contempo a beneficiare dei diritti loro riconosciuti come titolari di protezione: i due status saranno quindi paralleli e non alternativi. Que-

⁸⁵ I. MARTÍN, A. VENTURINI, *A Comprehensive Labour Market Approach to EU Labour Migration Policy*, Migration Policy Centre, European University Institute, May 2015, 2015/07, pp. 3-4.

⁸⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly skilled employment, Strasbourg, 07.06.2016 COM(2016) 378 final.

⁸⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Questions and Answers: An improved EU Blue Card scheme and the Action Plan on Integration*, Strasbourg, 7 June 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-2071_en.htm.

⁸⁸ *Id.*, pp. 13-14.

sto significa che rispetto al diritto alla parità di trattamento e di quelli riconosciuti ai familiari, questi non si applicano ai beneficiari di PI salvo quando risiedono come titolari di carta blu in altro Stato membro rispetto a quello che ha garantito loro protezione⁸⁹.

Come noto, il SECA prevede il mutuo riconoscimento tra gli Stati membri delle decisioni di rigetto delle domande di PI a corollario di quanto previsto dal regolamento di Dublino. Al contrario, le decisioni positive valgono nel solo Stato membro che riconosce la protezione. È possibile affermare, però, che l'ampliamento dell'ambito di applicazione personale della c.d. direttiva carta blu ai beneficiari di PI ha introdotto un (primo e limitato) caso in cui sussiste il mutuo riconoscimento delle decisioni positive. Nello specifico, occorre precisare che la possibilità di risiedere in altro Stato membro si basa sulla titolarità della carta blu, non dandosi alcun trasferimento delle responsabilità derivanti dalla protezione verso lo Stato membro che rilascia la carta. Ciò nonostante, si precisa che lo Stato membro di residenza dovrà essere informato della posizione del cittadino di paese terzo come beneficiario di PI, e che questo status dovrà menzionarsi nella carta blu. Inoltre, questo rileva nel momento in cui il titolare di carta blu sia soggetto ad un provvedimento di espulsione da parte dello Stato membro di residenza, poiché beneficerà delle specifiche garanzie a sua protezione previste dalla direttiva rimpatri 2011/95/UE ed *ex art.* 33 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati⁹⁰.

Simile lettura, e apertura alla mobilità dei beneficiari di protezione, può darsi dell'inclusione degli stessi nell'ambito di applicazione personale della direttiva lungo soggiornati 2003/109/CE, i quali, infatti, risiederanno nel (secondo) Stato membro di residenza come titolari di questo status⁹¹. Tuttavia, le recenti proposte di modifica del SECA, orientate ad introdurre ulteriori meccanismi per contrastare i movimenti secondari e irregolari dei beneficiari di protezione (e dei richiedenti la stessa), prevedono che l'acquisizione di questo status, e dei relativi di-

⁸⁹ Considerando 35, e artt. 15(6) e 16(10), *ib.*

⁹⁰ Considerando nn. 45-47 e art. 8(4) e (5).

⁹¹ Direttiva 2011/51/EU del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2011 che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di PI, GUUE L132, 19.05.2011.

ritti di mobilità, diventi più onerosa. Infatti, il conteggio dei cinque anni di residenza in un solo Stato membro che sono necessari per acquisirlo, verrà azzerato tutte le volte in cui il beneficiario lasci senza autorizzazione il territorio dello Stato che ha garantito la protezione⁹².

5. Considerazioni conclusive

Tra i molteplici modi in cui è possibile fare ingresso nel territorio dell'UE per coloro che si trovano in bisogno di PI, si è voluto prestare attenzione ad alcuni tra quelli che, ove resi sensibili alle esigenze specifiche di questi soggetti, potrebbero contribuire a ridurre l'utilizzo dei canali di immigrazione irregolare, ampliando al contempo le vie di ingresso legale. In altre parole, si sono voluti analizzare alcuni modi possibili per contribuire ad un maggiore equilibrio del sistema di gestione della migrazione nell'UE. È noto, infatti, come sia la mancanza di alternative di ingresso legale a portare alla scelta di modalità di viaggio più mortali, più costose e tali da ostacolare l'accesso alla (procedura per fare domanda di) PI. In questo senso, trattasi di immigrazione irregolare, e disequilibrio, in molta parte, auto-indotti⁹³.

Al contempo, l'esponentiale aumento della pressione sul sistema europeo comune d'asilo è da leggersi, parzialmente, anche come prodotto dell'assenza di modalità altre per permanere sul territorio in modo legale, per coloro che, infine, riescono a farvi ingresso⁹⁴. La crisi che

⁹² Art. 29, Proposal for a Regulation [...] on standards for the qualification of third-country nationals [...] and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, Brussels, 13.07.2016, COM(2016) 466 final.

⁹³ Come viene riconosciuto espressamente dalla stessa Commissione nella sua ultima comunicazione sulla riforma del sistema comune d'asilo e sulle vie di ingresso legale. *Towards a Reform of the Common European Asylum System*, cit., p. 2. V. anche M. COLLYER, *Conditions and Risks of Mixed Migration in North East Africa*. MHub (North Africa Mixed Migration Task Force), www.mixed-migrationhub.org/resources/mmtf-noah-research, p. 11.

⁹⁴ M. BALDWIN-EDWARDS, *Semi-reluctant Hosts: southern Europe's ambivalent response to immigration*, in *Studi Emigrazione*, 2002, 39, p. 145.

questo attraversa, dunque, è data non solo dalle ingenti difficoltà incontrare nel registrare gli individui in arrivo permettendo loro di avere accesso alla procedura per fare domanda di protezione, dal collasso dei sistemi nazionali nel tentativo di farsi carico dell'oltre un milione di domande presentate, o dalle condizioni di accoglienza dei richiedenti in molte occasioni al di sotto degli standard stabiliti. La crisi si manifesta anche nelle conseguenze sugli individui che dal sistema vengono esclusi a causa del mancato accesso alla procedura per fare domanda di PI o del rigetto della stessa, o per l'impossibilità di accedere ad altro status che permetta un soggiorno legale⁹⁵.

La recente modifica apportata alla direttiva c.d. carta blu, la previsione della facoltà di passare ad altro status giuridico al perdere il riconoscimento della (necessità di) PI al fine di poter rimanere sul territorio, e il riconoscimento del diritto alla riunificazione familiare, mostrano una parziale apertura del sistema a soluzioni di lungo termine che si spingono oltre il bisogno immediato di protezione. Sono, se si vuole, più attente alla necessità di integrare le persone presenti⁹⁶, piuttosto che alla volontà di impedire l'ingresso o la permanenza sul territorio di potenziali richiedenti protezione⁹⁷. Eppure, nessuno degli status o diritti analizzati prescindono, per vedersi applicati o acquisiti, dal previo riconoscimento dello status di beneficiario di protezione. Così facendo, questi non incidono sugli aspetti restrittivi del sistema delle politiche migratorie ma, pur indirettamente, contribuiscono a perpetuarli. Infatti,

⁹⁵ Va prestata particolare attenzione alla condizione dei c.d. migranti non rimpatriabili, il cui status, dipendendo dalle circostanze, è accostabile a quello dei migranti irregolari privi di documenti o a quello dei richiedenti PI. Cfr. M.H. BAUSAGER, J. KÖPFLI MØLLER, S. ARDITTIS, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, European Commission, 2013, p. 22.

⁹⁶ Tenta di andare in questa direzione il piano d'azione per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi del giugno 2016, nel riconoscere le maggiori difficoltà che possono incontrare i beneficiari di PI soprattutto in relazione all'inclusione negli ambiti educativo e lavorativo. EUROPEAN COMMISSION, *Action Plan on the integration of third country nationals*, Brussels 07.06.2016, COM(2016) 377 final, pp. 7-9.

⁹⁷ È interessante in questo senso che si riconosca che il riconoscimento di una qualche forma di protezione conduce nella maggior parte dei casi a insediamento permanente. *Towards a Reform of the Common European Asylum System*, cit., p. 5.

se possono in parte contribuire ad una migliore gestione ex-post della migrazione, non incidono sulla situazione del migrante dal momento in cui prende la decisione di, o è costretto a, migrare, fino al momento in cui una qualche protezione viene effettivamente riconosciuta.

Una maggiore apertura alle necessità e difficoltà dei richiedenti protezione nell'avere accesso al territorio, ed a uno status giuridico che permetta loro una residenza legale, deve riflettersi sui requisiti di ingresso o riconoscimento di uno specifico status tramite la predisposizione di regimi *ad hoc* più favorevoli, o deroghe alle condizioni previste per i cittadini di paesi terzi non in bisogno di protezione. Solo così la riunificazione familiare, la migrazione legale per ragioni di lavoro o di studio possono divenire modi di accesso alternativo al territorio ed a una successiva permanenza legale sullo stesso, ossia possibili vie per contribuire al riequilibrio del sistema delle politiche migratorie nel suo insieme.

Al riconoscimento, che pur vi è stato, dell'impossibilità di proseguire nella gestione dell'immigrazione tramite strumenti che hanno portato all'attuale situazione di disequilibrio del sistema, invece, non ha fatto seguito alcun ripensamento delle sue fondamenta. Una riprova della volontà di perseguire ulteriormente e incrementare la nota di fondo restrittiva dello stesso, viene dalla conferma della quasi totale impermeabilità della politica dei visti e delle responsabilità (e sanzioni) imposte ai vettori alle esigenze connesse alle necessità di PI.

Medesima impressione si ricava dall'insieme delle proposte di riforma del SECA presentate dalla Commissione nel luglio 2016, il cui obiettivo è aumentare il grado di armonizzazione (leggi: centralizzazione) per ridurre gli incentivi a muoversi verso e dentro il territorio dell'Unione. Tra tutte le proposte fatte, sono forse quelle volte a contrastare i movimenti secondari a dare la definitiva impressione che si è ben lontani da ogni effettiva riflessione sulle cause dei fallimenti del sistema. Da un lato, è completamente assente ogni considerazione delle ragioni alla base degli stessi, come se altro motivo non potesse esserci rispetto a quello di volersi avvantaggiare del sistema. Dall'altro, si prevedono meccanismi sanzionatori che rendono l'accesso a una procedura giusta ed ai diritti condizionali alla cooperazione e alla presenza nello Stato che ha preso in carico la domanda. Pur annunciando, quindi, di

voler imparare dal presente per dare avvio al processo di risoluzione delle intrinseche debolezze del sistema, l'impressione che si ricava è quella di un insieme di politiche che, guidato dalla sola volontà di voler ridurre i numeri dalla migrazione, finisce per auto-alimentare la sua crisi ed essere primo fautore del proprio disequilibrio.

IMMIGRATI STRANIERI E FAMIGLIE ITALIANE: LA FORMAZIONE DI UN WELFARE PARALLELO, TOLLERATO, MISCONOSCIUTO

Maurizio Ambrosini

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Politiche migratorie e fabbisogni di assistenza: le sanatorie inevitabili. 3. Lo sviluppo del welfare invisibile. 4. Un'immigrazione tollerata anche se irregolare. 5. La costruzione sociale del welfare invisibile: gli attori in gioco. 6. Gli spazi di iniziativa delle lavoratrici immigrate. 7. Conclusioni. Qualche idea su una gestione migliore dell'assistenza familiare.*

1. Introduzione

Con questo contributo intendo rivolgere l'attenzione a un aspetto del fenomeno migratorio che si intreccia così strettamente con la vita quotidiana delle famiglie da passare quasi inosservato. È l'impiego di immigrati, soprattutto donne nei servizi domestici, nella cura dei bambini e sempre più nell'accudimento degli anziani a domicilio. Mentre l'attenzione dell'opinione pubblica, dei mass media e delle istituzioni politiche guarda a Lampedusa e ai drammi degli arrivi dal mare o della successiva accoglienza in ambito locale, nelle case si è prodotto un sistema informale di risposta ai bisogni delle persone basato sull'impiego di persone immigrate. Un sistema che dà lavoro a un numero di persone quantificabile in centinaia di migliaia, forse più di un milione, certo più degli addetti al sistema sanitario nazionale. Possiamo parlare in proposito di un "welfare invisibile", o appunto informale: questo sistema, costruito dal basso e gestito dalle famiglie italiane, sostituisce o si affianca al sistema ufficiale dei servizi alle persone, in parte sussidiato da risorse pubbliche come assegni di accompagnamento e pensioni di invalidità. Un sistema di cui c'è poca o nessuna traccia nei documenti di programmazione e nelle statistiche ufficiali, ma che assume grande ri-

lievo per la qualità della vita quotidiana di milioni di persone e di famiglie italiane.

Elemento di rilievo del sistema è l'ampio ricorso a persone prive di regolari documenti di soggiorno. L'immigrazione non autorizzata, oggetto di deprecazione pubblica e di severe misure di repressione, diventa tollerata e persino protetta quando si insedia nelle famiglie italiane e assume il volto mite di tate, colf e assistenti familiari, dette volgarmente badanti¹.

2. Politiche migratorie e fabbisogni di assistenza: le sanatorie inevitabili

La storia delle politiche migratorie italiane degli ultimi trent'anni è una storia di fallimenti, tanto che si può affermare che il pilastro effettivo della gestione dei flussi di popolazione in ingresso sono state le sanatorie. Malgrado il rafforzamento dei controlli e l'inasprimento delle sanzioni, in venticinque anni sono state approvate sette leggi di sanatoria, più altre misure di regolarizzazione non dichiarata, come i decreti flussi². Le quattro sanatorie varate tra il 1986 e il 1998 hanno regolarizzato la posizione di 790.000 immigrati; quella del 2002, successiva all'approvazione della legge Bossi-Fini, ne ha autorizzati 630.000. Nel 2009, la legge Maroni relativa al solo settore domestico-assistenziale, ha raccolto quasi 300.000 istanze. Nel 2012, nel mezzo di una profonda crisi economica, il governo Monti ha varato un'altra sanatoria che, pur deludendo le aspettative, ha prodotto circa 130.000 domande.

Il problema non è solo italiano. Malgrado le dichiarazioni di segno contrario, in Europa nel complesso le misure di regolarizzazione di vario tipo sono piuttosto diffuse e ricorrenti, talvolta permanenti. Secondo il rapporto REGINE dell'ICMPD (2009), durante il periodo 1996-2008 soltanto 5 su 27 Stati membri dell'Unione europea non si sono dotati di politiche né di pratiche di regolarizzazione dei soggiornanti non auto-

¹ M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Bologna, 2013.

² A. COLOMBO, *Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, Bologna, 2012.

rizzati. Di questi però tre sono nuovi paesi membri dell'Unione, poco interessati al fenomeno.

Nel periodo considerato, tre paesi dell'Europa meridionale, tra cui l'Italia, si sono impegnati in vaste campagne di emersione. Altri, specialmente nel Nord Europa, hanno intrapreso la strada delle regolarizzazioni caso per caso, soprattutto per affrontare problemi come quello dei richiedenti asilo denegati, o gli stranieri per varie ragioni non deportabili. Pur distinguendo in proposito stati più propensi a regolarizzare per ragioni umanitarie (Benelux e paesi scandinavi), regolarizzatori riluttanti, come la Francia e il Regno Unito, oppositori ideologici alle regolarizzazioni (Austria³ e Germania), il quadro complessivo è quello di una demarcazione non così netta e insormontabile come si pretende tra immigrazione legale e immigrazione non autorizzata. Come risultato finale, una stima prudenziale delle persone coinvolte in qualche tipo di sanatoria nell'Europa a 27 oscilla tra i 5 e i 6 milioni di casi. In ogni caso, l'Europa meridionale guida la classifica, a motivo soprattutto delle grandi dimensioni dell'economia sommersa. La metà circa delle regolarizzazioni registrate dalla ricerca dell'ICMPD si riferisce a tre paesi della regione, che hanno varato a più riprese estesi processi di emersione: l'Italia, con 1,2 milioni di regolarizzati⁴, la Spagna con 1,0, la Grecia con almeno 0,4.

In Italia com'è noto il settore domestico-assistenziale è diventato nel volgere di qualche decennio una tipica nicchia occupazionale delle donne immigrate⁵: le lavoratrici straniere del settore registrate nell'archivio INPS, spesso peraltro criticato per le sue carenze, erano appena il 6% del totale negli anni '70; nel 1991 avevano raggiunto il 16,5%;

³ Nel frattempo l'Austria ha varato una sanatoria per gli immigrati occupati nei servizi domestici e assistenziali.

⁴ Per il caso italiano, vanno aggiunte come già ricordato 300.000 domande presentate nell'ambito del "processo di emersione" del settembre 2009 per lavoratori del settore domestico-assistenziale e 130.000 nel 2012. Va altresì notato che prima di quest'ultima le precedenti due grandi sanatorie sono state attuate da governi di centro-destra, protagonisti di rumorose campagne politiche contro l'immigrazione bollata come "clandestina".

⁵ M. TOGNETTI BORDOGNA, *Lavoro di cura e sistema di welfare*, in R. CATANZARO, A. COLOMBO (a cura di), *Badanti & Co. Il lavoro domestico straniero in Italia*, Bologna, 2009, pp. 279-298.

nel 2010 su 871.834 occupati nel settore, 710.938 erano di origine straniera e rappresentavano l'81,5%⁶.

Secondo un recente rapporto ministeriale, il mercato dei servizi di cura domestici è ancora più ampio. Il numero complessivo dei lavoratori (più spesso, lavoratrici) assunti dalle famiglie con varie formule contrattuali è passato da poco più di un milione del 2001 agli attuali 1 milione 655 mila (+53%), tra i quali la componente straniera rappresenta il 77,3% del totale. Nel 2011 quasi 2.600.000 famiglie (il 10,4% del totale) hanno acquistato servizi di collaborazione, di cura dei minori, di assistenza ad anziani o altre persone fragili (Censis-Ismu, 2012).

3. *Lo sviluppo del welfare invisibile*

Nell'Europa meridionale e segnatamente nel caso italiano, il fallimento della regolazione dell'immigrazione straniera trova un importante fattore esplicativo nel funzionamento del sistema di welfare: in modo particolare nella formazione di quello che può essere definito welfare parallelo, o invisibile. Specialmente nell'Europa meridionale, il regime delle cure si organizza tuttora intorno al ruolo centrale delle famiglie, e più precisamente delle donne, come mogli e madri prima, come figlie o nuore di genitori anziani dopo. Alla crescita della partecipazione femminile al lavoro extradomestico non ha corrisposto né un adeguato sviluppo dei servizi pubblici, né una sufficiente redistribuzione dei compiti all'interno delle famiglie. La cura di bambini, anziani, ammalati, così come delle abitazioni e dei servizi necessari per la vita quotidiana, continua a pesare principalmente sulle donne adulte. In questo regime delle cure le politiche sociali non solo sono comparativamente meno sviluppate, ma consistono anche prevalentemente in trasferimenti di reddito: pensioni relativamente generose e indennità a favore delle persone con

⁶ P. BONIZZONI, *Undocumented Domestic Workers in Italy: Surviving and Regularizing Strategies*, in A. TRIANDAFYLIDOU (a cura di), *Irregular Domestic Workers in Europe: Who Cares?*, Farnham, 2013, pp. 135-160.

seri problemi di autosufficienza, non selettive in relazione al reddito e alla struttura familiare dei richiedenti⁷.

Le famiglie si sono trovate quindi a dover fronteggiare gli stessi compiti del passato, aggravati dai processi di invecchiamento, con una minore disponibilità di forze per farsene carico, ma con una dotazione relativamente maggiore di risorse economiche per acquistare privatamente lavoro o servizi, grazie al doppio reddito da lavoro o pensione, senza particolari controlli sulle modalità di impiego degli aiuti economici da parte delle istituzioni pubbliche. Le famiglie hanno quindi compensato la ridotta disponibilità di tempo ed energie femminili ricorrendo, al mercato, prevalentemente sotto forma di assunzione di aiuti domestici. Jacqueline Andall⁸ ha parlato di una rivoluzione post-femminista: le donne non hanno conquistato l'uguaglianza, rimangono socialmente impegnate a farsi carico di molti servizi rivolti alle persone e alla sfera domestica, ma alleviano il peso ricorrendo al lavoro salariato di altre donne.

A differenza dei tradizionali servizi domestici, che rimangono associati prevalentemente con condizioni di classe sociale medio-alta, invecchiamento e bisogno di assistenza coinvolgono individui e famiglie di ogni condizione sociale. Tra pensioni, sovvenzioni pubbliche e aiuti dei figli, anche molti anziani di condizione popolare sono assistiti a domicilio da un'"assistente familiare", così come viene definita nel contratto collettivo di lavoro italiano, ma detta "badante" in un linguaggio comune riduttivo e svalutante.

Sul versante opposto della scala sociale, è degno di nota il fatto che anche famiglie che non avrebbero problemi economici nell'affidare un congiunto anziano a una struttura residenziale di buon livello, ritengono più rispettoso e amorevole nei suoi confronti mantenerlo nella propria

⁷ F. BETTIO, A. SIMONAZZI, P. VILLA, *Change in Care Regimes and Female Migration: The «care drain» in the Mediterranean*, in *Journal of European Social Policy*, 3, 2006, pp. 271-285; B. DA ROIT, C. FACCHINI, *Anziani e badanti. Le differenti condizioni di chi è accudito e di chi accudisce*, Milano, 2010.

⁸ J. ANDALL, *Gender, Migration and Domestic Service. The Politics of Black Women in Italy*, Aldershot, 2000.

abitazione⁹ assumendo un'assistente familiare, o se necessario anche due. Una cultura della domiciliarità e della diffidenza verso pratiche di istituzionalizzazione si è fatta strada anche nelle concezioni relative alla buona assistenza nei confronti degli anziani. Ma la preoccupazione di mantenere gli anziani nel proprio ambiente domestico e di assicurare loro un'assistenza personalizzata e sempre disponibile comporta l'instaurazione di un regime di lavoro e di vita molto costrittivo nei confronti dei lavoratori assunti per prendersi cura di loro.

Si è sviluppato in sostanza dal basso un imponente e misconosciuto fenomeno di ristrutturazione dell'assistenza a domicilio degli anziani, gestita direttamente dalle famiglie al di fuori degli schemi di regolazione pubblica del settore, ma tollerata e sussidiata dai poteri pubblici¹⁰. Accanto al sistema di welfare ufficiale, se ne è formato un altro, autogestito con modalità del tutto private dalle famiglie. La pesantezza del lavoro, e in modo particolare la mancanza della possibilità di avere una casa propria e una vita privata, generano un continuo turn-over: molte lavoratrici una volta regolarizzate cercano di uscire dal settore, ma ciò significa che le famiglie ne cercano altre da assumere al loro posto. In sostanza, l'assistenza a domicilio è una calamita di nuova immigrazione irregolare¹¹.

La crisi economica degli ultimi anni ha rallentato il turn-over e complicato la ricerca di soluzioni alternative, ma non ha inciso profondamente sui fabbisogni del settore. Dal 2008, malgrado la recessione, l'occupazione regolare degli immigrati è aumentata di 800.000 unità, passando da meno del 7% a più del 10% dell'occupazione complessiva. Spesso la tenuta dell'occupazione femminile nel settore domestico-assistenziale ha compensato le difficoltà incontrate dai mariti occupati nelle costruzioni o nell'industria manifatturiera, molto più colpite dalla crisi.

⁹ Per le analogie con il caso tedesco, cfr. H. LUTZ, E. PALENGA-MÖLLENBECK, *Care Work Migration in Germany: Semi-Compliance and Complicity*, in *Social Policy & Society*, 3, 2010, pp. 419-430.

¹⁰ R. CATANZARO, A. COLOMBO (a cura di), *Badanti & Co. Il lavoro domestico straniero in Italia*, Bologna, 2009.

¹¹ M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, cit.

Vorrei qui sottolineare un punto. In questo caso, a differenza del tradizionale lavoro domestico, è meno plausibile invocare una redistribuzione dei carichi domestici tra i generi come alternativa all'assunzione di personale extrafamiliare. Il ricorso all'immigrazione straniera rappresenta semmai la risposta dal basso al fallimento del welfare pubblico nel predisporre risposte adeguate alla crescente domanda di servizi di accudimento e cura per gli anziani fragili. Oltre che nei paesi dell'Europa mediterranea, pure nell'Europa centrale (Austria, Germania) e altrove il welfare informale variamente modulato sta avanzando, sostenuto spesso da trasferimenti di fondi pubblici alle famiglie, sotto forma di schemi *cash for care*¹². Non solo i regimi di welfare europei, malgrado le loro differenze istituzionali, convergono verso una dipendenza sempre più marcata dal lavoro di immigrati e persone di origine immigrata, come parte di una strategia complessiva di riduzione della spesa sociale¹³, ma sta crescendo silenziosamente la componente domestica e autogestita del welfare, e segnatamente delle cure degli anziani.

4. *Un'immigrazione tollerata anche se irregolare*

Diversi aspetti, come la domanda di coabitazione, la richiesta di una disponibilità che può estendersi alle ore notturne e arrivare alle 24 ore al giorno, la convivenza con la malattia e declino fisico e mentale, fanno di questo lavoro un'attività particolarmente pesante, contrastante con una normale vita sociale e familiare, socialmente svalutata, sgradita ai lavoratori nazionali e anche agli immigrati stabilmente insediati e accompagnati dai familiari.

Nel nostro caso, le domande di cura provenienti dalle famiglie si sono incontrate con persone in movimento, alla ricerca di sbocchi per l'aspirazione a migliorare le loro condizioni di vita e prospettive per il futuro. La disponibilità di lavoratori (principalmente: lavoratrici), a sua volta, ha alimentato la domanda: il fenomeno può essere anzi visto come un caso esemplare di offerta che ha contribuito in modo decisivo a

¹² IB.

¹³ F. WILLIAMS, *Converging variations in migrant care work in Europe*, in *Journal of European Social Policy*, 4, 2012, pp. 363-376.

costruire la propria domanda. Per una persona immigrata in condizione irregolare, nella prima fase di insediamento un lavoro di assistente familiare consente di rispondere a diverse esigenze in una sola volta: un domicilio sicuro, la possibilità di risparmiare buona parte del pur modesto salario, una sostanziale protezione contro eventuali benché improbabili controlli delle autorità.

Per di più, l'aspettativa di futuri provvedimenti di regolarizzazione aiuta a tollerare la pesantezza delle condizioni di vita e di lavoro: come è avvenuto in Spagna e in Grecia, la condizione di irregolarità tende a essere considerata come un primo passo di una carriera di insediamento e "cittadinizzazione"¹⁴.

Per molte famiglie, specialmente quelle con anziani e minori da accudire, è diventata una prassi normale affidare i propri cari a persone provenienti dall'estero, spesso arrivate di recente e prive dei documenti idonei a risiedere e lavorare nel paese ricevente. Le reti degli immigrati e altre istituzioni mediatrici hanno favorito l'incontro fra le parti.

Si può affermare che nei confronti di certi immigrati in condizione irregolare l'allarme sociale si attenua, mentre si innalza l'accettazione. Si direbbe che le preoccupazioni circa la legalità del soggiorno e l'integrazione sociale degli immigrati cessino quando sono le famiglie autotone a gestirne l'insediamento. La mancanza di documenti idonei al soggiorno e al lavoro viene percepita come un problema minore, a volte persino come un vantaggio. La costruzione cognitiva della pericolosità degli immigrati irregolari si rivela selettiva: molto dura per alcuni, più tollerante per altri, praticamente indifferente, anzi benevola, nei confronti delle donne impegnate in onerose occupazioni assistenziali¹⁵. I controllori, in un modo o nell'altro, sono obbligati a tenerne conto. Considerazioni sociali, relative all'utilità e alla "meritevolezza" degli immigrati, o viceversa alla loro pericolosità o nocività per il decoro delle città, entrano in gioco, condizionando le pratiche di controllo, tratte-

¹⁴ Cfr. N.P. GLYTSOS, *Stepping from Illegality to Legality and Advancing towards Integration: The Case of Immigrants in Greece*, in *International migration review*, 4, 2005, pp. 819-840.

¹⁵ M. AMBROSINI, *Non passa lo straniero? Le politiche migratorie tra sovranità nazionale e diritti umani*, Assisi, 2014.

nimento e deportazione. Non tutti gli immigrati privi dei documenti richiesti sono uguali, e non tutti vengono trattati allo stesso modo.

Una delle ragioni del continuo flusso di immigrati non autorizzati e della necessità di provvedimenti di regolarizzazione, ha poi a che fare con la scarsa efficacia dell'attività repressiva. Basti ricordare che i posti disponibili nei Centri di identificazione ed espulsione sono meno di 2000 in tutta Italia. Anche questo spiega la distanza tra le retoriche del discorso politico e i risultati pratici ottenuti. La tolleranza verso le persone, soprattutto donne, occupate in attività domestiche e assistenziali trova posto in questo schema: malgrado risolte prese di posizione, in pratica è molto raro che vengano arrestate, trattenute ed espulse in qualità di immigrate irregolari. La protezione da parte delle famiglie datrici di lavoro fa da schermo contro misure di controllo già di per sé erratiche, a volte inutilmente crudeli ma in definitiva poco incisive sui grandi numeri. Le sanatorie italiane hanno favorito soprattutto gli immigrati occupati in questo settore; la penultima, nel 2009, era riservata ad essi, e l'ultima, nell'autunno 2012, li ha visti come principali beneficiari.

5. La costruzione sociale del welfare invisibile: gli attori in gioco

La regolazione istituzionale dell'immigrazione dunque non funziona, essendo contraddetta ogni giorno dai comportamenti delle famiglie. Tra la chiusura nei confronti dell'immigrazione e l'attesa che le famiglie continuino a farsi carico dei servizi basilari alle persone, anziani fragili compresi, si è prodotta nei fatti una stridente contraddizione.

La volontà politica di difesa dei confini e la centralità attribuita alle famiglie come fornitrici di servizi personali hanno una radice comune, identificabile nel desiderio di salvaguardare l'ordine sociale. Entrambe le istanze rimandano alla visione di una società stabile, coesa, capace di soddisfare con le proprie forze sia i fabbisogni di manodopera, sia le domande assistenziali. In tempi di grande turbolenza e incertezza sul futuro, il bisogno di stabilità aumenta e si traduce in domanda politica. I governi cercano di soddisfare questa domanda dichiarando di aver chiuso le frontiere, chiamando le famiglie a riappropriarsi dei loro compiti

tradizionali, ed eventualmente sussidiando quelle che devono fronteggiare i maggiori carichi assistenziali.

Le due istanze tuttavia non riescono più a stare insieme. Lo rivelano ogni giorno proprio le famiglie che si rivolgono al mercato sommerso dell'immigrazione irregolare per poter continuare ad assistere a domicilio le persone anziane che dipendono da loro. La conferma della centralità della famiglia come luogo della cura e della risposta alla fragilità contraddice le norme sull'immigrazione, mentre un'effettiva osservanza delle disposizioni restrittive metterebbe in crisi il *curoscope*¹⁶ basato sulla famiglia. Richiederebbe eventualmente un ben maggiore dispiegamento di servizi pubblici di vario tipo, oltre a un cambiamento di paradigmi culturali sui luoghi e le forme più appropriate di presa in carico dei bisogni sociali, in modo particolare dell'assistenza agli anziani.

La soluzione pratica del conflitto regolativo è avvenuta mediante un processo spontaneo di ricodifica delle regole relative all'ingresso, al soggiorno e al lavoro degli immigrati stranieri. La trasgressione delle norme sull'immigrazione e sui contratti di lavoro tende a essere inquadrata sul piano culturale come una sorta di "abusivismo di necessità", i cui primi protagonisti sono i datori di lavoro familiari. Le indagini descrivono una diffusa e quasi banale situazione di irregolarità, l'abitudine delle famiglie datrici di lavoro a muoversi senza troppi problemi tra mercato del lavoro domestico legale e mercato informale.

Si potrebbe pensare a una volontà deliberata di mantenere le lavoratrici nell'illegalità per protrarre un'asimmetria di rapporti di potere e situazioni di pesante sfruttamento, ma questa idea è contraddetta dalla disponibilità a regolarizzare il rapporto da parte di molte famiglie, come i dati sulle sanatorie confermano. Non è propriamente agevole, sul piano relazionale e psicologico, intrattenere rapporti di lavoro così peculiari, basati sulla convivenza nel ristretto spazio domestico, affidare i propri cari a una persona esterna alla famiglia, concederle piena responsabilità e grande autonomia nella gestione quotidiana, e poi negarle il diritto a emergere istituzionalmente alla dignità dello status di soggiornante regolare e alla titolarità di un contratto di lavoro formale. A volte

¹⁶ M. LOPEZ, *Reconstituting the Affective Labour of Filipinos as Care Workers in Japan*, in *Global Networks*, 2, 2012, pp. 252-268.

questo passaggio avviene con un certo trasporto, con il senso di adempimento di un obbligo etico, o quanto meno di sollievo per una situazione percepita come imbarazzante e potenzialmente minacciosa. In altri casi, l'accesso alla procedura di regolarizzazione è meno spontaneo e più indotto dal timore di sanzioni. È avvertito come un aggravio non necessario, quasi un'ingiustizia, ma comunque avviene. Molto spesso la regolarizzazione è vissuta e presentata come una sorta di concessione, un "favore" dei datori verso i loro dipendenti. In effetti è frequente addossare loro i costi della procedura¹⁷ e le trafille burocratiche, che fino al recente passato risultavano lunghe e faticose, comportando ore di code, anche notturne, e ripetuti accessi agli uffici preposti. La regolarizzazione inoltre è spesso effettuata sul numero minimo di ore richieste per ottenere il permesso di soggiorno, mentre l'orario effettivo di lavoro è spesso più lungo. A volte si ritorna all'informalità, una volta sistemata la posizione giuridica della lavoratrice. L'emersione dal lavoro nero avviene perlopiù al ribasso, cercando di conformarsi alle norme per il minimo indispensabile, ma non sempre formalizzando completamente il rapporto di lavoro. Resta importante però la constatazione che centinaia di migliaia di datori di lavoro italiani hanno consentito l'emersione giuridica delle loro assistenti familiari.

Un secondo gruppo di attori che concorrono alla scelta di assumere un'assistente familiare, compiuta spesso agli inizi con riluttanza, sono coloro che potremmo definire "intermediari della fiducia": medici di famiglia, istituzioni religiose, organizzazioni solidaristiche. Soprattutto agli inizi, sono spesso questi attori a favorire l'incontro tra le parti, a essere chiamati in causa come garanti dell'affidabilità delle candidate, a assicurare i datori di lavoro sull'opportunità di aprire le porte di casa a un'estranea, affidandole persone care e fragili.

Un terzo gruppo di protagonisti raccoglie quei soggetti sociali che hanno ridefinito il proprio ruolo, assunto nuovi compiti, aperto uffici dedicati alla mediazione tra domanda e offerta di lavoro, l'espletamento

¹⁷ Ricordo che lo Stato italiano, in occasione delle regolarizzazioni, richiede ai datori di lavoro il versamento di una somma forfetaria a compensazione dei contributi previdenziali evasi. Nella penultima sanatoria (settembre 2009), l'importo era di 500 Euro per ogni lavoratore regolarizzato, nell'ultima (settembre-ottobre 2012) è stato raddoppiato: 1000 per ogni lavoratore.

delle procedure burocratiche, la consulenza alle parti interessate. Tipico è il caso dei sindacati, coinvolti in vario modo nel governo del mercato dei servizi domestici e assistenziali, a partire dalle procedure di emersione, per cui hanno periodicamente battagliato insieme alle principali organizzazioni cattoliche. Si tratta di un compito delicato e cruciale, ma spesso anche scomodo, perché i sindacati si trovano loro malgrado a dover intervenire in un mercato largamente informale, a mediare tra istanze delle famiglie italiane (non di rado, di pensionati o lavoratori aderenti ai sindacati stessi) e diritti dei lavoratori immigrati.

Un quarto attore può essere individuato in quelle organizzazioni solidaristiche che offrono agli immigrati servizi necessari a rispondere a varie esigenze personali, particolarmente richiesti da coloro che non possono accedere alla rete dei servizi istituzionali: mense gratuite, scuole di italiano, servizi medici. Spesso poi diventano punti di incontro e di sostegno sul piano psicologico, come avviene in varie città per alcune parrocchie e altre istituzioni religiose.

Aspetto importante del processo di regolazione spontanea è la trasformazione del tradizionale ruolo di *care giver* familiare in quello di *care manager*: quel familiare, di solito se presente una figlia, che si prendeva cura direttamente degli anziani genitori, ha delegato gli aspetti più gravosi dell'accudimento all'assistente familiare, assunta per coabitare con le persone da assistere. Ciò consente a molte donne adulte di tenere insieme lavoro per il mercato, cura della propria famiglia acquisita e compiti di accudimento verso gli anziani genitori. Il/la *care manager* tende a riservarsi la responsabilità delle questioni burocratiche, economiche e di relazione con istituzioni, medici e altre figure esterne. Esercita un ruolo di supervisione e coordinamento nei confronti del lavoro dell'assistente familiare, su cui ricadono le incombenze più faticose e routinarie. La delega non è mai tuttavia integrale e definitiva: nelle giornate libere dell'assistente familiare, nei periodi di ferie, nei casi di necessità, sono principalmente le *care manager* a sostituirle, tornando a rivestire il ruolo di fornitrici di cure dirette verso gli anziani genitori.

Un'altra componente dell'attività dei *care manager* è la mediazione nei confronti dei servizi, pubblici o privato-sociali, a favore delle proprie dipendenti. Queste riescono così a raggiungere servizi medici specialistici, oppure a ricevere risposte più sollecite dagli apparati burocrati-

tici, rispetto a quanto potrebbero ottenere contando sulle proprie forze. Nella regolazione dal basso dell'assistenza a domicilio, la care manager riesce a delegare una parte delle sue incombenze, ma ne assume altre, allargando all'assistente familiare la sfera delle persone delle cui esigenze farsi carico.

6. *Gli spazi di iniziativa delle lavoratrici immigrate*

Le ricostruzioni del processo di riorganizzazione dal basso delle cure domiciliari per gli anziani e delle nuove forme di regolazione che ne scaturiscono basate su ragionamenti di tipo strutturale, come quelli richiamati nelle pagine precedenti, necessitano di essere integrate su un punto cruciale: il concorso delle dirette interessate alla destrutturazione dell'ordine regolativo formale e alla formazione di nuove prassi di funzionamento e nuove regole del gioco. In altri termini, occorre dare rilievo all'azione dei soggetti direttamente coinvolti. Non si tratta di vittime passive, spostate attraverso le frontiere dalle carenze del sistema di welfare e dai fabbisogni delle famiglie, bensì di attori capaci di iniziativa, pur se all'interno di un sistema di vincoli e di disuguaglianze.

Vorrei quindi dedicare una riflessione puntuale alle risorse e alle pratiche sociali messe in campo dalle assistenti familiari immigrate per inserirsi nel settore, reggere condizioni di lavoro e di vita per molti aspetti pesanti, provvedere alle necessità dei propri cari rimasti in patria, in modo particolare dei figli, riuscire a regolarizzarsi ed eventualmente a ricongiungere totalmente o parzialmente la propria famiglia¹⁸.

Queste risorse sono in parte legate a sostegni esterni che le possano accompagnare ed agevolare, come nel caso dei servizi offerti dalle istituzioni solidaristiche prima ricordate. In parte sono prodotte mediante la partecipazione a reti sociali e legami interpersonali (con i connazionali qui e con i familiari in patria, per esempio). In parte sono invece di ordine psicologico: per esempio, l'aspettativa di potersi mettere in rego-

¹⁸ P. BONIZZONI, *Famiglie transnazionali e ricongiunte: per un approfondimento nello studio delle famiglie migranti*, in *Mondi migranti*, 2, 2007, pp. 91-108.

la. Ne considero qui brevemente alcune, rimandando per un'analisi più ampia al volume: Ambrosini 2013¹⁹.

Fra di esse, spicca la rivendicazione di un aspetto del lavoro svolto che può essere visto come peculiare dell'attività di cura: il senso di utilità sociale, a volte esplicitamente contrapposto alla svalutazione culturalmente prevalente della complessità e della delicatezza delle mansioni svolte. Queste non di rado implicano anche prestazioni para-infermieristiche, in contrasto esplicito o implicito con lo svilimento retorico e sociale di un'occupazione considerata servile, di basso rango, come mostra l'impiego del termine "badante": diverse assistenti familiari immigrate mostrano fierezza per le competenze acquisite e i delicati compiti che svolgono. O in ogni caso rivendicano la dignità e l'onestà del lavoro che svolgono, come nel brano di intervista che riportiamo:

Guarda, cerchi di essere responsabile in quello che fai, di avere rispetto per le persone con cui convivi, è questa la cosa fondamentale, essere responsabili, essere rispettosi, il rispetto che dai riceverlo anche e si va d'accordo, io non ho mica problemi. [...] è un lavoro onesto come qualunque altro, io lo vedo così... penso che solo rubare e prostituirsi non vadano bene, il resto, qualunque lavoro fai è un lavoro normale e dignitoso come qualunque altro (intervista a R., ecuadoriana, 45 anni, in Italia da 7)²⁰.

Un altro aspetto cruciale delle pratiche delle lavoratrici immigrate consiste nelle capacità di sponsorizzazione e networking a favore di parenti e connazionali. Così racconta una delle nostre intervistate, quasi banalizzando la scelta di partire:

Guarda, non c'è niente da organizzarci... prendi una borsa con biancheria di cambio e nient'altro perché... ho preso i soliti soldi in prestito... con un pullmino... avevo dei contatti con le mie amiche che lavoravano

¹⁹ M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, cit.

²⁰ M. AMBROSINI, P. BOCCAGNI, *Il cuore in patria. Madri migranti e affetti lontani: le famiglie transnazionali in Trentino*, Trento, 2007.

qui a Trento e sono venuta subito a Trento (S., Ucraina, 34 anni, in Italia da 7)²¹.

Le reti contano anche sotto il profilo del sostegno emotivo e della possibilità di comunicazione, scambio, condivisione, a motivo della comunanza di lingua, situazione biografica, condizione lavorativa. Vediamo due testimonianze:

La domenica che vai con le amiche ci sediamo sulle panche e chiacchieriamo, facciamo vedere le fotografie, facciamo “è grande”... “che bello! Io...” – ecco, ecco cose normali come tutte le mamme con questi quaderni di fotografie, tutto quanto... che andiamo in giro sempre... la nostra vita è questa con queste foto in tasca... guarda la nostra vita (S., Ucraina, 34 anni, in Italia da 7)²².

Qui a Trento frequento miei connazionali e preferisco quelli che hanno famiglia, che hanno figli... ci siamo aiutati, siamo andati insieme alla Caritas, abbiamo parlato delle nostre difficoltà e dei problemi che ho, anche se non possono aiutarmi. Frequentiamo la chiesa insieme e la più buona parte che vogliono tornare a casa, lavorano tanto... ci troviamo alla chiesa di... (L., Ucraina, 38 anni, in Italia da 8)²³.

Nella soluzione di molti problemi personali e familiari, una risorsa strategica per le lavoratrici si collega a quella che può essere definita “familiarizzazione”, ossia la ben nota tendenza di una parte dei datori di lavoro a cercare di attenuare l’asimmetria di status e di potere attribuendo alla lavoratrice, almeno a parole, uno status di componente aggiunta della famiglia, e sviluppando non di rado sentimenti di attaccamento affettivo. Gli anziani in modo particolare riversano su di lei una domanda di sollievo dalla solitudine e dalla depressione, di sostituzione dei figli e degli altri parenti che non riescono ad essere vicini a loro come vorrebbero. Il punto è certo carico di ambiguità: molta letteratura avverte che l’inclusione apparente nella compagine familiare funziona di fatto molto più sul registro dei doveri che su quello dei diritti, e può addirittura tradursi in forme più sottili di sfruttamento. Ciò non di meno, le lavoratrici possono trarre da queste relazioni para-familiari van-

²¹ IB.

²² IB.

²³ IB.

taggi e risorse che consentono loro, per esempio, di far fronte alle pressanti richieste che provengono dai familiari in patria. Riprendo qui un esempio tratto dall'ultima ricerca condotta a Trento:

Io le ho voluto bene con tutta mia anima, quando è morta io ho pianto come ho pianto la mia mamma. Mia mamma italiana, perché lei era dura ma mi ha aiutato tantissimo, quando è morto mio papà sono andata da lei, dico "Questa notte"... ero tutta in lacrime. "Cos'è successo E.?", lei mi capiva subito. Dico: "Questa notte è morto mio papà. – E allora? – Primo, non posso andare al funerale perché non ho il permesso di soggiorno, secondo non ho soldi da mandare via per fare... è morto all'improvviso, per fare il funerale". "Quanti soldi ti servono?". Dico: "Almeno € 1.000 e non so a chi rivolgermi perché tutte le persone che io conosco sono come me, prendono, mandano via e hanno problemi". E lei non stava bene quel giorno, dice: "Mi porti i vestiti in camera da letto". Io ho portato tutti i vestiti... l'ho aiutata, dice: "Andiamo in banca". Siamo andati in banca, lei mi ha prestato quei soldi. (...) E poi avevo bisogno anche per mia figlia, che mi desse un anticipo di stipendio, mi dava l'anticipo, mi ha prestato soldi. Queste cose io le metto un po' più in alto, poi dopo quando è morta ho pianto tanto (E., moldova, 55 anni, in Italia da 9)²⁴.

Conta molto, sul piano psicologico, la spinta a reggere la fatica, i disagi, le sofferenze di vario genere, rappresentata dalla consapevolezza dell'importanza del proprio lavoro e delle rimesse inviate per la vita dei propri figli. Diceva in modo esemplare un'immigrata latinoamericana intervistata nella ricerca del 2007:

Pensare a loro [*i figli*]... ti fa sentire più forte perché dici: no, io sto lavorando per loro... mica per altro! Più forte, nel senso che... ti metti a pensare: per chi è che sono qui? Io penso: se fossi sola, per chi è che sto qua? Perché rimango qua, sacrificandomi, restando sola... perché? Non avrebbe senso. [...] Per me vale più l'amore dei miei figli e di mio padre che il denaro. Però, allo stesso tempo... amo mio figlio, ma sono obbligata a restare qui. Perché hai bisogno dei soldi, per potergli dare

²⁴ P. BOCCAGNI, M. AMBROSINI, *Cercando il benessere nelle migrazioni. L'esperienza delle assistenti familiari straniere in Trentino*, Milano, 2012.

una mano. Però se tu sei sola... per chi stai lottando? (M., Ecuador, 25 anni, in Italia da 5)²⁵.

Le fa eco, nella sua essenzialità, la testimonianza di un'immigrata moldova intervistata nella ricerca del 2012, in cui la "contentezza" dell'intervistata discende direttamente dalla contentezza dei figli, soddisfatti nei loro bisogni grazie alle sue rimesse:

A: Ma la situazione da quando sei qui in Italia com'è cambiata?

B: È cambiata... Un po' sono tranquilla perché riesco a poter mantenere i miei figli del punto... Economicamente. Perché se sono loro contenti lì di quello che hanno bisogno, sono contenta anch'io. Poi sempre devi lavorare (intervista a M., moldova, 51 anni, in Italia da 6)²⁶.

Un'altra risorsa, scarsamente riconosciuta dagli immigrati stessi, consiste in quelle che in letteratura sono definite "rimesse inverse", ossia i flussi di aiuti che ricevono dalla madrepatria²⁷. Consistono anzitutto, nel caso delle assistenti familiari, nell'accudimento dei loro figli. Sempre più spesso, anche dei genitori o di altri parenti anziani. Ricorre poi il caso del presidio di investimenti: la costruzione di una casa, l'acquisto o la gestione di terra da coltivare. Un altro aiuto richiesto riguarda le procedure burocratiche. In certi casi, le cure mediche.

Ma fluiscono dalla rete familiare anche aiuti di tipo immateriale, psicologico. Una casa, una famiglia e dei contatti sociali in patria sono fonti di sostegno emotivo: l'impegno nelle cure a distanza dà senso al progetto migratorio, dà la forza di reggere solitudine e sfruttamento. Si traduce in una base di consistenza personale.

C'è poi un ultimo aspetto: avere una casa, un contesto di relazioni e un'appartenenza sociale in patria consentono ai migranti – e special-

²⁵ M. AMBROSINI, P. BOCCAGNI, *Il cuore in patria. Madri migranti e affetti lontani: le famiglie transnazionali in Trentino*, cit.

²⁶ P. BOCCAGNI, M. AMBROSINI, *Cercando il benessere nelle migrazioni. L'esperienza delle assistenti familiari straniere in Trentino*, cit.

²⁷ P. BOCCAGNI, *Factoring Transnational Ties in Migrants' Social Protection? Cross-border Care as Liability and Asset for Immigrant Domestic Workers in Italy*, paper presentato al convegno «Access Denied: International Conference on Social Protection and Migration», marzo 2012, Amsterdam.

mente alle lavoratrici con figli rimasti in patria – di mantenere un'identità dislocata che ha effetti rassicuranti sul piano psicologico. Lavorano e vivono qui, ma il centro dei loro affetti e interessi rimane laggiù. Conservano un patrimonio di legami e di ricordi che li lega al passato, e possono coltivare l'aspirazione di un futuro migliore della vita sacrificata che conducono in terra di emigrazione. Questo significa poter mantenere una seconda opzione, quella del ritorno, immaginando di poter contare sull'affetto, sull'accoglienza e sul sostegno di quanti da loro hanno ricevuto aiuto. Anche quando il rapporto con la madrepatria si sfilaccia, per effetto del tempo che passa e dei ricongiungimenti familiari, conservare laggiù una casa rimane un ancoraggio emotivo e simbolico:

A: E ritornare in Moldavia com'è? È bello, è brutto?

B: No, è bello per... è nostra terra, mi manca la nostra terra.

A: Cos'è che le manca della Moldavia?

B: Mah, adesso, guarda, è difficile di dire perché quando andavo a casa c'era marito, c'era... avevo anche vicini di casa. Adesso come... mi guardano come stranieri e già siamo a casa. Per 11 anni essere in Italia ormai una volta all'anno vai come un turista... Sì, sei contenta che sei andata ma non per tanto tempo e di nuovo vai. Mi aspetta la sorella, l'altra sorella, ma a volte ti aspettano per darle soldi, qualcosa, non è che... perché gli manca anche loro. [...] [E poi] in Moldavia andrei volentieri perché è casa mia, adesso che nessuno abita lì io voglio rilassarmi, voglio riposare... per 11 anni sono un po' stanca (A., 56 anni, moldova, in Italia da 11)²⁸.

Ecco perché le fotografie, i prodotti tipici o i piccoli doni che provengono da casa sono tanto importanti per le madri che lavorano all'estero:

Sempre tramite loro [i corrieri formali e informali]...abbiamo nostalgia, proprio anche di un pezzo di pane, che è molto diverso, anche quel bic-

²⁸ P. BOCCAGNI, M. AMBROSINI, *Cercando il benessere nelle migrazioni. L'esperienza delle assistenti familiari straniere in Trentino*, cit.

chiere di vino, perché viene proprio... come assaporare un piccolo pezzo della tua terra (V., moldova, 29 anni, in Italia da 4)²⁹.

Questa testimonianza richiama quanto osservato da Burton e Gamage al di là dell'Atlantico:

Oggetti, lettere, fotografie, cibi scambiati hanno un'importanza cruciale per persone i cui movimenti sono limitati, che possono non risiedere legalmente, o che non hanno le risorse per poter tornare temporaneamente in patria (2004, 16).

Non si può dimenticare però quanto pesi per queste madri la lontananza dai figli, e il fatto di non potersene occupare direttamente, delegando ad altri le cure dirette, sebbene sovvenzionate dalle loro rimesse. Riportiamo qui le note di campo di un'intervistatrice nella ricerca del 2012:

M. si emoziona soprattutto quando si tratta di parlare dei figli che vivono tutti ancora in Moldavia. È separata e ha quattro figli, il più piccolo l'ha lasciato quando aveva appena tre anni. Arrivata in Italia ha dovuto aspettare cinque anni prima di poter tornare in patria perché non riusciva ad ottenere i documenti e regolarizzarsi... pur sentendo spesso i figli al telefono e cercando di mantenere intensamente i contatti, sembra che il rapporto si sia sgretolato. M. non riesce a trattenere le lacrime e piangendo mi confessa che tornata a casa quando ha visto sua figlia, pur avendo una voglia pazza di abbracciarla, è rimasta impietrita, come avvolta da un senso di imbarazzo, incapace di qualsiasi gesto di affetto. Questa cosa la destabilizza, la fa sentire inappropriata, sente che la migrazione le ha strappato via qualcosa di importante, il feeling con i suoi figli, che nessuno potrà mai ridarle, nemmeno il tempo. Mi dice che con il figlio più piccolo i rapporti sono quasi inesistenti, non la vede più come una figura materna essendo stato cresciuto dalle sorelle e nemmeno i due mesi trascorsi con loro dopo cinque anni di lontananza non sono stati sufficienti per risaldare i rapporti ["Perché quando sono entrato a casa io lo guardavo così, lui così... Due estranei. Proprio l'affetto si

²⁹ M. AMBROSINI, P. BOCCAGNI, *Il cuore in patria. Madri migranti e affetti lontani: le famiglie transnazionali in Trentino*, cit., p. 83.

perde”]. M. piange e afferma che questo lavoro non può che rovinare i rapporti familiari, li sgretola³⁰.

7. Conclusioni. Qualche idea su una gestione migliore dell’assistenza familiare

Concludendo, una prima osservazione generale riguarda la necessità di superare il divario tra la criminalizzazione ufficiale delle assistenti familiari in quanto immigrate irregolari e la tolleranza di fatto verso la loro presenza, largamente utilizzata sotto banco e regolarizzata solo dopo anni di ansie, lavoro nero e impossibilità di tornare a casa a rivedere i propri casi. Allargamento dell’Unione verso Est e ricorso a donne di età matura attenuano alcuni degli aspetti più critici del funzionamento del welfare informale, ma questo rimane un’isola di trattamenti pre-moderni in contesti di benessere avanzato.

Soluzioni come il ricorso trasparente ad agenzie di intermediazione tra domanda e offerta di lavoro anche verso l’estero, oppure la possibilità di convertire il permesso di soggiorno da turistico a lavorativo, entro quote predeterminate e limitatamente al lavoro di cura in ambito familiare, potrebbero ridurre il mercato sommerso. Politiche più incisive di fiscalizzazione degli oneri di assunzione e di canalizzazione sull’assistenza regolare delle indennità per la non autosufficienza, incentiverebbero l’accensione di rapporti di lavoro regolare.

Dopo la regolarità del soggiorno e dell’assunzione, si pone il problema del riconoscimento professionale. La gestione privatizzata dei rapporti di lavoro e la separatezza dai sistemi formali di welfare accresce la svalutazione sociale di un lavoro che viene di fatto considerato come un semplice acquisto di tradizionali prestazioni femminili, ma mette anche a rischio la qualità del servizio. Occorrono quindi misure di supervisione e accompagnamento dell’assistenza domiciliare, come primo passo per riconoscerne il valore e promuoverne la qualificazione. Le assistenti familiari dovrebbero essere viste come collaboratrici a pieno titolo dei servizi sociali e sanitari: un presidio diffuso del sistema

³⁰ P. BOCCAGNI, M. AMBROSINI, *Cercando il benessere nelle migrazioni. L’esperienza delle assistenti familiari straniere in Trentino*, Milano, 2012.

di welfare locale, in grado di segnalare problemi e di ricevere indicazioni, di concerto con le *care manager*³¹. In tal modo, le lavoratrici e le famiglie per cui lavorano troverebbero dei punti di riferimento a cui rivolgersi di fronte ai molti e delicati problemi delle cure a domicilio di persone anziane e fragili.

L'auspicabile integrazione tra welfare informale e welfare formale potrebbe poi comportare la partecipazione a moduli formativi, nonché la certificazione professionale dell'attività svolta. Questi passaggi potrebbero consentire alle assistenti familiari che lo desiderano di qualificarsi per posizioni di supervisione dell'assistenza domiciliare, oppure di operatrici di base nel sistema sanitario e nelle residenze per anziani: il lavoro a cui molte aspirano, frequentando a proprie spese appositi corsi.

Un terzo sviluppo auspicabile riguarda il superamento della privatizzazione delle cure domiciliari, e in modo particolare la sovrapposizione tra il ruolo di beneficiario (la persona che riceve il servizio) e quello di datore di lavoro che assume la lavoratrice e deve poi gestire un rapporto di lavoro. Si potrebbe prevedere l'inserimento di un soggetto terzo come agente contrattuale, a cui spetterebbero i compiti di reperimento del personale, di formazione, di monitoraggio del servizio, di sostituzione dell'assistente familiare in caso di necessità, di mediazione dei conflitti. In altri termini: la lavoratrice non verrebbe assunta dall'anziano che assiste, ma da un'istituzione pubblica, da un'organizzazione del terzo settore o anche da un'impresa *for profit*, che poi le assegnerebbe il compito di accudire uno o più anziani, con orari, prestazioni e diritti codificati. I maggiori costi dovrebbero essere assorbiti dal welfare pubblico, che però potrebbe contare su una maggiore trasparenza dei flussi economici e sulla regolarità dei versamenti contributivi. Altri risparmi deriverebbero da una modulazione dell'assistenza in funzione delle effettive necessità dell'anziano: non tutti hanno bisogno di accudimento continuativo, notte e giorno. L'attuale sistema delle assistenti familiari in coabitazione, malgrado la sua apparente flessibilità, di fatto propone una risposta standardizzata e totalizzante a domande che non necessariamente richiedono un'applicazione così intensiva di manodo-

³¹ IB.

pera, in un rapporto 1:1 sulle 24 ore, o al massimo 1:2, quando si tratta di una coppia di anziani.

Se una riforma del genere può apparire troppo ambiziosa, si possono comunque prevedere interventi più leggeri di incentivazione alla condivisione del servizio delle assistenti familiari, almeno nei casi in cui le condizioni di salute degli anziani lo consentono. Anziché rispondere alla domanda di relazione e di ascolto in termini individualistici (ogni persona anziana con la sua assistente), in un contesto di isolamento sociale, come oggi solitamente avviene, si potrebbero affidare due o tre anziani contemporaneamente alla medesima lavoratrice, nell'ambito del caseggiato o dell'immediato vicinato. Consumazione dei pasti, uscite, momenti di socialità potrebbero essere gestiti in comune ruotando nelle rispettive abitazioni o appoggiandosi a centri di aggregazione. Ai benefici per i partecipanti si sommerebbero quelli della lavoratrice, che si distanzierebbe dalla figura della collaboratrice domestica e assumerebbe un ruolo più prossimo a quello di un'operatrice sociale di base. La sorveglianza notturna potrebbe trovare una risposta nella tecnologia del telesoccorso, appoggiandosi possibilmente anche su figure di "custodi sociali" o di altri servizi a bassa soglia sul territorio.

Un altro profilo della questione riguarda il protagonismo e l'organizzazione in forme collettive delle assistenti familiari, insieme ad altre lavoratrici domestiche, così come avviene in alcune esperienze all'estero³². Molti immigrati in Italia sono già in contatto con i sindacati (più di un milione di iscritti), incluse le assistenti familiari, ma soprattutto nella forma di beneficiari di servizi sindacali: pratiche di regolarizzazione, rinnovo dei permessi di soggiorno, ricongiungimenti, al più vertenze individuali nei confronti dei datori di lavoro³³. È necessario immaginare come le assistenti familiari immigrate possano diventare agenti attive del loro pieno riconoscimento come lavoratrici, cittadine, genitori.

L'arrivo dall'estero di madri con figli anche piccoli al servizio del welfare informale richiama infine l'attenzione sulla dimensione transnazionale del lavoro di cura (Piperno e Tognetti, 2012): una grande

³² B. ANDERSON, *Mobilizing Migrants, Making Citizens: Migrant Domestic Workers as Political Agents*, in *Ethnic and Racial Studies*, 1, 2010, pp. 60-74.

³³ M. AMBROSINI, D. DE LUCA, S. POZZI, *Sindacati multietnici. I diversi volti di un cammino in divenire*, Bergamo, 2016.

questione di giustizia globale di cui manca una consapevolezza adeguata. Pur riconoscendo i limiti di interventi locali che non possono produrre trasformazioni sistemiche, si possono suggerire tre possibili direttrici di azione. La prima riguarda la socializzazione, il benessere e la facilitazione dei contatti delle assistenti familiari con le famiglie in patria. Stanno sorgendo qua e là in ambito associativo iniziative dedicate, in cui la formazione alle nuove tecnologie della comunicazione a distanza e la messa a disposizione degli strumenti necessari sono i servizi che per primi hanno cominciato a svilupparsi. Spazi e occasioni di aggregazione hanno cominciato a formarsi, ma andrebbero rafforzati, sia sul piano tecnologico, sia sul piano dei servizi offerti: per es., consulenza psicopedagogica per la gestione dei rapporti a distanza con i figli.

La seconda direttrice riguarda il riconoscimento delle competenze acquisite e la loro applicazione professionale in patria, per coloro che dopo un'esperienza di migrazione decidono di rientrare. Le crescenti esigenze di cura degli anziani sono il legame più evidente tra il contesto di origine, quello di destinazione e l'esperienza acquisita dalle lavoratrici. Il primo problema è però quello di rendere solvibile la domanda assistenziale dei paesi di provenienza. Qui appare necessaria una cooperazione internazionale che riconosca la necessità di restituire almeno in parte ciò che viene tolto alle società di origine.

La terza area di possibile impegno riguarda il delicato tema dello sviluppo di servizi socio-educativi destinati ai minori e alle famiglie in patria. Il sostegno della cooperazione internazionale potrebbe favorire in loco la formazione di un'imprenditoria sociale, che darebbe lavoro a educatori, insegnanti, psicologi, operatori sociali. Si pone qui chiaramente un problema di finanziamento di queste iniziative, che le esauste finanze pubbliche dei paesi riceventi non sarebbero disposte a recepire. Forse l'idea di una piccola tassa di scopo, chiaramente finalizzata, gestita in modo trasparente, in collaborazione con il terzo settore, e adeguatamente rendicontata, potrebbe fare breccia. Si tratterebbe di istituzionalizzare la sensibilità per le condizioni sociali e familiari delle lavoratrici manifestata da molti datori di lavoro: un simbolo e un primo passo del riconoscimento del fatto che stiamo prelevando risorse affettive da paesi con equilibri sociali più fragili del nostro. Bisogna cominciare a pensare che qualche forma di restituzione è necessaria.

PARTE TERZA

LA REGOLAZIONE DELL'IMMIGRAZIONE

LE FONTI NEL DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE

Francesca Biondi Dal Monte

SOMMARIO: 1. *Premessa. Pluralità di fonti in tema di immigrazione nell'ordinamento complesso.* 2. *L'immigrazione e l'apertura dell'ordinamento italiano alle fonti sovranazionali e sub statali.* 2.1. *La condizione giuridica dello straniero nelle fonti internazionali.* 2.2. *L'immigrazione nelle fonti dell'Unione europea.* 2.3. *Le fonti di disciplina dell'immigrazione a livello statale.* 2.4. *La disciplina dell'immigrazione nelle fonti regionali e a livello locale.* 3. *Molteplicità di fonti e "frammentazione" della condizione giuridica dello straniero.* 4. *Rilievi conclusivi. La "ricomposizione" giurisprudenziale della condizione giuridica dello straniero.*

1. Premessa. Pluralità di fonti in tema di immigrazione nell'ordinamento complesso

Parlare di fonti nel diritto dell'immigrazione significa innanzitutto confrontarsi con molteplici livelli di governo – organizzazioni internazionali, Unione europea, Stato, Regioni, enti locali – che adottano specifiche normative in materia, ciascuno negli ambiti di propria competenza. Si tratta tuttavia di ambiti di competenza che sono in molte occasioni intrecciati, talvolta perché l'uno rappresenta il completamento dell'altro, talvolta perché l'uno influenza l'altro.

Si può dire che la disciplina dell'immigrazione e dell'asilo è comprensibile nella sua interezza solo muovendo dalla lettura sistematica delle fonti normative prodotte dai differenti attori che a vario titolo intervengono in materia.

Alcune fonti normative hanno una portata soggettiva e oggettiva onnicomprensiva (così ad esempio alcune convenzioni internazionali sui diritti umani), altre fonti normative intervengono invece in relazione alla condizione generale dello straniero ovvero a specifici *status* giuridici caratterizzanti tale condizione (così le direttive europee o alcune convenzioni internazionali sui lavoratori migranti) o determinati ambiti

territoriali (così la legislazione nazionale e regionale e le discipline adottate a livello locale).

E se da un lato ci sono i legislatori e gli amministratori, dall'altro ci sono i giudici. Molteplici sono infatti gli organi giurisdizionali competenti a intervenire in materia di immigrazione e asilo, i quali contribuiscono a definirne la disciplina, che si evolve anche in assenza (o in supplenza) di specifici interventi normativi in materia. Sono i giudici a trovarsi per primi di fronte a ogni nuova sollecitazione che emerge dalla società¹ offrendo risposte caso per caso alle istanze di tutela della popolazione migrante.

La materia “immigrazione” si colloca, dunque, all'interno di questo “ordinamento complesso”², nel senso etimologico del suo significato, come ordinamento intrecciato (*complexus*) nel quale convivono soggetti istituzionali tra loro distinti e interagenti³.

Nel presente contributo, dopo aver analizzato il quadro costituzionale di riferimento in tema di fonti nel diritto dell'immigrazione⁴, saranno poste in evidenza le principali discipline adottate in materia, dall'ordinamento internazionale al livello locale, mettendo in luce quali fonti sono state utilizzate e le possibili interazioni/influenze tra differenti

¹ Cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, 23, secondo il quale «il legislatore vede le cose da lontano, con il grado di risoluzione di chi sorvola una foresta; mentre i giudici distinguono i particolari, come un cacciatore che si muove dentro la foresta».

² Per tale definizione si veda F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003, 17. In dottrina si è fatto riferimento anche alla nozione di sistema multilivello, coniata in relazione all'ordinamento dell'Unione europea e al sistema di tutela dei diritti tra Stati membri e UE. Si veda a tal riguardo I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, n. 5, 511 ss.

³ Su tale aspetto si veda G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: On Complexity as a Constitutional Theory of the EU*, in *Yearbook of European Law*, 2012, n. 1, 206, che analizza la “complessità” della Costituzione europea.

⁴ A tal riguardo saranno considerate le fonti che incidono sulla regolamentazione dei flussi migratori verso l'Italia e la condizione giuridica dello straniero, intendendosi con tale espressione il cittadino proveniente da un Paese terzo all'Unione europea, tra cui si include anche il richiedente asilo e il titolare di protezione internazionale. Per un approfondimento sulla definizione di straniero, si rinvia a E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999, p. 156 ss.

livelli di governi. A tal proposito sarà analizzato l'impatto che un tale sistema di fonti ha sulla condizione giuridica dello straniero presente sul territorio nazionale e il ruolo correttivo svolto dalla giurisprudenza in relazione alle molteplici distinzioni interne alla categoria dei non cittadini introdotte in via legislativa.

2. *L'immigrazione e l'apertura dell'ordinamento italiano alle fonti sovranazionali e sub statali*

Qualsiasi analisi in tema di fonti del diritto dell'immigrazione nell'ordinamento italiano non può che muovere dal dato costituzionale e, in particolare, dall'art. 10 Cost., secondo il quale la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Si tratta, come noto, di una riserva di legge rinforzata, poiché il legislatore dovrà necessariamente attenersi a quanto disposto dalle norme internazionali generali e dai trattati internazionali⁵. Si è parlato al riguardo di una fonte atipica in senso stretto, in quanto seppur non diversa da qualsiasi altra legge, essa è costituzionalmente vincolata ad assumere un determinato contenuto normativo⁶.

Proprio alle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento internazionale si deve anche l'evoluzione che tale materia ha ricevuto nell'ordinamento interno, soprattutto nella sua prima fase di regolamentazione. A tal proposito si rammenta che il primo intervento normativo in materia di immigrazione fu adottato con la legge n. 943/1986, in attuazione di

⁵ In via generale, per un commento si veda A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, Bologna-Roma, 1975, 532 ss. Come noto si tratta di una riserva di legge relativa, che lascia spazio anche a fonti secondarie di disciplina della materia.

⁶ Sul punto cfr. A. COSSIRI, *Art. 10 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II. ed., Padova, 2008, 86, che richiama la tesi di Vezio Crisafulli e chiarisce la maggiore resistenza passiva di tale legge. Per un approfondimento, anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, cfr. A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, 2016, 31.

una convenzione internazionale: la convenzione OIL n. 143/1975, la quale fissò importanti coordinate sulla parità di trattamento tra lavoratori italiani e stranieri e riguardo all'accesso di questi ultimi ai servizi di welfare.

Come noto l'art. 10 Cost. prevede altresì che lo straniero al quale nel paese di origine sia impedito l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge⁷.

Anche in questo caso, l'adozione a livello internazionale della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, sul riconoscimento dello status di rifugiato, è stata determinante ai fini dell'approvazione, nell'ordinamento nazionale, della prima normativa in materia, grazie alla ratifica della convenzione medesima avvenuta con legge 24.07.1954, n. 277. Peraltro, solo a lunga distanza da tale adesione, veniva disciplinata la materia con il d.l. 416/1989, convertito con modificazioni nella l. 39/1990, successivamente modificato dalla l. 189/2002, che decentralizzava l'accertamento dello *status* di rifugiato tramite l'istituzione di apposite commissioni territoriali.

Al riguardo si ricorda che la mancata adozione di una disciplina in materia di "asilo costituzionale", unita all'approvazione di normative che in più occasioni si riferivano indistintamente alla categoria dei rifugiati e a quella dei richiedenti asilo, come fossero condizioni analoghe, ha portato la giurisprudenza ad una sostanziale declinazione della protezione di cui all'art. 10, comma 3, Cost. sulla base del quadro normativo relativo alla condizione di rifugiato, sebbene i due ambiti non coincidano sotto il profilo soggettivo⁸.

⁷ Per un approfondimento cfr., *ex multis*, G. D'ORAZIO, *Asilo (diritto di)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, 1 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007; P. BONETTI, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, 35 ss.

⁸ La disposizione di cui all'art. 10, comma 3, Cost. si riferisce genericamente al mancato godimento delle libertà democratiche garantite in Costituzione e non alla sussistenza di un timore di persecuzione, richiesta dalla normativa in tema di rifugio. Sul punto sia consentito rinviare a F. BIONDI DAL MONTE, *La disciplina del diritto d'asilo tra accoglienza ed emergenza. Il quadro nazionale*, in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELA-

Deve infine essere richiamato anche l'art. 10, comma 1, Cost., secondo il quale l'ordinamento italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, tra le quali, secondo la prevalente dottrina, rientrano le consuetudini internazionali e i principi generali di diritto comuni alle nazioni civili, come regole di condotta a formazione spontanea che hanno per destinatari tutti i membri della società internazionale⁹. In particolare, l'art. 10, comma 1, Cost., prescrivendo l'adeguamento automatico dell'ordinamento italiano alle consuetudini internazionali generali, opera come "trasformatore permanente" di quelle discipline consuetudinarie in corrispondenti normative interne¹⁰.

Anche tale previsione assume rilievo in materia di immigrazione. Ad essa si riferisce espressamente la Corte costituzionale nella sentenza 306/2008, ove si afferma che rientrano nell'art. 10, comma 1, Cost. le norme che

nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato.

La Corte costituzionale ha lasciato del tutto implicito il percorso interpretativo seguito per l'accertamento di tale norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta¹¹. Tale posizione trova comunque un precedente nel parere 18/03 della Corte interamericana dei diritti del-

CANI (a cura di), *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza immigrazione"*, Napoli, 2016, 75 ss.

⁹ In generale sul punto, cfr. A. CASSESE, *Commento all'art. 10 Cost.*, cit., 485 ss.

¹⁰ Secondo la nota definizione di T. PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, in ID., *Scritti Giuridici*, Milano, 1958, 433. Secondo la prevalente dottrina, una legge ordinaria contraria al diritto internazionale consuetudinario viola indirettamente l'art. 10, comma 1, Cost., dovendo pertanto essere dichiarata costituzionalmente illegittima. Sul punto B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII edizione, Napoli, 2006, 287.

¹¹ Al riguardo, può essere utile richiamare la rilevanza che il principio di non discriminazione ha assunto nell'immediato dopoguerra, anche a prescindere dalla sua affermazione nelle fonti pattizie, come rileva F. SALERNO, *Discriminazione razziale*, in E. VITTA, V. GREMENTIERI, *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, 263.

l'Uomo, ove si afferma che il principio di uguaglianza dinanzi alla legge e di non discriminazione attiene allo *jus cogens*, posto che su di esso si fonda tutto l'ordinamento giuridico e l'ordine pubblico nazionale e internazionale. Ne consegue che non può ritenersi legittimo alcun atto giuridico o trattamento che entri in conflitto con tale principio fondamentale per motivi di genere, razza, colore, lingua, religione o convinzioni, opinioni politiche, origine nazionale, etnica o sociale, cittadinanza, età, situazione economica, patrimonio, stato civile, nascita o qualsiasi altra condizione¹².

Il principio di non discriminazione, assumendo in tale contesto una valenza più generale, è inoltre idoneo a colmare le lacune del sistema di tutela garantito dalle stesse convenzioni, le quali talvolta si limitano ad enunciare soltanto alcune delle possibili ragioni di discriminazione, spesso non includendovi quelle basate sulla condizione di cittadinanza.

Per quanto concerne, invece, l'Unione europea, molteplici sono le fonti che hanno regolato la materia, principalmente attraverso direttive, ma anche con regolamenti e decisioni, i quali sono andati a limitare l'ambito di discrezionalità degli Stati membri. Il fondamento costituzionale della partecipazione italiana all'ordinamento dell'Unione europea è, come noto, l'art. 11 Cost.¹³, a cui va ad aggiungersi, dopo la riforma costituzionale del 2001, l'art. 117, comma 1, della Costituzione, secondo il quale la potestà legislativa è esercitata «nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»¹⁴. Secondo quanto chiarito dalla Corte costituzionale, tale previsione costituisce, infatti, un parametro interposto di costituzionalità alla luce del quale verificare la conformità a Costituzione delle fonti sovranazionali¹⁵.

¹² Per il testo del parere cfr. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Sugli effetti che discendono da tale qualificazione si veda §§ 102 e ss. del parere.

¹³ Sul punto cfr. A. COSSIRI, *Art. 11 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *op. cit.*, 92.

¹⁴ Sul punto P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, p. 38.

¹⁵ Per un approfondimento sul punto, con particolare riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cfr. E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2015, 109.

Tale parametro è stato invocato anche in tema di immigrazione, talvolta in via esclusiva e in altri casi assieme ad altri parametri, sollecitando la Corte costituzionale italiana ad un confronto con le fonti internazionale e, in particolare, con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu). Si richiamano al riguardo le sentenze nn. 187/2010 e 329/2011 nella quali la Corte italiana si è dilungata in un'approfondita analisi della giurisprudenza della Corte Edu, per arrivare alla declaratoria di illegittimità delle disposizioni nazionali impugnate. Peraltro, attraverso la norma interposta di cui all'art. 117 anche altre convenzioni internazionali possono costituire parametro di legittimità costituzionale, come la Convenzione OIL n. 143 del 1975 e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, alla quale la stessa Corte ha fatto riferimento proprio in una decisione in materia di immigrazione¹⁶.

L'art. 117 Cost. rileva inoltre sotto il profilo del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di asilo e immigrazione. In particolare, sebbene rientrino nella competenza statale esclusiva le materie "diritto di asilo e condizione giuridica dello straniero" e "immigrazione" (art. 117, comma 2, lett. a e b), le Regioni sono comunque competenti ad adottare proprie legislazioni in materia qualora vengano in gioco ambiti che intersecano materia di propria competenza concorrente o residuale. A tal proposito, la Corte costituzionale ha precisato che l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale (c.d. politiche di immigrazione), di competenza statale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione (c.d. politiche per l'immigrazione), materie che intersecano competenze dello Stato con altre regionali, in forma concorrente o residuale¹⁷.

Sotto il profilo delle fonti nel diritto dell'immigrazione coesistono dunque fonti legislative statali e regionali. Ad esse vanno ad aggiunger-

¹⁶ Cfr. Corte cost., ord. 285/2009.

¹⁷ Sul punto si vedano, in particolare, Corte cost., sent. nn. 300/2005, 156/2006, 50/2008. In dottrina, *ex multis*, cfr. A. RUGGERI, C. SALAZAR, «Ombre e nebbia» nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Valencia, 2005, 309 ss.

si anche fonti secondarie, adottate ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost. da parte dello Stato nell'ambito delle materie di competenza esclusiva, salva delega alle Regioni, ovvero da parte delle Regioni stesse in ogni altra materia.

2.1. La condizione giuridica dello straniero nelle fonti internazionali

Molte sono le fonti internazionali in conformità delle quali è (*rectius* dovrebbe essere) disciplinata la condizione giuridica dello straniero nel territorio nazionale: alcune investono la tematica generale dei diritti umani e altre disciplinano specificamente la condizione giuridica del migrante.

Le prime sono convenzioni, dichiarazioni o principi generali che non disciplinano specificamente la condizione dei migranti, ma che ciononostante, per la loro pertinenza alla persona in quanto tale, sono ovviamente idonee a condizionare la legislazione statale di riferimento (si pensi, ad esempio, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006).

Le seconde nascono, invece, per regolamentare appositamente la condizione dei migranti disciplinandone, talvolta, anche soltanto alcuni aspetti o *status*, come ad esempio quello di lavoratore (si vedano al riguardo le convenzioni adottate nell'ambito dell'organizzazione internazionale del lavoro)¹⁸ o quello di rifugiato (in relazione al quale viene in rilievo la già citata convenzione di Ginevra del 1951).

A tal proposito la dottrina ha in più occasioni rilevato una certa integrazione fra diritto degli stranieri e tutela dei diritti umani, tale da far confluire lentamente il trattamento dello straniero in quello, più genera-

¹⁸ Si veda ad esempio la Convenzione OIL n. 97 del 1949 sulla migrazione per motivi di lavoro e la Convenzione OIL n. 143 del 1975, riguardante le migrazioni in condizioni abusive e la promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti.

le, della persona umana¹⁹. Le disposizioni a tutela dei diritti umani si caratterizzano infatti per la loro forza di istituire vincoli solidali tra le parti contraenti. Esse sono state definite «norme a raggiera»²⁰, nel senso che il trattamento dello straniero non è più una questione destinata a esaurirsi nel rapporto tra lo Stato territoriale e quello di appartenenza, né la tutela dell'individuo è rimessa semplicemente alle valutazioni che caratterizzano la protezione diplomatica, ma sono oggetto di apprezzamento da parte di tutti gli altri Stati contraenti. Si tratta, infatti, di norme strettamente legate alla tutela della dignità umana, quale attributo ineliminabile della *persona*, ovunque essa si trovi.

Come noto, differenti sono i meccanismi di controllo previsti dalle convenzioni a tutela della loro osservanza, i quali talvolta consistono nell'obbligo di invio di rapporti periodici da parte degli Stati contraenti sullo stato di attuazione delle convenzioni stesse, in altre occasioni prevedono la possibilità di attivare meccanismi più penetranti in caso di inadempienza dello Stato parte.

Tra questi ultimi, una posizione di primo piano deve riconoscersi, come noto, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), che impegna tra l'altro gli Stati aderenti a riconoscere la giurisdizione della Corte europea dei diritti umani, cui possono rivolgersi anche le persone singole a tutela dei diritti e delle libertà sancite dalla Convenzione, grazie alla previsione della possibilità di ricorso individuale diretto.

La giurisprudenza della Corte Edu in tema di immigrazione è stata rilevante in molteplici settori: dal divieto di trattamenti inumani e degradanti al divieto di espulsione collettiva, dalla tutela dell'unità familiare al diritto alle prestazioni sociali. I diritti e le libertà garantite dalla Cedu si applicano, infatti, a tutte le persone, sia cittadini che stranieri, residenti in uno Stato aderente alla convenzione o che comunque ricadono sotto la giurisdizione di detto Stato. A tal riguardo si ricordano alcune em-

¹⁹ Sul punto R. PISILLO MAZZESCHI, *Sui rapporti fra i diritti umani ed i diritti degli stranieri e dei migranti nell'ordinamento internazionale*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTURINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati*, Napoli, 2010, 7 ss.

²⁰ Cfr. A.M. CALAMIA, *Le norme "non statali" e lo straniero*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI, *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, 15.

blematiche sentenze di condanna dello Stato italiano in tema di respingimenti in alto mare ed espulsioni collettive (*Hirsi e altri c. Italia*, sent. 23.02.2012; *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, sent. 21.10.2014), in tema di discriminazione nel riconoscimento dell'assegno previsto per le famiglie numerose (*Dhahbi c. Italia*, sent. 08.04.2014), in tema di libertà personale dei migranti e di trattenimento in centri di soccorso e prima accoglienza e in centri di identificazione ed espulsione (*Khlaifia e altri c. Italia*, sent. 01.09.2015, e sent. 15.12.2016 della Grande Camera; *Richmond Yaw e altri c. Italia*, sent. 06.10.2016).

Da ultimo si ricorda anche la Convenzione sui diritti del fanciullo e il suo terzo protocollo opzionale²¹, il quale prevede un meccanismo di reclamo, a titolo individuale o di gruppo, a disposizione dei minori per denunciare al Comitato per i diritti del fanciullo violazioni dei diritti loro riconosciuti dalla Convenzione e dai protocolli addizionali.

2.2. *L'immigrazione nelle fonti dell'Unione europea*

Come sopra anticipato, la condizione giuridica dello straniero risulta disciplinata anche da una serie di fonti dell'Unione europea, talvolta direttamente incidenti in materia di immigrazione; in altri casi dalla portata più generale, ma comunque suscettibili di trovare applicazione anche nella materia *de qua*.

Sotto il primo profilo, anche al fine di comprendere la lenta evoluzione che la materia ha ricevuto a livello UE, occorre preliminarmente evidenziare come la disciplina dell'immigrazione sia un settore nel quale gli Stati europei hanno sempre cercato di conservare la più ampia sovranità, sia nella determinazione delle condizioni di ingresso degli stranieri sia in relazione al loro trattamento giuridico²². Soltanto negli ultimi anni si è assistito a un progressivo ampliamento dell'azione del-

²¹ Si veda la l. 199/2015, di ratifica ed esecuzione del terzo protocollo opzionale alla Convenzione.

²² Cfr. A. FACCHI, *Sovranità e immigrazione nell'Europa contemporanea*, in M. BAUSCIU (a cura di), *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Milano, 1996, 219 ss.

l'Unione europea in tale settore, le cui competenze sono oggi definite nel trattato di Lisbona (si vedano al riguardo gli artt. 78 e 79 TFUE)²³.

Nonostante le iniziali resistenze degli Stati membri, l'ambito di intervento dell'UE è andato ampliandosi e l'Unione è intervenuta a disciplinare le condizioni di ingresso e soggiorno di alcune categorie di cittadini di Paesi terzi nel territorio degli Stati membri. Nel fare ciò, essa ha delineato anche i tratti salienti della loro condizione giuridica, mediante specifiche clausole di parità di trattamento rispetto ai cittadini europei, che hanno contribuito a definire anche il godimento dei diritti civili e sociali nello Stato membro ospitante. Esempi di tali previsioni si trovano nella direttiva 2003/109/CE, relativa ai cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, nella direttiva 2005/71/CE, relativa a una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di Paesi terzi a fini di ricerca scientifica, nella direttiva 2009/50/CE, sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, e nella direttiva 2011/98/UE, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro²⁴. Tali previsioni sollecitano un progressivo avvicinamento della condizione dei cittadini di Paesi terzi rispetto ai cittadini europei, anche alla luce di alcune significative pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, tra cui si ricorda la sentenza 24 aprile 2012, causa C-571/10 (*Kamberaj*), in tema di parità di trattamento degli stranieri soggiornanti di lungo periodo in relazione all'accesso a misure di sostegno all'abitazione.

²³ Per un approfondimento, cfr. C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2010, n. 2, p. 13 ss., e P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *op. cit.*, 150.

²⁴ Per un'analisi della disciplina, cfr. K. HAILBRONNER, D. THYM (a cura di), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Oxford, 2016.

Specifiche normative dell'UE hanno poi disciplinato particolari *status*, tra cui quelli di lavoratore²⁵, familiare di cittadino europeo²⁶, richiedente/titolare di protezione internazionale²⁷ e lavoratore migrante proveniente da un Paese terzo con il quale l'Unione ha concluso un accordo di associazione²⁸, contribuendo anch'esse a delineare un complesso di diritti che gli Stati membri sono tenuti a riconoscere e garantire.

Come abbiamo evidenziato in apertura del paragrafo, accanto a tali discipline specificamente dedicate all'immigrazione, si colloca poi una seconda tipologia di fonti dell'UE, contenenti principi generali applicabili, oltre che ai cittadini europei, anche ai cittadini di Paesi terzi. Si tratta in particolare della normativa in materia di non discriminazione adottata con la direttiva 2000/43/CE, che stabilisce il divieto di disparità di trattamento per motivi razziali o etnici, e la direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

In quest'ambito rientrano anche le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale ha assunto, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, lo stesso valore giuridico dei trattati. La Carta afferma espressamente che i cittadini dei Paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno

²⁵ Il Regolamento (CE) n. 859/2003 ha esteso ai lavoratori cittadini di Paesi terzi la disciplina comunitaria di cui al Regolamento (CE) n. 1408/1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

²⁶ Si veda al riguardo la direttiva 2004/38/CE. In tema di ricongiungimento familiare si veda invece la direttiva 2004/86/CE.

²⁷ Cfr. direttive 2003/9/CE, 2004/83/CE e 2005/85/CE, oggi abrogate e sostituite rispettivamente dalle direttive 2013/33/UE, 2011/95/UE, 2013/32/UE. Per un approfondimento dell'azione dell'UE anche alla luce delle tendenze emergenziali, cfr. G. PELACANI, *Accoglienza nell'emergenza: il quadro europeo. Il sistema comune d'asilo europeo alla prova dell'emergenza: un'araba fenice?*, in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI (a cura di), *op. cit.*, 45 ss.

²⁸ A tale proposito si vedano, ad esempio, l'Accordo di associazione Unione europea-Marocco; l'Accordo di associazione Unione europea-Tunisia; l'Accordo di associazione Unione europea-Algeria; la decisione del Consiglio di associazione 19 settembre 1980, 3/80, relativa all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale degli Stati membri delle Comunità europee ai lavoratori turchi e ai loro familiari.

diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione (art. 15, § 3). Si riconosce inoltre il diritto di ogni individuo, che risiede o si sposti legalmente all'interno dell'Unione, alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto dell'UE e alle legislazioni e prassi nazionali (art. 34, § 2). Particolarmente ampio anche è anche il riconoscimento del divieto di discriminazione (art. 21), distinto da quello di eguaglianza giuridica (art. 20), il quale contempla espressamente una serie di fattori ulteriori rispetto alle comuni previsioni quali: l'origine sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita²⁹.

2.3. Le fonti di disciplina dell'immigrazione a livello statale

Passando all'esame delle fonti nel diritto dell'immigrazione a livello statale, emergono almeno quattro profili di lettura attraverso i quali è possibile analizzare le discipline adottate: la logica emergenziale; le difficoltà interpretative derivanti dalla propensione a intervenire sulla materia con leggi dal contenuto non omogeneo; le modifiche adottate grazie alle sollecitazioni provenienti dall'Unione europea; la tendenza alla "amministrativizzazione" della disciplina.

Sotto il primo profilo, si può rilevare come si sia dovuto attendere la fine degli anni '90 per avere una regolamentazione completa delle condizioni di ingresso e soggiorno dei migranti sul territorio nazionale e dei diritti loro riconosciuti. La prima disciplina organica in materia di immigrazione è, infatti, la legge n. 40 del 1998, poi confluita nel testo unico adottato con il d.lgs. 286/1998 (T.U. Imm.). E nell'anno successivo è stato adottato il regolamento di attuazione, d.P.R. 394/1999. Le precedenti discipline, prevalentemente settoriali, erano state adottate sulla scia dell'emergenza originata nei primi anni '90 dagli sbarchi di cittadini stranieri provenienti dall'Albania e avevano trovato nel decreto legge (molto spesso reiterato) la loro fonte privilegiata.

²⁹ Per un approfondimento, cfr. F. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, 200 ss., e D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008, 252.

Oltre al frequente utilizzo di decreti legge, sempre nell'ottica della logica emergenziale, un altro strumento utilizzato è stato quello delle ordinanze di protezione civile, adottate ai sensi della legge 225/1992, a seguito della deliberazione di uno stato di emergenza sul territorio nazionale. In conseguenza di tale dichiarazione, per l'attuazione degli interventi di emergenza è prevista la possibilità di adottare ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, purché nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. È del 20 marzo 2002 il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con il quale è stato dichiarato lo stato di emergenza per fronteggiare l'eccezionale afflusso di cittadini stranieri sul territorio italiano³⁰, anche se già negli anni '90 tale strumento era stato utilizzato proprio per fronteggiare l'afflusso dei migranti provenienti dall'Albania. Le dichiarazioni di emergenza si sono susseguite senza soluzione di continuità almeno fino alla cosiddetta "Emergenza Nord Africa", dichiarata nel febbraio 2011 e prorogata fino al dicembre 2012. A seguito di tale ultima emergenza è stata adottata una serie di ordinanze in deroga alla legge, le quali a loro volta hanno dato origine ad una serie di ordinanze "figlie". Indubbie sono le difficoltà che, per una ricostruzione organica della disciplina, si presentano all'interprete di fronte all'elevato numero di provvedimenti adottati a breve distanza di tempo, dal contenuto spesso eterogeneo e modificativi/integrativi di atti precedentemente adottati.

Al fine di arginare questo fenomeno, che ha caratterizzato per oltre dieci anni la disciplina dell'immigrazione, il d.l. 59/2012, convertito dalla l. 100/2012, ha riformulato i casi in cui può essere dichiarato lo stato di emergenza, limitandone i presupposti e la durata temporale.

Sotto il secondo profilo, molteplici sono state le modifiche dirette o indirette che sono andate ad incidere in materia di immigrazione e che sono state adottate con discipline esterne al testo unico in materia di immigrazione. Le leggi finanziarie e i decreti legge mille proroghe riservano sempre una qualche attenzione alla materia, con buona pace per l'interprete, e, tra gli esempi più specifici, anche i decreti legge in tema

³⁰ Sulla gestione dell'immigrazione con mezzi "straordinari", cfr. F. GUELLA, *Eccezionalità dei flussi migratori e sussidiarietà nella c.d. "amministrazione dell'emergenza"*, in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI (a cura di), *op. cit.*, 187.

di “*pending review*” e in tema di enti locali introducono di frequente disposizioni che intervengono in materia.

Le previsioni in tema di spesa vanno spesso ad incidere sulle condizioni di riconoscimento di certe prestazioni agli stranieri e prevedono talvolta l'istituzione di fondi (o la loro contrazione) dedicati alla materia. La soppressione di alcuni organi, come il Comitato per i minori stranieri, è stata disposta nell'ambito della “*pending review*”³¹, mentre la previsione di forme di accoglienza straordinaria per i minori non accompagnati è stata disposta in sede di adozione di misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio³². In tutti i casi si tratta di normative eterogenee, quanto al contenuto, e non dedicate espressamente alla disciplina dell'immigrazione e dell'asilo. Peraltro tali modifiche sono state spesso inserite – nella veste di emendamenti – in sede di conversione dei suddetti decreti legge, con ulteriore contrazione dei tempi parlamentari di riflessione e discussione del relativo contenuto.

Sotto il terzo profilo, non si può non rilevare come la più recente normativa in tema di immigrazione sia stata sollecitata dagli obblighi discendenti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. A tal proposito si ricorda, come noto, che l'adeguamento dell'ordinamento nazionale agli obblighi UE vede l'approvazione di una legge europea – contenente previsioni legislative che innovano o modificano discipline interne contrastanti con i suddetti obblighi – e di una legge di delegazione europea – contenente l'elenco delle direttive da recepire attraverso decreti legislativi, il termine di esercizio della delega e i principi e criteri direttivi ai sensi dell'art. 76 Cost. Pertanto sia la legge europea sia la legge di delegazione europea costituiscono un necessario riferi-

³¹ Il Comitato era stato istituito dall'art. 33 del T.U. Imm. La soppressione è stata disposta ai sensi dell'art. 12, comma 20, del d.l. 95/2012, recante “Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario” convertito, con modificazioni, nella l. 135/2012.

³² Si fa riferimento all'art. 1-ter, comma 1, del d.l. 113/2016, recante misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio, convertito in l. 160/2016.

mento ai fini della disciplina dell'immigrazione e dell'asilo nell'ordinamento nazionale³³.

Molteplici sono state le direttive recepite dall'Italia in materia di immigrazione e asilo, perlomeno a partire dalla direttiva 2003/109/CE in tema di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo. Il recepimento delle direttive è avvenuto con decreti legislativi che, nella maggior parte dei casi, sono andati a modificare direttamente il testo unico in materia di immigrazione, notevolmente cambiato dalla prima versione del 1998, sia ad opera dei suddetti decreti legislativi, sia alla luce delle differenti logiche che hanno animato le successive scelte politiche (dalla legge 189/2002, cosiddetta Bossi-Fini, alla legge 94/2009, in tema di sicurezza)³⁴. Non sono comunque mancate criticità nell'attività di recepimento delle direttive UE, dovute talvolta ai ritardi con le quali certe previsioni sono state adottate (si pensi alla direttiva 2008/115/CE in tema di rimpatrio e alla legge 129/2011, che ha convertito in legge, il d.l. 89/2011, recante “Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi irregolari”) o al recepimento “minimo” che certe previsioni hanno ricevuto (ad esempio in relazione alla disciplina sul permesso unico, di cui alla direttiva 2011/98/UE)³⁵.

Anche la regolamentazione in tema di asilo è stata sostanzialmente declinata nell'ambito della disciplina della “protezione internazionale”, secondo i presupposti e le procedure previsti dall'Unione europea. Il recepimento delle direttive dell'UE in tema di qualifiche, procedure e accoglienza è stata infatti l'occasione per disciplinare sul territorio na-

³³ Si veda ad esempio la legge europea 2013 (6 agosto 2013, n. 97), che ha introdotto rilevanti novità in tema di accesso al pubblico impiego degli stranieri e attribuzione di assegni per i nuclei familiari numerosi. Si veda altresì la legge europea 2013-bis (l. n. 161 del 2014) che ha ridotto a 90 giorni il periodo massimo di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione.

³⁴ A tal proposito, cfr. E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNI (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 61 ss.

³⁵ Si fa in particolare riferimento alla parte relativa ai diritti connessi all'acquisizione del permesso unico, come rileva A. GUARISO, *Direttiva 2011/98 e d.lgs. 40/14 di recepimento*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2015, n. 1, 23.

zionale, con appositi decreti legislativi, le modalità di riconoscimento della protezione con riferimento alla condizione di rifugiato e di titolare di protezione sussidiaria. Manca ancora una normativa organica in tema di asilo, sebbene sia stata attribuita al Governo (dalla legge di delegazione europea per il secondo semestre 2013, l. n. 154/2014) una delega per la redazione di un testo unico delle disposizioni di attuazione della normativa dell'Unione europea in materia di diritto di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea.

Infine, sotto un quarto profilo, si deve rilevare una certa tendenza alla “amministrativizzazione” della disciplina. A tal riguardo, oltre alle numerose circolari ministeriali che vanno ad orientare l'attività degli uffici amministrativi/organi competenti in materia di immigrazione – Prefetture, Questure, Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, ecc. – molteplici sono le zone grigie nelle quali, in assenza di una regolamentazione per via legislativa, si espande la discrezionalità amministrativa. Tra i casi più problematici si richiama la mancata regolamentazione delle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri di primo soccorso e assistenza (CPSA), in violazione della riserva di legge di cui all'art. 10 Cost. e delle garanzie previste in tema di libertà personale dall'art. 13 Cost. Sul punto risultano significative le conclusioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, nel caso *Khlaifia c Italia*, 15.12.2016, che proprio in relazione al trattenimento presso tali centri ha riscontrato una violazione dell'art. 5 Cedu per una serie di profili: la privazione della libertà personale non trova nell'ordinamento nazionale un fondamento legislativo (art. 5, §1), i ricorrenti non erano stati informati dei motivi per cui era stato disposto il trattenimento (art. 5, §2) e non è previsto alcun rimedio giurisdizionale che possa in termini ragionevoli verificare la legittimità di tale trattenimento (art. 5, §4)³⁶. Peraltro analoghe considerazioni posso-

³⁶ Il caso era stato già affrontato dalla seconda sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza 01.09.2015. Sul punto si veda il commento di M. SAVINO, *L'“amministrativizzazione” della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4/2015, 50 e ss., il quale tra i vari aspetti sottolinea come l'adozione del d.lgs. 142/2015, che interviene anche in tema di CPSA, sia stata un'occasione persa per regolamentare la materia. In via genera-

no muoversi nei confronti dei cosiddetti *hotspots*, menzionati come luoghi di prima accoglienza nella *Roadmap italiana* del 28 settembre 2015, senza che essi trovino alcun riferimento legislativo.

A tale ultimo proposito e in via generale, per quanto riguarda le fonti statali di disciplina della materia, la riserva di legge in materia di condizione giuridica dello straniero, di cui all'art. 10 Cost., è stata in più occasioni “messa a rischio” dalla reticenza che il legislatore nazionale ha avuto nel disciplinare compiutamente alcuni aspetti della materia.

A tal proposito si possono richiamare due casi emblematici.

Il primo riguarda le modalità di trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione (Cie) – ad esempio connesse alla disciplina dei colloqui con i familiari o all'assistenza sanitaria – che risultano consegnate ad alcune scarse previsioni del regolamento di attuazione al TU imm. e, perlomeno fino al 2014, ai provvedimenti adottati dalle singole Prefetture e dai singoli Cie³⁷. Con decreto del Ministro dell'Interno del 20 ottobre 2014 è stato poi adottato il regolamento recante i criteri per l'organizzazione e la gestione dei Cie, che include anche una carta dei diritti e dei doveri degli stranieri in tali centri. Tale ultimo decreto, sebbene finalizzato alla necessità di uniformare le condizioni di trattenimento a livello nazionale, non è una fonte legislativa e non può dunque – come è evidente – soddisfare le garanzie in tema di riserva di legge previste dagli articoli 10 e 13 Cost.

Il secondo caso concerne la disciplina relativa all'accordo di integrazione, introdotto nel 2009 all'art. 4-bis del T.U. Imm. Si tratta di un documento che lo straniero ha l'obbligo di sottoscrivere al momento del suo ingresso sul territorio nazionale quale condizione essenziale per il rilascio del permesso di soggiorno, con il quale assume l'impegno a conseguire specifici obiettivi di integrazione, misurabili in “crediti”, nel periodo di validità del permesso di soggiorno. Alla perdita integrale dei

le sul tema, si rinvia a M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

³⁷ Per un approfondimento sulle criticità derivanti dalla mancata disciplina legislativa delle condizioni di trattenimento, con particolare riferimento al rispetto della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost., cfr. A. DI MARTINO, *La disciplina dei CIE è incostituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11.05.2012.

crediti consegue la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato. Al riguardo, la previsione legislativa rinvia ad un regolamento la disciplina dei criteri e delle modalità per la sottoscrizione dell'accordo. Il d.P.R. 179/2011, conseguentemente adottato, ha definito i casi di attribuzione e decurtazione dei «crediti di integrazione» e i casi di inadempimento dell'accordo, andando a colmare i pochi riferimenti contenuti nel citato art. 4-bis. Tale fonte secondaria sembra dunque incidere in modo rilevante sulla condizione giuridica dello straniero, in violazione della riserva di legge di cui all'art. 10 Cost. Tale criticità era emersa già in fase di approvazione dell'art. 4-bis, allorquando il servizio studi della Camera dei deputati aveva evidenziato l'opportunità di verificare la congruità del rinvio ad un regolamento per la definizione dell'intera disciplina dei criteri e delle modalità per la sottoscrizione dell'accordo di integrazione³⁸.

2.4. La disciplina dell'immigrazione nelle fonti regionali e a livello locale

Fonti legislative in tema di immigrazione sono adottate anche a livello regionale. Oltre ad alcune previsioni in tema di diritti dei migranti direttamente contenute negli statuti regionali³⁹, molte Regioni sono intervenute in materia di immigrazione adottando specifiche leggi⁴⁰.

A tal proposito si può evidenziare come alcune Regioni avessero adottato proprie leggi in materia di accoglienza e integrazione dei cittadini stranieri già dalla fine degli anni '80, mostrando una particolare sensibilità verso un fenomeno che di lì a poco avrebbe caratterizzato in via strutturale l'Italia. Molte Regioni sono poi intervenute in materia dopo la riforma costituzionale del 2001. Tali interventi si sono caratterizzati per una particolare apertura verso i diritti degli stranieri, mar-

³⁸ Al riguardo si veda la nota del Servizio Studi - Osservatorio legislativo e parlamentare n. 45 del 29.04.2009 in riferimento al progetto C-2180, poi divenuto legge 94/2009.

³⁹ Tali previsioni rientrano nel contenuto eventuale degli statuti regionali, approvati ai sensi dell'art. 123 Cost. (sul punto Corte cost., sentenze 372, 378 e 379/2004).

⁴⁰ Per un quadro, cfr. M. VRENNA, *Le regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *op. cit.*, 397 ss.

cando in alcuni casi una certa distanza dalla legislazione nazionale, anche grazie alla previsione di un ricco apparato di dichiarazioni di principio in materia di coesione sociale e multiculturalismo⁴¹.

Viene dunque da chiedersi quale efficacia giuridica possa oggi riconoscersi al T.U. Imm., che contiene tuttora previsioni in tema di salute, formazione professione, accesso all'abitazione, prestazioni sociali e così via, incidenti in materia di competenza regionale. In dottrina⁴² è stata prospettata una lettura del T.u. imm. alla luce della competenza statale relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. *m*), introdotta con la riforma del titolo V della Costituzione. In altri termini, tale disciplina vincolerebbe le Regioni nel caso in cui quest'ultime volessero introdurre discipline derogatorie peggiorative della condizione giuridica dello straniero presente sul proprio territorio. Più in generale, altri hanno evidenziato⁴³ come gli interventi individuati nel T.u. imm., di cui gli enti territoriali devono farsi carico, «possono ritenersi un *minus* obbligatorio» rispetto a tutti quegli interventi in favore degli immigrati che ciascun ente territoriale riterrà opportuno promuovere, in relazione alle esigenze della propria realtà locale.

Nella gestione del fenomeno migratorio assumono un ruolo centrale anche gli enti locali, cui la legislazione statale e regionale riconoscono un ampio margine di intervento nei servizi per l'immigrazione.

A tal proposito si ricorda che il d.lgs. 267/2000, all'art. 13, affida al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, e il d.lgs. 112/1998, già prima della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà verticale, di cui al-

⁴¹ Sulla tendenza della Regioni a intervenire in materia di immigrazione con norme "manifesto", che non mancano tuttavia di produrre rilevanti effetti sociali, cfr. G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del «pacchetto sicurezza». Osservazioni a margine delle sent. nn. 269 e 299 del 2010*, in *Giur. cost.*, 2010, n. 5, 3901.

⁴² Sul punto si veda D. STRAZZARI, *Riparto di competenze tra Stato e Regioni: alla ricerca del confine perduto?*, in *Le Regioni*, 2006, 1036 ss.

⁴³ Cfr. C. CORSI, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNÀ (a cura di), *op. cit.*, 250.

l'art. 118, comma 1, Cost., aveva provveduto al trasferimento delle funzioni amministrative relative ai servizi sociali⁴⁴. La legge 328/2000, articolando la programmazione e l'organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali su più livelli di governo (enti locali, Regioni e Stato), ha affidato gli interventi di welfare a favore degli immigrati alla competenza locale. Il comune gestisce inoltre i servizi di stato civile e di anagrafe, le cui funzioni sono esercitate dal sindaco quale ufficiale del Governo⁴⁵.

In relazione alla disciplina dell'organizzazione e delle funzioni loro attribuite gli enti locali hanno inoltre potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost.

Se questo è il quadro di riferimento, devono essere messe in luce alcune tendenze adottate a livello regionale e locale e volte a parametrare in termini preferenziali le politiche sociali sulle esigenze dei soli cittadini o delle collettività che essi rappresentano, ad esempio richiedendo una residenza prolungata sul territorio regionale o locale per l'accesso a prestazioni di natura sociale⁴⁶. Tale criterio ha contribuito a delineare un sistema di tutela dei diritti a carattere fortemente locale, idoneo a pregiudicare maggiormente la condizione degli stranieri, i quali, con ogni probabilità, saranno residenti nel territorio considerato da un tempo inferiore rispetto ai cittadini⁴⁷.

Così, alcune leggi regionali hanno, ad esempio, subordinato l'accesso ai servizi sociali al possesso della cittadinanza europea o alla residenza prolungata sul territorio. In altri casi la residenza prolungata sul territorio, per un periodo variabile dai 2 agli 8 anni, è stata assunta come condizione di accesso ad assegni di sostegno allo studio, assegni

⁴⁴ Cfr. art. 128 d.lgs. 112/1998.

⁴⁵ Cfr. artt. 13 e 14 del d.lgs. 267/2000 e art. 19 del d.l. n. 95/2012 (conv. l. n. 135/2012).

⁴⁶ Sul punto M. GORLANI, *Accesso al welfare state e libertà di circolazione: quanto «pesa» la residenza regionale?*, in *Le Regioni*, 2006, 345 ss. e F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011, 204 ss.

⁴⁷ Per un'analisi di tale tendenza, cfr. P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *op. cit.*, 104 ss.

familiari, misure di sostegno alla povertà, accesso ad alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Analoga tendenza si è ravvisata nell'attività degli enti locali, i quali nell'ambito delle proprie funzioni non hanno mancato di introdurre previsioni volte a privilegiare i residenti di lungo periodo, ad esempio nei bandi di accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica. In questo caso si tratta di regolamenti degli enti locali, circolari o atti amministrativi con i quali si è inteso disciplinare a livello locale l'accesso a determinati diritti e prestazioni. Molteplici sono inoltre i casi in cui si è cercato di aggravare le procedure in materia di iscrizione anagrafica, richiedendo requisiti come il possesso del permesso CE, la disponibilità di un'abitazione o la dimostrazione di redditi sufficienti⁴⁸.

Precludendo o comunque aggravando le condizioni richieste per l'iscrizione anagrafica si è cercato di ostacolare anche l'accesso a servizi o prestazioni sociali che spetterebbero, paritariamente, ai cittadini e agli stranieri⁴⁹. Un'ampia schiera di diritti sociali dipende, infatti, dalla residenza anagrafica, la cui mancanza può precludere la concessione di sussidi, pensioni e altre misure di assistenza e sicurezza sociale, la partecipazione a bandi per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, il diritto alle prestazioni di assistenza sanitaria non urgenti, ecc.

Come è evidente dal quadro sopra delineato, sussiste una rilevante differenziazione a livello territoriale nel godimento di diritti e prestazioni da parte dello straniero, per cui il luogo di residenza diviene un elemento necessario alla luce del quale ricostruire la sua condizione giuridica, intesa come complesso di diritti e doveri di cui egli è titolare.

La Corte costituzionale ha avuto modo di intervenire in più occasioni sulla conformità a Costituzione delle leggi regionali che hanno introdotto tali criteri di preferenza, chiarendo l'illegittimità del requisito della cittadinanza (italiana o europea) e precisando i limiti entro i quali può essere ammesso il requisito della residenza prolungata sul territorio

⁴⁸ Al riguardo si veda l'ordinanza del Sindaco di Cittadella del 16 novembre 2007, n. 258. Per un commento critico, cfr. F. CORTESE, *Il "caso" Cittadella: ovvero, breve vademecum per leggere una controversa ordinanza*, in www.forumcostituzionale.it.

⁴⁹ Per un approfondimento sul tema delle cittadinanze locali, si veda E. GARGIULO, *Le politiche di residenza in Italia: inclusione ed esclusione nelle nuove cittadinanze locali*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *op. cit.*, 135 ss.

regionale. A tal proposito la Corte ha chiarito che, quando vengono in gioco bisogni primari dell'individuo, è manifestamente irragionevole, ed incongruo, negare l'erogazione della prestazione a chiunque abbia la (sola) residenza nella Regione, posto che non vi è alcuna correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni primari dell'essere umano, insediatosi nel territorio regionale, e la protrazione nel tempo di tale insediamento (sent. nn. 40/2011 e 187/2010). Anche le misure di sostegno allo studio si ispirano ad una ragione giustificatrice che non ha alcun rapporto con la durata della residenza (sent. n. 2/2013). Tuttavia, quando vengono in gioco misure che «eccedono il nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona umana», è possibile

favorire, entro i limiti della non manifesta irragionevolezza, i propri residenti, anche in rapporto al contributo che essi hanno apportato al progresso della comunità operandovi per un non indifferente lasso di tempo, purché tale profilo non sia destinato a soccombere, a fronte di provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona, piuttosto che al sostegno dei membri della comunità⁵⁰.

Rientrano in tale ambito, ad esempio, gli assegni di sostegno alla natalità, in caso di nascita e adozione, e una serie di prestazioni economiche destinate alle famiglie. Anche le politiche sociali regionali legate al soddisfacimento dei bisogni abitativi ben possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza, considerato che

l'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, [...] può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia⁵¹.

Un simile requisito, tuttavia, deve essere contenuto entro limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli. E a tal riguardo la Corte ha ritenuto che la previsione dell'obbligo di residenza da almeno otto anni nel

⁵⁰ Corte cost., sent. 222/2013.

⁵¹ *Ibidem*.

territorio regionale, quale presupposto necessario per la stessa ammissione al beneficio dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica, determinasse un'irragionevole discriminazione sia nei confronti dei cittadini dell'Unione, ai quali deve essere garantita la parità di trattamento rispetto ai cittadini degli Stati membri, sia nei confronti dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, i quali devono godere dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda l'accesso alla procedura per l'ottenimento di un alloggio (sent. n. 168/2014).

Per quanto riguarda, invece, gli atti adottati dagli enti locali che hanno introdotto differenze di trattamento tra cittadini e stranieri è apparsa decisiva la tutela prevista nell'ambito dell'azione civile contro la discriminazione: un rimedio giurisdizionale *ad hoc* per contrastare ogni comportamento che produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi⁵². Nell'ambito dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, tale azione ha costituito un utile strumento per rimuovere trattamenti discriminatori introdotti in materia di accesso all'abitazione, di accesso a misure economiche di assistenza sociale, nonché di accesso all'istruzione, consentendo il riconoscimento in via giurisprudenziale di una serie di diritti sociali.

3. Molteplicità di fonti e "frammentazione" della condizione giuridica dello straniero

Il quadro sopra delineato in tema di fonti nel diritto dell'immigrazione evidenzia come la comprensione della condizione giuridica dello straniero dipenda dalla continua interazione tra i diversi livelli di governo, indice di un "movimento" che gli stessi diritti seguono tra tendenze politico-legislative e forme di tutela giurisdizionale più o meno intensa. Si può notare come proprio grazie all'integrazione dei differenti livelli di governo i diritti dello straniero hanno ricevuto una tutela più

⁵² Sull'operatività del rimedio giurisdizionale si veda S. ROSSI, *Law in action: diritto antidiscriminatorio e politiche locali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, n. 12, 2542 ss., e P. ADAMI, *L'azione civile anti-discriminazione ex art. 44 T.U. immigrazione*, in *Giur. merito*, 2013, n. 3, 502.

ampia, alla luce degli obblighi sovranazionali e grazie alle reciproche influenze e interazioni giurisprudenziali.

Volendo tuttavia entrare nel merito delle discipline adottate dai differenti livelli di governo, non si può far a meno di rilevare come la legislazione abbia costruito un sistema differenziato di godimento dei singoli diritti (soprattutto quelli di natura sociale), in ragione della condizione di regolarità sul territorio e del titolo di soggiorno posseduto dallo straniero.

Ad esempio, alla luce della citata direttiva 2003/109/CE, recepita all'art. 9 del T.U. Imm., il titolare del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo gode di un complesso più ampio di diritti, tra cui alcune prestazioni di natura assistenziale e l'accesso all'edilizia residenziale pubblica, e può accedere a posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni nei limiti previsti dalla normativa vigente in materia. Una distinta condizione giuridica è riconosciuta anche ai richiedenti/beneficiari di protezione internazionale (alla luce della direttiva 2011/95/UE e nell'ordinamento interno del d.lgs. 251/2007), così come ai familiari dei cittadini dell'UE (anche se cittadini di Paesi terzi) e ai lavoratori altamente qualificati (rispettivamente direttive 2004/38/CE e 2009/50/UE e, nell'ordinamento interno, d.lgs. 30/2007 e art. 27-quater del T.U. Imm.). In particolare è proprio la condizione di lavoratore a imporre il godimento di un più ampio catalogo di diritti, sia alla luce del diritto interno che di quello UE e internazionale. Sul punto si può richiamare l'art. 2 del T.U. Imm., il quale prevede che la Repubblica Italiana, in attuazione della convenzione OIL n. 143/1975, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.

Per quanto riguarda lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, ai sensi dello stesso art. 2 T.U. Imm., sono riconosciuti i diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il T.U. Imm. dispongano diversamente. Mentre allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle con-

venzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti⁵³.

Come è evidente, dunque, il quadro normativo sopra richiamato non considera lo straniero nella sua unicità, in contrapposizione al cittadino, ma introduce ulteriori distinzioni interne alla categoria degli stranieri, contribuendo quindi a “frammentarne” – sotto un profilo che potremmo definire “orizzontale” – la condizione giuridica con riferimento al godimento dei singoli diritti (o prestazioni). Si tratta di una scelta normativa che trova eco anche a livello UE e che, in molti casi, è il portato di quei compromessi che hanno caratterizzato l’adozione delle direttive dell’Unione europea in materia. Per cui a ogni categoria di straniero (titolare di *blue card*, titolare di permesso CE per soggiornanti di lungo periodo, familiare di cittadino europeo, ecc.) è associato un determinato “pacchetto” di diritti, non senza la previsione di possibili deroghe, cui gli Stati membri possono appellarsi per preservare alcuni settori del welfare nazionale.

Se dall’analisi delle fonti nel diritto dell’immigrazione si può rilevare l’esistenza di “tante” condizioni giuridiche di straniero quanti sono i titoli di ingresso e soggiorno sul territorio, la “frammentazione orizzontale” sopra evidenziata risulta ulteriormente aggravata dalla complessità dell’ordinamento italiano. L’articolazione territoriale delle competenze stabilite in Costituzione vede, infatti, svolgere un ruolo attivo alle Regioni (e come si è visto anche degli enti locali) in rilevanti settori della vita dello straniero, come in materia di assistenza sociale, di sostegno allo studio e in materia di abitazione. I diritti (soprattutto di natura sociale) dello straniero dipendono, dunque, anche dal luogo di residenza sul territorio nazionale, in riferimento al quale Regioni ed enti locali, nell’esercizio della propria autonomia, riconoscono, garantiscono o limitano l’esercizio di determinati diritti e prestazioni. Senza contare,

⁵³ Sul differente trattamento tra stranieri “regolari” e “non regolari”, cfr. E. ROSSI, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull’evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. cost.*, 2010, 87 ss., il quale evidenzia come la legislazione italiana si sia mossa su una linea che pare da un lato lasciare inalterata o leggermente avvicinare la posizione degli stranieri regolari a quella dei cittadini, ma al contempo differenziare in modo netto la condizione degli stranieri irregolari da quella degli stranieri regolari.

poi, i differenti orientamenti politici che animano le scelte degli amministratori regionali e locali in merito all'accoglienza e al trattamento dei cittadini stranieri e che hanno ricadute concrete negli atti e nelle politiche adottate, andando ulteriormente a differenziare il quadro di riferimento.

Per fare qualche esempio, si può evidenziare come lo straniero titolare di un permesso CE per soggiornanti di lungo periodo dovrebbe accedere in condizioni di parità con i cittadini italiani agli alloggi di edilizia residenziale pubblica; tuttavia in Lombardia egli deve essere residente o lavorare sul territorio regionale da almeno 5 anni, mentre in Emilia-Romagna vi potrebbe accedere anche se in possesso di un semplice permesso di soggiorno. Sia il soggiornante di lungo periodo che il titolare di permesso annuale dovrebbero fruire in condizioni di parità con i cittadini italiani delle prestazioni sociali erogate a favore delle famiglie o in materia di diritto allo studio, eppure alcuni enti territoriali hanno limitato ai soli cittadini o ai soli residenti la fruizione di certe provvidenze di carattere economico.

Alla luce di tale quadro, il complesso dei diritti e delle prestazioni di cui gode lo straniero dovrebbe essere dapprima individuato sulla base del titolo di soggiorno da questi posseduto, per poi valutare in concreto quali diritti gli sono garantiti o limitati nel luogo di residenza.

Si può quindi evidenziare come alla “frammentazione orizzontale” della condizione giuridica dello straniero si affianchi anche una “frammentazione verticale”, conseguente ai differenti interventi adottati dai livelli sub statali di governo, per cui la condizione giuridica dello straniero può non essere omogenea nell'ambito dell'intero territorio nazionale ma variare, appunto, da Regione a Regione e, in certi settori, anche da ente locale a ente locale⁵⁴. Tale “frammentazione verticale” della condizione giuridica dello straniero incide non soltanto sul godimento

⁵⁴ Tale ultimo fenomeno investe anche la condizione degli stessi cittadini italiani nell'ambito degli ordinamenti a pluralismo territoriale. Il condizionamento di molte prestazioni alla durata della residenza sul territorio contribuisce, infatti, a delineare un sistema di tutela dei diritti a carattere fortemente locale, idoneo a pregiudicare non solo la condizione del cittadino straniero, ma anche quella del cittadino italiano proveniente, ad esempio, da un altro Comune o da un'altra Regione, che si vedrà ugualmente negate alcune prestazioni.

di molti diritti e prestazioni sul territorio, ma anche su tutta un'altra serie di diritti fondamentali dello straniero, come quello all'unità familiare e, più in generale, sulle stesse condizioni di soggiorno e permanenza sul territorio. Si pensi, ad esempio, ai criteri in base ai quali attribuire gli alloggi di edilizia residenziale pubblica, dai quali può conseguire non soltanto una limitazione dello straniero nell'accesso all'abitazione, ma anche l'impossibilità di chiedere il ricongiungimento familiare o il permesso CE per soggiornanti di lungo periodo, entrambi subordinati al possesso di un alloggio idoneo.

4. Rilievi conclusivi. La "ricomposizione" giurisprudenziale della condizione giuridica dello straniero

L'analisi delle fonti nel diritto dell'immigrazione restituisce un quadro a "geometria variabile" nel quale i diritti dello straniero non possono essere definiti in astratto, ma dipendono da alcuni fattori che ne influenzano la titolarità e il contenuto. Tali fattori riguardano lo *status* personale e il tipo di permesso di soggiorno posseduto – in relazione al quale incidono prevalentemente le fonti sovranazionali e statali – e il luogo di residenza – in relazione al quale incidono le fonti regionali e i provvedimenti locali.

Tuttavia, se la condizione giuridica dello straniero appare "frammentata" alla luce del titolo di soggiorno posseduto e del luogo di residenza, occorre fare riferimento anche al diritto giurisprudenziale, il quale nell'interpretazione delle disposizioni sopra richiamate ha svolto in molte occasioni un ruolo che potremmo definire "unificante", lungo i filoni della tutela della dignità e del divieto di discriminazione⁵⁵.

In più occasioni la giurisprudenza nazionale e sovranazionale ha individuato un ambito indisponibile alla discrezionalità legislativa, che permette di inverare l'affermazione della Corte costituzionale per cui lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione ri-

⁵⁵ Per un approfondimento sul punto sia consentito rinviare a F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento nazionale e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, 226 ss.

conosce spettanti alla persona⁵⁶. Così anche agli stranieri non regolarmente presenti sul territorio sono riconosciute le fondamentali prestazioni sanitarie e assistenziali, è riconosciuto il diritto alla retribuzione e a condizioni di lavoro eque. L'accesso ai centri di accoglienza viene ricondotto all'ambito del diritto all'abitazione e riconosciuto alla persona indipendentemente dalla regolarità della presenza sul territorio. Ai minori stranieri è garantita ampia e incondizionata tutela, a prescindere dal possesso di un valido titolo di soggiorno.

Il "motore" di tale prospettiva sembra rintracciabile nella tutela della dignità umana, principio al quale la giurisprudenza, soprattutto costituzionale, ha in molte occasioni fatto espresso riferimento nella protezione dei diritti fondamentali della persona. Del resto tutte le questioni che attengono ai diritti della personalità e alle connesse libertà toccano il concetto di dignità dell'uomo; concetto che, tuttavia, per quello che è stato definito⁵⁷ un singolare paradosso, «sembra tanto più giuridicamente indefinibile quanto, di solito, più intuitivamente evidente». Ciononostante, la giurisprudenza ha contribuito notevolmente a circoscrivere il ruolo e il significato di tale concetto nel suo legame con la libertà e l'autonomia decisionale della persona e nel suo carattere di indisponibilità e irrinunciabilità, in stretta connessione con il principio personalistico.

Per quanto riguarda, invece, gli stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio, il principio che sembra orientare tutta la più recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale è il divieto di discriminazione. Anch'esso si collega strettamente alla tutela della dignità umana, soprattutto nella sua prospettiva di pari dignità sociale, la quale implica che, anche in riferimento a diritti (o prestazioni) eccedenti l'essenziale, lo straniero possa subire un trattamento differenziato soltanto in presenza di una causa normativa razionale⁵⁸. In tale quadro, il requisito della

⁵⁶ Si veda, *ex multis*, Corte cost., sent. 105/2001.

⁵⁷ Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 226.

⁵⁸ Per un approfondimento, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'egualianza*, in *Quest. Giust.*, 2009, n. 1, 87 ss. Sulla dignità come limite alla discrezionalità del legislatore, si veda M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in AA.VV., *Studi in*

cittadinanza non può assumersi quale criterio di riconoscimento di diritti e prestazioni senza che lo stesso sia stato pensato in riferimento a una specifica categoria di soggetti. Così come non è possibile presumere, in modo aprioristico, che stranieri titolari di una determinata tipologia di permesso di soggiorno versino in uno stato di bisogno o disagio maggiore rispetto agli altri stranieri per l'accesso a determinate prestazioni ovvero che il soddisfacimento di bisogni essenziali dell'individuo possa essere legittimamente connesso alla residenza prolungata sul territorio.

Alla luce di quanto detto, può osservarsi come molti pilastri di quella "frammentazione" precedentemente rilevata sono stati rimossi in via giurisprudenziale, verso la definizione di un complesso di diritti fondamentali, quale attributo inalienabile della personale umana, e un progressivo avvicinamento della condizione degli stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio a quella dei cittadini.

onore di Franco Modugno, Napoli, 2011, 3123 ss., il quale evidenzia la stretta connessione tra pari dignità sociale e divieto di discriminazione.

LA GESTIONE DELL'“EMERGENZA” TRA INTERVENTI DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTO NAZIONALE: L'IMPATTO SULLE FONTI DEL DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE

Filippo Scuto

SOMMARIO: 1. *Il tendenziale “disallineamento” della disciplina del diritto di asilo rispetto al sistema delle fonti delineato dalla Costituzione e l’influsso del diritto dell’Unione europea.* 2. *Le dolenti note del “sistema Dublino” e l’intervento parziale ad opera delle Corti europee.* 3. *I tentativi di modifica temporanea del sistema Dublino.* 3.1. *I “ricollocamenti”, la loro limitata implementazione e le azioni “autonome” di alcuni Stati membri.* 3.2. *L’accordo tra l’Unione europea e la Turchia.* 3.3. *L’insufficienza degli interventi parziali e temporanei.* 4. *Il quadro nazionale ed il legislatore italiano di fronte all’emergenza.* 5. *Conclusioni.*

1. Il tendenziale “disallineamento” della disciplina del diritto di asilo rispetto al sistema delle fonti delineato dalla Costituzione e l’influsso del diritto dell’Unione europea

Lo sviluppo della politica comune europea dell’immigrazione e dell’asilo sulla quale l’Unione ha concentrato i propri sforzi a partire dall’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1999¹ ha mostrato, in particolare negli ultimi anni, tutti i suoi limiti.

¹ Sul processo di integrazione europea, relativamente al diritto di asilo, il richiamo va a M.R. SAULLE, *L’immigrazione e l’asilo nell’Europa allargata*, in M.R. SAULLE (a cura di), *L’Europa tra Costituzione, asilo e migrazione*, Napoli, 2004, p. 101 ss.; G. SCACCIA, D. DE LUNGO, *Il diritto di asilo*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, Napoli, 2014, 605 ss.; B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, Napoli, 2010, p. 304 ss. G. BRUNELLI, *Carta europea e giustizia alla prova della lotta al terrorismo e del diritto d’asilo*, in *Rassegna di diritto Pubblico Europeo*, 2003, n. 1, p. 162.

Come noto, uno degli aspetti maggiormente critici legati al governo del fenomeno migratorio in questi anni è indubbiamente rappresentato dalla gestione delle domande di asilo presentate all'interno dell'Unione europea da cittadini stranieri in fuga dai propri Paesi di origine che, a causa dell'instabilità di diverse aree del Medio Oriente e del Continente africano, è in costante aumento.

Nella materia del diritto di asilo, l'influenza esercitata dal diritto dell'Unione sull'ordinamento italiano è particolarmente significativa e genera, invero, alcune distorsioni sul sistema delle fonti del diritto.

La Costituzione italiana disciplina il diritto di asilo all'art. 10.3 Cost. in base al quale

lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Tuttavia, a tale previsione costituzionale non ha mai fatto seguito l'approvazione da parte del legislatore di una legge organica in materia che desse applicazione alla riserva di legge in essa contenuta².

Sul punto, peraltro, si può rilevare che alla (perenne) mancata attuazione della riserva di legge sull'asilo si è accompagnata per decenni la non applicazione della riserva di legge relativa alla condizione giuridica dello straniero *ex art. 10.2 Cost.*, dal momento che il primo intervento

² Per un'analisi del diritto di asilo e dei profili costituzionali della materia nell'ordinamento italiano, si veda, tra i numerosi contributi, G.M. SALERNO, *Asilo (diritto di)*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, p. 22 ss.; C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, *Diritto Costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, p. 222 ss.; A. CASSESE, *Commento all'art. 10 della Costituzione*, in AA.VV. (a cura di G. BRANCA), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pp. 485 ss.; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana: asilo, condizione giuridica, estradizione*, Padova, 1992, p. 3 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano – un'introduzione*, Padova, 2007; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Padova, 1988. Per un'analisi comparata delle previsioni relative al diritto di asilo in alcuni paesi europei, si veda F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, 2011, p. 160 ss. e M. LAMBERT DORDRECHT, *Seeking asylum: comparative law and practice in selected European countries*, London, 1995.

legislativo di un certo rilievo, sia pur legato ad una logica emergenziale, può essere fatto risalire alla legge Martelli del 1990³.

Il sistema delle fonti delineato dalla Costituzione del '48 non ha dunque trovato applicazione per decenni nell'ambito dello *status* dello straniero né tantomeno per quanto riguarda il diritto di asilo. Criticità, questa, che risulta particolarmente rilevante se si considera che la disciplina costituzionale in materia è inserita tra i principi fondamentali della Costituzione.

L'assenza di una legge organica sul diritto di asilo è stata, da ultimo, colmata in buona parte dagli interventi del legislatore italiano che hanno dovuto recepire la normativa nel frattempo adottata dall'Unione europea in questo ambito. La normativa italiana in vigore sul diritto di asilo è, dunque, sostanzialmente, di derivazione europea⁴. Di conseguenza, essa è ancorata alla normativa dell'Unione che, a sua volta, ha come punto di riferimento per la sua politica comune dell'asilo⁵ la definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951⁶.

³ L. n. 39 del 1990. Peraltro, la legge convertiva un decreto legge (d.l. n. 416/1989) che era evidentemente legato ad un approccio emergenziale e conteneva norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari già presenti nel territorio dello Stato.

⁴ Per un esame dettagliato della normativa italiana di recepimento di quella europea il richiamo va a P. BONETTI, *Il diritto di asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione temporanea*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2008, p. 93 ss. e, nella stessa Rivista, a M. BENVENUTI, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, n. 2, 2010, p. 36 ss. ed a D. CONSOLI, G. SCHIAVONE, *Verso una migliore tutela dello straniero che chiede asilo? Analisi delle principali novità in materia di diritto di asilo introdotte a seguito del recepimento della direttiva 2005/85/CE con il d.lgs. 25/2008 e il d.lgs. 159/2008*, n. 3-4, 2008, p. 88 ss.

⁵ Come previsto dall'art. 78 del TFUE e dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per un commento agli artt. 18 e 19 della Carta di Nizza il riferimento va a G. BRUNELLI, *Art. 18 e art. 19*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pp. 154-164.

⁶ In base all'art. 1 della Convenzione, il rifugiato è il cittadino straniero che abbandona il proprio Paese temendo, a ragione, di essere perseguitato per motivi di razza,

Va peraltro rilevato che il livello di tutela del diritto di asilo previsto dalla Costituzione italiana non coincide con quello previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951, essendo il primo indubbiamente più esteso del secondo. Laddove, infatti, l'art. 10.3 Cost. ritiene sufficiente per assegnare la protezione che lo Stato da cui proviene lo straniero non consenta l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, la Convenzione di Ginevra del 1951 ammette, invece, il riconoscimento dello *status* di rifugiato soltanto nei casi in cui vi sia stata un'accertata persecuzione individuale, oppure qualora lo straniero in fuga dal Paese di provenienza abbia il fondato timore di essere perseguitato. La Convenzione presuppone pertanto – a differenza della norma costituzionale – una specifica azione persecutoria indirizzata verso lo straniero⁷.

Dal momento che, come si è visto, la normativa italiana da ultimo adottata in materia è di derivazione europea, essa si è ancorata alla definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra distanziandosi, dunque, dall'art. 10 Cost. e dalla sua tutela più ampia del di-

religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica.

⁷ Sulla differenza tra il contenuto della tutela costituzionale e la tutela prevista dalla Convenzione di Ginevra del 1951, il richiamo va a G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., p. 94. Secondo l'A., mentre la Convenzione di Ginevra presuppone un'attività persecutoria dell'autorità pubblica nei confronti del soggetto, il dettato costituzionale, viceversa, «ritiene sufficiente anche la semplice vigenza di tali norme lesive della libertà, anche se non tradotta necessariamente in provvedimenti concretamente ed individualmente persecutori». Cfr., sul punto, anche G. STROZZI, *Rifugiati e asilo territoriale*, in E. VITTA, V. GREMENTIERI (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981. Anche la Corte di Cassazione (sez. un. civ., sent. n. 4674/1997) ha sottolineato che l'art. 10, c. 3, Cost. prevede un livello di tutela più ampio di quello stabilito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, cui si richiamava l'art. 1 della l. n. 39/1990 (Legge Martelli) che era la norma in vigore per stabilire il riconoscimento dello *status* di rifugiato. La Convenzione prevede infatti, come requisito per ottenere lo status di rifugiato, il fondato timore di essere perseguitato, condizione non prevista dall'art. 10, c. 3, Cost.; inoltre, la nozione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra esclude tutti gli individui che, pur non essendo individualmente perseguitati, fuggono dal loro Paese a causa di eventi (occupazioni straniere, guerre civili) che possono ledere le libertà fondamentali cui fa riferimento l'art. 10, c. 3, Cost.

ritto di asilo. Questa impostazione è però comprensibile se si considera che l'asilo, oggi, è strettamente connesso al più generale fenomeno migratorio ed è quindi divenuto un fenomeno assai più rilevante, anche numericamente, rispetto al passato. L'esistenza di un divario sempre maggiore tra "Nord" e "Sud" del mondo che ha favorito lo sviluppo del fenomeno delle migrazioni di massa verso i Paesi più avanzati dal punto di vista democratico ed economico, infatti, ha messo in seria difficoltà il modello di asilo previsto dall'art. 10 Cost. che era indubbiamente legato ad un contesto internazionale completamente diverso⁸.

Se si guarda, dunque, alla disciplina del diritto di asilo nell'ordinamento italiano dal punto di vista del sistema delle fonti del diritto emerge un problema di fondo di un certo rilievo che impedisce di ricostruire in maniera del tutto coerente tale sistema. La mancata attuazione della riserva di legge contenuta nell'art. 10 è stata, comunque, in parte compensata da una normativa sull'asilo di fatto derivante dal diritto dell'Unione che, a sua volta, ha come punto di riferimento la Convenzione di Ginevra del 1951.

2. Le dolenti note del "sistema Dublino" e l'intervento parziale ad opera delle Corti europee

Uno degli aspetti maggiormente problematici che più hanno influito negativamente sulla costruzione di un efficiente ed equo sistema comune europeo di asilo è legato alla controversa vicenda del c.d. Regolamento Dublino, sul quale il legislatore europeo è peraltro intervenuto più volte negli anni⁹, che contiene le norme relative alla determinazione

⁸ Questa sempre maggiore pressione di profughi e potenziali richiedenti asilo ha inevitabilmente reso molto più ardua la completa attuazione della tutela costituzionale, dal momento che una sua applicazione letterale comporterebbe dei flussi migratori verso il nostro Paese oggettivamente insostenibili. Si veda, sul punto, L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto d'asilo e di rifugio a fini umanitari*, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'Immigrazione in Italia e Spagna (II giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale) 3-4 ottobre 2003*, Valencia, 2005, p. 179 ss.

⁹ Il "sistema di Dublino" ha le sue origini nella Convenzione di Dublino del 1990, ed è entrato in vigore il successivo 1° settembre 1997, Trattato internazionale cui aderiscono tutti gli Stati membri della Comunità europea. Questa Convenzione fissava i criteri

dello Stato membro competente all'esame delle domande di asilo. Tra queste, la norma che ha indubbiamente generato le maggiori criticità è quella che prevede che, in caso di ingresso irregolare dello straniero all'interno dei confini dell'UE, l'esame della domanda di asilo spetti allo Stato membro di primo approdo¹⁰.

Se si considera che, oramai da diversi anni, la quasi totalità delle domande di asilo presentate in Europa proviene da cittadini stranieri che sono giunti irregolarmente in uno degli Stati membri, si può facilmente comprendere la ragione per cui la norma sopra richiamata sia quella applicata nella maggior parte dei casi per determinare lo Stato membro competente all'esame della domanda di asilo, pur prevedendo il regolamento Dublino un'ampia casistica a tutela dei minori e dell'unità familiare¹¹. Il che ha contribuito a generare un netto squilibrio tra i Paesi dell'Unione nel senso che pochi Stati devono farsi carico dell'esame della maggior parte delle domande di asilo in Europa. Tale squilibrio ha generato una particolare pressione sui sistemi di asilo di alcuni Stati membri del Sud dell'Europa – Italia, Grecia – che si affacciano sul Mar Mediterraneo. L'effetto è stato il collasso di alcuni sistemi nazionali di asilo, *in primis* quello greco e, di conseguenza, un netto peggioramento dell'effettiva tutela del diritto nello spazio europeo.

Pur essendo evidente la palese incapacità dei meccanismi del sistema Dublino di sviluppare un sistema comune europeo di asilo efficiente e rispettoso del principio di solidarietà ed equa ripartizione degli oneri

per stabilire a quale Stato (tra quelli aderenti alla Convenzione medesima) spettasse il compito di esaminare una domanda di asilo al fine di evitare successive o parallele richieste di asilo in diversi Stati. Nel 2003, un regolamento del Consiglio (Regolamento 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003) – denominato “Dublino II” – ha stabilito i criteri per la determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati dell'Unione. Il regolamento di Dublino III (2013 / 604 / CE) è stato approvato nel giugno 2013, in sostituzione del regolamento di Dublino II, e si applica a tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca.

¹⁰ Sulla base di quanto prevede l'art. 13 del richiamato Regolamento 604 del 2013.

¹¹ Il regolamento Dublino prevede infatti una gerarchia tra i criteri previsti dal regolamento che devono essere applicati per determinare quale sia lo Stato competente all'esame della domanda di asilo. I criteri che vanno applicati per primi sono, appunto, quelli finalizzati alla tutela dei minori e dell'unità familiare che sono contenuti negli artt. 8, 9, 10 e 11 del Regolamento.

tra Stati membri nella gestione del fenomeno migratorio, principio peraltro introdotto sin dal Trattato di Lisbona del 2009 (artt. 67 e 80 TFUE), per anni gli egoismi nazionali hanno continuato a prevalere ed una prima ridefinizione di quella normativa non è arrivata con l'intervento del legislatore europeo, bensì con l'azione della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Si è infatti sviluppata una copiosa giurisprudenza, in particolare ad opera della Corte EDU, che ha da tempo colpito il sistema Dublino mediante sentenze che hanno dichiarato illegittime le decisioni sul trasferimento di richiedenti asilo sulla base della norma che, come visto, impone al primo Stato di approdo il compito di esaminare le domande. Sotto questo profilo, possono essere considerate storiche due sentenze del 2011 ad opera della Corte di giustizia e, in precedenza, della Corte EDU, sul divieto di rinvio dal Regno Unito e dal Belgio verso la Grecia quale Paese di primo approdo di alcuni richiedenti asilo che erano giunti in Europa transitando dal territorio ellenico¹². Con la sua sentenza la Corte di giustizia, richiamando il principio di solidarietà ed equa ripartizione degli oneri, ha stabilito che gli Stati membri sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso un altro Stato membro – anche se quest'ultimo è competente ad esaminare la domanda sulla base del regolamento Dublino II – quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nelle procedure di asilo di quel Paese, dovute anche a flussi migratori sproporzionati rispetto ad altri Stati membri, lo sottoporrebbero, come nel caso della Grecia, ai rischi di un abbassamento degli *standard* di tutela anche dal punto di vista delle condizioni di accoglienza.

Come si è accennato, la Corte EDU ha più volte condannato i trasferimenti tra Stati membri in applicazione del regolamento con una giurisprudenza oramai consolidata¹³ che, in relazione all'Italia, ha riguardato

¹² Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011 con cui la Corte ha stabilito che il Belgio, avendo trasferito un richiedente asilo verso la Grecia, aveva violato l'art. 3 CEDU esponendo il richiedente asilo ai rischi risultanti dalle carenze procedurali di asilo in Grecia.

¹³ Una ampia lista di "Dublin" Cases su cui si è pronunciato il giudice di Strasburgo parte dal 2000 e arriva agli anni più recenti. Cfr., a riguardo, T.I. v. the United Kingdom (application no. 43844/98), 7 marzo 2000; K.R.S. v. the United Kingdom (no. 32733/08),

anche la pratica dei respingimenti di migranti dai porti dell'Adriatico alla Grecia, in forza di un accordo di riammissione stipulato tra i due paesi e risalente al 2004. Con una sentenza del 2014¹⁴ il giudice di Strasburgo ha condannato l'Italia ritenendo che i respingimenti verso la Grecia, effettuati automaticamente e senza dare alcuna possibilità di accesso alle procedure di asilo presso il porto di Ancona, sottoponesse potenziali richiedenti asilo a concreti rischi in considerazione delle evidenti e gravi inefficienze del sistema di asilo greco.

3. I tentativi di modifica temporanea del sistema Dublino

Come è evidente, i nodi che hanno portato all'insostenibilità del "Sistema Dublino" non potevano essere sciolti dalle Corti europee. Negli ultimi anni, peraltro, la crescente instabilità di diverse aree del Medio Oriente e del Continente africano ha avuto come conseguenza un forte aumento delle domande di asilo presentate all'interno dell'Unione europea da cittadini stranieri in fuga dai propri Paesi di origine.

A tale riguardo, una serie di interventi condotti a livello di Unione europea e, in alcuni casi, a livello nazionale, ha esercitato un impatto sul sistema Dublino modificandone in alcuni casi, sia pur con tutti i limiti sui quali ci si soffermerà, l'impianto normativo. Il che, evidentemente, si ripercuote sul sistema delle fonti del diritto dell'immigrazione aumentandone la complessità e, soprattutto, l'incoerenza.

2 dicembre 2008; M.S.S. v. Belgium and Greece (no. 30696/09), 21 gennaio 2011; Mohammed Hussein v. the Netherlands and Italy, 2 aprile 2013; Halimi v. Austria and Italy, inadmissibility decision of 18 June 2013; Abubeker v. Austria and Italy, inadmissibility decision of 18 June 2013; Mohammed v. Austria, 6 giugno 2013; Sharifi v. Austria, 5 dicembre 2013; Mohammadi v. Austria, 3 luglio 2014; Sharifi and Others v. Italy and Greece, 21 ottobre 2014; Tarakhel v. Switzerland, 4 novembre 2014; A.M.E. v. the Netherlands (no. 51428/10), 13 gennaio 2015; A.S. v. Switzerland (no. 39350/13), 30 giugno 2015.

¹⁴ Corte EDU, Sharifi and Others v. Italy and Greece del 21 ottobre 2014. Il caso riguardava 32 cittadini Afgani due Sudanesi ed un Eritreo. La corte ha rinvenuto la violazione degli artt. 3, c. 13 e 4 del Protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive di cittadini stranieri) della CEDU.

3.1.1 “ricollocamenti”, la loro limitata implementazione e le azioni “autonome” di alcuni Stati membri

Innanzitutto, l'Agenda europea sull'immigrazione presentata dalla Commissione europea nel 2015 ha proposto l'adozione di alcune misure finalizzate a far fronte all'emergenza umanitaria degli ultimi mesi. Tali misure sono basate, *in primis*, sull'introduzione di un programma temporaneo di “ricollocamento” delle domande di asilo, vale a dire di redistribuzione tra gli Stati membri dei richiedenti asilo che necessitano di protezione internazionale. Il ricollocamento, effettuato in base all'utilizzo di criteri obiettivi che consentano di determinare la capacità di ciascuno Stato membro di assorbire ed integrare i rifugiati (popolazione complessiva, PIL, tasso di disoccupazione, domande di asilo ricevute negli anni precedenti), è finalizzato a dare concreta attuazione al principio della solidarietà tra Stati membri nella gestione del fenomeno migratorio e ad alleggerire la pressione in termini di domande di asilo cui sono sottoposti alcuni Paesi: soltanto cinque Stati – Italia, Grecia, Ungheria, Germania e Svezia – ricevono da alcuni anni circa il 75% delle domande di asilo presentate nei 28 Stati dell'Unione.

Nel settembre del 2015, due decisioni del Consiglio dei ministri dell'Unione (205/1523; 2015/1601) hanno previsto l'adozione di una misura temporanea (2 anni) relativa al ricollocamento di 160.000 richiedenti asilo dall'Italia e dalla Grecia verso gli altri Stati membri, sulla base dei criteri sopra richiamati. Allo stato attuale, però, molti Stati rifiutano di dare attuazione a queste decisioni non accettando di accogliere le quote di rifugiati loro spettanti e, pertanto, il ricollocamento delle domande di asilo non si è concretamente realizzato. Basti pensare che a novembre 2016 si è giunti alla deludente cifra di 6.925 ricollocamenti¹⁵ e che, di conseguenza, a meno che non si inverta questo *trend* e gli Stati inizino a dare realmente attuazione a queste decisioni, ben difficilmente verrà portata a compimento la misura biennale adottata nel 2015 che ha previsto 160000 ricollocamenti. A tale riguardo può certamente apparire profetica la battuta del Presidente della Commissione europea Jean-

¹⁵ I dati sono reperibili nel web site della Commissione europea - European Commission, *Eighth report on relocation and resettlement*, Brussels, 08.12.2016 COM(2016) 791 final.

Claude Juncker che, a un mese dall'approvazione delle decisioni del Consiglio, a fronte del ricollocamento di soli 130 profughi, evidenziava che, con questi ritmi, la redistribuzione delle domande di asilo di 160.000 persone decisa dalla Ue si sarebbe completata il 1° gennaio del 2101.

In questo contesto di difficile e soltanto limitata attuazione di misure temporanee volte a limitare i danni prodotti dal sistema Dublino si sono inseriti interventi condotti a livello nazionale che, nei fatti, hanno soltanto contribuito a rendere più complesso il quadro generale.

Innanzitutto, va ricordata la scelta adottata dal Governo tedesco nel settembre del 2015, per volontà del Cancelliere Angela Merkel, di aprire le frontiere per consentire l'ingresso in Germania dei profughi e affrontare, così, l'emergenza umanitaria. Tale misura, anch'essa temporanea, che ha consentito l'ingresso di un milione di profughi nel 2015 è stata peraltro oggetto di numerose critiche nel Paese nei confronti del Governo accusato di consentire un'apertura incondizionata dei confini ed ha contribuito ad un calo dei consensi della CDU nelle elezioni locali del 2016. Evidentemente, anche questo intervento ha dato luogo ad una deroga della disciplina contenuta nel Regolamento Dublino.

Su un versante opposto rispetto alle politiche di apertura della Germania vanno inquadrare le scelte del Governo ungherese che, viceversa, ha eretto un muro al confine con la Serbia per impedire l'ingresso nel proprio territorio dei migranti e tentare, così, di sigillare la rotta balcanica che rappresenta una delle possibili modalità di accesso ai confini dell'Unione europea. Nel 2016, peraltro, il Governo Orbán ha tentato di dare una copertura giuridica alle proprie misure di chiusura rispetto agli ingressi dei migranti promuovendo, prima, un referendum in cui si chiedeva al corpo elettorale di confermare la scelta del Governo di non accettare il meccanismo del ricollocamento delle domande di asilo previsto dall'Unione e, successivamente, tentando di approvare una riforma costituzionale che inserisse tale divieto nella Costituzione ungherese. Entrambi i tentativi, però, hanno avuto esito negativo poiché il referendum non ha raggiunto il *quorum* previsto ed il Parlamento non ha votato a favore della revisione costituzionale. Il caso ungherese è un chiaro esempio di politiche nazionali orientate ad ostacolare il processo di integrazione europea in materia di immigrazione nell'ottica di una

gestione autonoma dei flussi migratori che, però, non consente affatto di governare il fenomeno in maniera razionale.

I due “casi” nazionali brevemente richiamati, pur nella evidente diversità degli approcci, confermano in realtà l'insufficienza delle politiche e degli interventi condotti a livello nazionale di fronte ad un fenomeno epocale e transnazionale che richiederebbe, piuttosto, un'efficace azione politica coordinata a livello europeo. La scelta apprezzabile della Germania ha dato luogo, nei fatti, ad un'azione temporanea e comunque slegata dall'adozione di nuove norme comuni europee, che non ha consentito di risolvere il problema la cui soluzione strutturale dovrebbe piuttosto passare da una radicale revisione del sistema Dublino. Le politiche di chiusura dell'Ungheria sono ancora più inefficaci per affrontare la questione migratoria poiché si limitano a bloccare uno dei canali di ingresso in Europa con l'effetto di aumentare i flussi verso altre rotte.

3.2. L'accordo tra L'Unione europea e la Turchia

In questo contesto di crescente complessità l'Unione europea ha tentato di agire con un intervento anch'esso parziale e finalizzato a limitare gli ingressi da una delle rotte dei flussi migratori. L'accordo concluso con la Turchia nella primavera del 2016 ha infatti l'obiettivo di ridurre drasticamente gli arrivi di migranti dalla Turchia alle isole greche. Si tratta anche in questo caso di un intervento che, al di là di alcune evidenti lacune e contraddizioni nello stesso testo dell'accordo, introduce misure straordinarie che alterano il quadro generale della normativa dell'Unione sul diritto di asilo.

Il contenuto dell'accordo è, infatti, piuttosto controverso se si procede ad un'analisi del suo testo. Il primo punto prevede che tutti i migranti irregolari che giungono nelle isole greche debbano essere respediti in Turchia. Se questa fosse la misura da applicare ci sarebbero, evidentemente, grosse problematiche dal punto di vista del rispetto del diritto internazionale e dell'Unione europea: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, agli articoli 18 e 19, è infatti molto chiara e prevede, oltre alla tutela del diritto di asilo, due principi come il divieto di respingimento ed il divieto di espulsioni collettive che sono fina-

lizzati a dare, in concreto, maggiore tutela al diritto di asilo. Poiché tale previsione sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione, in un passaggio successivo l'accordo specifica che i migranti irregolari giunti in Grecia non possono essere respinti se presentano domanda d'asilo. Si tratta, evidentemente, di una contraddizione del testo che dimostra in pieno le difficoltà di stipulare accordi di questo genere con Paesi terzi che siano efficaci per limitare i flussi migratori irregolari e, al tempo stesso, rispettosi della disciplina europea sul diritto di asilo e, più in generale, dei diritti fondamentali.

L'accordo prevede, inoltre, che per ogni cittadino siriano rimpatriato in Turchia dalle isole greche, un altro siriano debba essere "reinsediato" dalla Turchia e, dunque, ammesso in Europa tramite un canale di ingresso "regolare". Sul punto è necessario fare alcune considerazioni poiché si tratta di un tentativo di porre le basi per la creazione di un "corridoio umanitario" finalizzato a consentire l'accesso sicuro, regolato e "regolare" di richiedenti asilo in Europa. Al di là del fatto che la misura in questione, in concreto, come si dirà tra breve, non ha prodotto risultati significativi da un punto di vista numerico, la politica dei corridoi umanitari per i richiedenti asilo dovrebbe rientrare con maggiore decisione nelle politiche strutturali dell'Unione nell'ottica di un superamento dell'attuale Sistema Dublino. Essa rappresenta, infatti, una misura di contrasto all'immigrazione irregolare – con tutti i gravi problemi che genera tale fenomeno anche in termini di perdite di vite umane nel Mediterraneo – e, al tempo stesso, un tentativo di regolamentazione e governo dei flussi migratori di ingresso per motivi umanitari.

Va dato atto, peraltro, alla Commissione europea di avere tentato di implementare tale politica poiché nella sua Agenda per l'immigrazione del 2015 ha previsto, oltre al "ricolloccamento" temporaneo delle domande di asilo, la misura del "reinsediamento" di 20000 persone per consentire, appunto, l'ingresso con canali regolari di richiedenti asilo da Paesi terzi a Stati dell'Unione europea con una suddivisione delle domande di protezione sulla base dei criteri analoghi a quelli del ricollo-

camento di cui si è detto in precedenza. Attualmente sono state reinsediate circa 12000 persone¹⁶.

Tornando all'accordo Ue-Turchia va rilevato che esso sembra aver raggiunto l'obiettivo primario che si era prefissa l'Unione al tempo della sua stipula: gli arrivi irregolari di migranti e richiedenti asilo verso le isole greche si sono drasticamente ridimensionati in questi ultimi mesi.

Il che, però, non consente di delineare un quadro privo di ombre.

L'accordo prevede, come noto, oltre alla liberalizzazione dei visti per i cittadini turchi, un sacrificio economico per l'Unione che si è impegnata a stanziare alla Turchia tre miliardi di euro per fronteggiare l'emergenza profughi a cui si aggiungeranno, in un secondo momento e in caso di successo dell'accordo, ulteriori tre miliardi entro la fine del 2018. Più in generale, la necessità di cooperare con la Turchia per limitare gli arrivi di migranti nelle isole Greche ha messo l'Unione europea in una posizione di oggettiva debolezza riguardo alle politiche repressive ed antidemocratiche perpetuate dal Presidente Erdogan dopo il fallito golpe del luglio 2016. La mancata assunzione di una decisa posizione di condanna dell'UE, infatti, è anche collegata alla volontà di mantenere la collaborazione con la Turchia garantita dall'accordo sui migranti: nel Paese sono presenti circa tre milioni di rifugiati siriani e ad ogni "irrigidimento" delle posizioni dell'Unione il Governo turco minaccia di riaprire i canali dei flussi migratori verso l'Europa.

Per quanto riguarda, poi, l'impatto dell'accordo sul sistema Dublino, se non può essere negato che esso abbia consentito di ridurre drasticamente i flussi irregolari dei migranti nelle isole greche, va comunque rilevato che non consente, da solo, di risolvere le gravi inefficienze del funzionamento del sistema che si sono palesate in questi anni. La colla-

¹⁶ Nel novembre 2016 la Commissione europea ha presentato la nuova relazione sui programmi di ricollocazione e reinsediamento d'emergenza dell'UE. Secondo le informazioni trasmesse dagli Stati partecipanti, il 7 novembre erano state reinsediate 11.852 persone, in base al programma di reinsediamento, in 21 Stati di reinsediamento (Austria, Belgio, Repubblica ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Islanda, Irlanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Paesi Bassi, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svezia, Svizzera e Regno Unito). La Svezia, il Regno Unito e la Finlandia, nonché gli Stati associati Svizzera, Liechtenstein e Islanda, hanno già rispettato i loro impegni.

borazione con la Turchia ha consentito di arrestare i flussi migratori provenienti da uno dei canali di ingresso in Europa ma non può risolvere, da sola, la questione nel suo complesso ed anzi rischia di accrescere numericamente i flussi che utilizzano altre rotte, come ad esempio, quella marittima verso l'Italia. L'accordo con la Turchia, inoltre, non è stato adeguatamente implementato nel suo aspetto maggiormente positivo laddove apre la strada alla creazione di un corridoio umanitario con l'obiettivo di incentivare gli ingressi regolari dei richiedenti asilo in Europa. Ad oggi i dati sui reinsediamenti di richiedenti asilo siriani sono molto deludenti¹⁷, specie se si considera l'alto numero dei profughi presenti in Turchia.

Più in generale, l'accordo sembra riproporre un orientamento dell'Unione riguardo alle questioni migratorie e del diritto di asilo che lascia qualche perplessità. Sin dal Programma dell'Aia del 2004 l'Unione ha inserito tra le sue linee guida per le politiche dell'immigrazione l'obiettivo di affidare ai Paesi di origine e di transito dei flussi migratori la protezione dei rifugiati, sostenendo in loco i sistemi di asilo nazionali. Questa tendenza ad "esternalizzare" l'enorme questione della protezione internazionale al di fuori dei confini europei¹⁸ non appare una soluzione convincente stante le enormi difficoltà dell'Unione a sviluppare reali politiche di partenariato con i Paesi di origine e di transito e l'estrema debolezza della politica estera comune dell'Unione. Va inoltre considerato che molti di questi Paesi terzi presentano *standard* di tutela dei diritti eccessivamente bassi e, in alcuni casi, si pensi alla Libia, non hanno neppure aderito alla Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati.

¹⁷ In base alla richiamata relazione della Commissione europea i reinsediamenti dalla Turchia sulla base della dichiarazione UE-Turchia hanno riguardato, sino a novembre 2016, 2.217 siriani. Il reinsediamento ha riguardato, in particolare, i seguenti Paesi: Belgio, Estonia, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia, Norvegia.

¹⁸ Sul punto e sulle questioni problematiche connesse a questo approccio, si rinvia, se si vuole, a F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite all'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, pp. 98 ss.

3.3. *L'insufficienza degli interventi parziali e temporanei*

In conclusione, la gestione a livello europeo dell'emergenza legata ai flussi migratori ha decisamente complicato e reso meno coerente il sistema delle fonti del diritto dell'immigrazione. Sono state approvate dall'Unione decisioni con l'adozione di misure temporanee (2 anni) che sono in evidente contrasto con le disposizioni del regolamento Dublino e che, per di più, non hanno ancora trovato piena ed effettiva applicazione. Gli stessi interventi statali – si pensi, da ultimo, ai richiamati e opposti casi di Germania e Ungheria – e l'accordo stipulato con la Turchia rappresentano, nella loro diversità, deroghe alla normativa europea relativa alle politiche di asilo. Il che sarebbe anche comprensibile alla luce del contesto emergenziale e di vera e propria emergenza umanitaria degli ultimi anni. Il problema è che tali misure si sono rivelate inefficaci per affrontare questa situazione emergenziale e, ancora una volta, appare evidente che per tentare di gestire meglio questo fenomeno estremamente complesso sarebbe necessario intervenire in materia strutturale sulle criticità del sistema Dublino.

Sul punto, peraltro, va ricordato che la Commissione europea ha presentato l'ennesima proposta di revisione del regolamento Dublino nell'aprile del 2016¹⁹. Le proposte vanno nella direzione di un – opportuno – superamento della regola che prevede che l'esame della domanda di asilo spetti al primo Stato membro in cui è giunto lo straniero in caso di ingresso irregolare. La prima, più moderata, prevede di rendere obbligatorio il meccanismo dei ricollocamenti nei periodi di maggiore emergenza; la seconda prevede di introdurre un meccanismo strutturale e permanente di redistribuzione delle domande di asilo tra gli Stati membri sulla base dei criteri già richiamati, proposta, questa, certamente da preferire poiché consentirebbe di dare attuazione stabilmente al principio della solidarietà tra Stati membri nella gestione del fenomeno migratorio.

¹⁹ Il 6 aprile 2016 la Commissione ha adottato una comunicazione (COM 2016, 197) intitolata “Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa”, in cui ha indicato quelle che ritiene siano le priorità per migliorare il sistema europeo comune di asilo (CEAS).

Tuttavia, alla luce della ritrosia con cui gli Stati membri hanno sino ad oggi risposto all'attuazione del meccanismo temporaneo dei ricollocamenti, non si può far altro che nutrire, allo stato attuale, un certo pessimismo sul superamento in via strutturale del sistema Dublino.

4. Il quadro nazionale ed il legislatore italiano di fronte all'emergenza

In un contesto in cui, come si è visto, la gestione dei flussi migratori a livello di interventi dell'Unione europea si è mostrata particolarmente carente a fronte dell'emergenza umanitaria degli ultimi anni, sul piano dell'ordinamento nazionale sembra si possa registrare una positiva inversione di tendenza rispetto agli anni passati.

Come noto, l'approccio del legislatore italiano al fenomeno migratorio è sempre stato legato a logiche emergenziali²⁰. Il che ha, da un lato, contribuito a rendere molto più difficile l'adozione di politiche e atti normativi orientati ad affrontare l'immigrazione considerandola un fenomeno strutturale e, dall'altro, favorito lo sviluppo di interventi repressivi per contrastare l'immigrazione irregolare che hanno portato ad evidenti eccessi quali i respingimenti in alto mare del triennio 2009-2011. Pratica, quest'ultima, in evidente contrasto con le tutele garantite allo straniero dall'ordinamento nazionale, europeo ed internazionale e, più in generale, con la necessità di garantire e tutelare il diritto di asilo,

²⁰ Per un'approfondita ricostruzione della disciplina relativa alla condizione giuridica dello straniero nel diritto italiano, dalle origini sino agli sviluppi recenti, il richiamo va a G.F. FERRARI, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino – Atti del XXIV Convegno annuale 2009, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Napoli, 2010, p. 483 ss. Gli interventi normativi operati in materia di immigrazione sino alla legge Turco Napolitano del 1998 e, in seguito, negli anni 2000, si sono caratterizzati per un approccio di tipo emergenziale ed hanno palesato la tendenza del legislatore italiano ad intervenire in materia soltanto per tentare di porre rimedio a situazioni di urgenza quali. Si pensi, ad esempio, alla legge Martelli del 1990 che tentava di introdurre norme sul diritto di asilo e sulle espulsioni per affrontare il massiccio afflusso di cittadini albanesi provenienti via mare sulle coste italiane a seguito del crollo del muro di Berlino. Sull'approccio emergenziale del legislatore italiano sia consentito rinviare a F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite all'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, pp. 183 ss.

come ha opportunamente rilevato la Corte europea dei diritti dell'uomo condannando l'Italia nel 2012²¹. In tale contesto, gli interventi legislativi si sono mossi in una logica emergenziale che ha avuto il suo acme nel periodo che va dal 2008 al 2011 durante il quale il legislatore ha approvato la l. n. 94 del 2009, soprannominata “legge sicurezza” che operava, di fatto, un collegamento tra il fenomeno migratorio e la criminalità: le disposizioni sull'immigrazione si trovavano all'interno dello stesso di legge che introduceva norme contro la criminalità organizzata e la piccola criminalità ed erano concepite esclusivamente nella loro dimensione emergenziale.

Sul fronte della misura-simbolo di contrasto all'immigrazione irregolare – l'espulsione dal territorio dello straniero privo di un permesso di soggiorno – l'ordinamento italiano si è misurato con una vera e propria *escalation* prodotta dal legislatore dal punto di vista dei tempi di trattenimento dello straniero in attesa di espulsione all'interno degli appositi centri di trattenimento. Si è passati, infatti, dagli iniziali trenta giorni previsti dalla Turco-Napolitano, ai sessanta giorni della Bossi-Fini, ai sei mesi della “legge sicurezza” del 2009, sino ad arrivare, da ultimo, ai diciotto mesi che, peraltro, sono consentiti come termine massimo dalla fonte europea rappresentata dalla “direttiva rimpatri” del 2008. Direttiva rimpatri che, sul punto, è oltremodo severa. Certamente positiva, pertanto, è stata la modifica apportata dal legislatore nel 2014 che ha portato il termine massimo per il trattenimento degli stranieri nei Centri di Identificazione ed Espulsione (CIE) a tre mesi²², modificando la disposizione precedente che sollevava più di un dubbio di costituzionalità e riportando i tempi di trattenimento ad un limite temporale più ragionevole, proporzionato rispetto all'obiettivo del trattenimento e rispettoso dei diritti dello straniero, *in primis* della libertà personale.

Del resto, l'emergenza degli ultimi mesi ha finito per ridimensionare le questioni riguardanti i CIE, anche da un punto di vista dei numeri delle persone effettivamente trattenute: questi centri di trattenimento sono diminuiti negli ultimi anni e attualmente sono cinque i CIE presenti sul territorio.

²¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 23 febbraio 2012, Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy.

²² All'interno della legge europea 2013-bis (l. n. 161 del 2014).

Il nuovo tema problematico in relazione ai trattenimenti appare, oggi, quello relativo al funzionamento dei c.d. *hotspots*. L'istituzione di questa nuova tipologia di centri è legata all'accordo stipulato tra l'Unione, l'Italia e la Grecia: due Stati ritenuti carenti dal punto di vista della registrazione dei migranti in arrivo. Nella sostanza, l'Unione ha richiesto, prima di avviare (con tutte le gravi carenze di cui si è detto) la pratica della redistribuzione delle domande di asilo tra gli Stati membri, che Italia e Grecia si impegnassero maggiormente nelle procedure di registrazione degli immigranti giunti irregolarmente nel loro territorio. L'obiettivo consiste dunque nel migliorare le procedure attraverso la creazione di punti di crisi (*hotspots*) mediante i quali gli Stati membri, teoricamente con l'aiuto dell'UE attraverso Frontex ed Europol, si impegnino concretamente sul terreno delle operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo.

Peraltro, è all'interno di queste strutture che viene effettuata una prima distinzione tra chi può richiedere asilo e i migranti economici che, viceversa, non possono ottenere la protezione internazionale. È facile comprendere l'importanza della disciplina del funzionamento di queste strutture che, ad oggi, manca di ogni copertura legislativa. Sino a questo momento, infatti, le sole indicazioni relative al funzionamento di questi centri sono contenute nelle diverse circolari del Ministero dell'interno che si sono succedute nel tempo. Dal punto di vista delle fonti vi è dunque una carenza abbastanza evidente poiché il legislatore non è ancora intervenuto in un ambito oltremodo delicato se si considera che all'interno di queste strutture si determina lo *status* dei migranti in arrivo e la loro possibilità di presentare domanda di asilo. Sarebbe dunque opportuno disciplinare con legge il funzionamento degli *hotspots*.

In un'audizione presso la commissione affari costituzionali del senato nel novembre 2015 il Ministro dell'Interno Alfano ha definito gli *hotspots* centri di prima accoglienza, ma ha specificato che servono anche a trattenere i migranti irregolari che non possono avere asilo e che, quindi, vanno rimpatriati. Appare evidente la natura complessa di questi centri. Non si tratta solo di strutture di prima accoglienza ma anche di luoghi in cui gli immigrati irregolari possono essere trattenuti in attesa di espulsione. Il che li rende, evidentemente, non dissimili dai

CIE e quindi il loro funzionamento va necessariamente disciplinato mediante la fonte primaria poiché incide sotto diversi profili sui diritti fondamentali. In particolare, è necessario garantire un esame della condizione individuale di ogni migrante in arrivo per verificare se sia bisognoso di protezione internazionale, il divieto di *refoulement* e di respingimenti collettivi, stabilire i tempi massimi del trattenimento, disciplinare i ricorsi contro il diniego dello *status* di rifugiato.

Si tratta, quindi, di una questione su cui è necessario quanto prima un intervento legislativo che si ponga in linea con l'approccio più razionale di fronte alle questioni dell'immigrazione mostrato dall'Italia in questi anni. In un contesto di perenne emergenza, legato anche alle inefficienze della politica comune europea in cui, come si è detto, l'Italia subisce forti pressioni alle sue frontiere a causa della sua posizione geografica e della mancata condivisione degli oneri tra gli Stati membri, le politiche messe in atto iniziano opportunamente a distanziarsi dalla logica emergenziale. Se, da un lato, l'emergenza viene gestita in prima linea non dimenticando gli obblighi giuridici dell'Italia in relazione al diritto di asilo e garantendo l'intervento umanitario nel Mar Mediterraneo per salvare vite umane – evidente, sul punto, la distanza dalle politiche dei respingimenti in alto mare degli anni passati – sul fronte degli interventi legislativi si evidenziano dei passi in avanti. Si è detto dell'intervento opportuno sui tempi di trattenimento. Un'occasione mancata è stata la mancata attuazione da parte del Governo della delega legislativa che conteneva l'abolizione del reato di immigrazione clandestina²³ che, introdotto nella legge sicurezza del 2009, ha mostrato in questi anni tutta la sua inutilità dal punto di vista dell'efficacia nel contrasto all'immigrazione irregolare. Certamente positiva è anche la proposta di riforma della legge sulla cittadinanza risalente al 1992 e oramai superata dall'erompere del fenomeno migratorio che, in analogia con gli interventi di altri Paesi europei, al tradizionale criterio dello *ius sanguinis* affianca criteri innovativi come lo “*ius culturae*” per i minori stranieri che frequentano le scuole italiane, e cerca di rendere in

²³ L'abolizione del reato di immigrazione clandestina era contenuta nella legge delega n. 67/2014. La delega è scaduta nel maggio 2016 senza che il Governo le abbia dato attuazione.

concreto più agevole l'accesso alla cittadinanza²⁴. La proposta di legge, però, approvata alla Camera, è attualmente in attesa di esame al Senato.

Si può, dunque, valutare positivamente lo sforzo di riassetto della materia nei suoi punti più dolenti (cittadinanza, espulsioni e trattamento) anche se l'intervento è ancora incompleto: si pensi, ad esempio, alla normativa sugli ingressi per motivi di lavoro introdotta dalla legge Bossi-Fini del 2002 che presenta molte ed evidenti lacune perché ostacola, di fatto, gli ingressi regolari nel nostro Paese²⁵. In conclusione, pare che si siano poste le basi per superare la logica emergenziale che si è seguita a lungo in Italia, ma siamo ancora lontani da politiche e normative di ampio respiro slegate da questo tipo di approccio.

5. Conclusioni

Concentrandosi sull'analisi degli interventi compiuti a livello europeo e nazionale per affrontare l'emergenza di questi ultimi anni e sul-

²⁴ Sulle diverse questioni relative agli interventi di riforma in materia di cittadinanza nell'ordinamento nazionale, anche alla luce delle esperienze europee e, in particolare, all'applicazione dei criteri dello *ius sanguinis* e dello *ius soli*, si veda E. GROSSO, *Si fa presto a dire "ius soli". Considerazioni sparse sull'acquisto della cittadinanza nel diritto comparato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2013, pp. 13 ss.; e, nella stessa Rivista, C. PINELLI, *I nuovi italiani e lo spazio della politica costituzionale*, pp. 37 ss.

²⁵ La legge in questione ha infatti inserito nel TU immigrazione un pacchetto di misure che hanno modificato la disciplina degli ingressi per motivi di lavoro e che, nei fatti, hanno reso più difficili gli ingressi regolari nel Paese ed hanno incrementato le probabilità per un cittadino straniero – così come per i suoi familiari – di passare dallo *status* di straniero regolarmente soggiornante a quello di "irregolare", aumentando, così, la condizione di precarietà ed instabilità della sua permanenza sul territorio. Innanzitutto, si è eliminata la possibilità di fissare automaticamente le quote di ingresso, rinviando al decreto dell'anno precedente, nel caso in cui non venisse emanato l'annuale decreto sui flussi; la figura del cosiddetto *sponsor*, introdotta al fine di agevolare gli ingressi regolari, è stata abrogata. La "Bossi-Fini" ha poi introdotto la nuova figura del "Contratto di soggiorno" che lega la possibilità del rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato all'esistenza di un contratto tra datore di lavoro e cittadino straniero che impegni il primo a garantire la disponibilità di un alloggio per il secondo ed a sostenere le spese di viaggio per l'eventuale rimpatrio dell'immigrato.

l'impatto di tali interventi sul sistema delle fonti del diritto dell'immigrazione, emergono alcune conclusioni che possono risultare sorprendenti.

Per anni sono apparse evidenti le lacune dell'intervento italiano in materia di immigrazione e asilo ed il suo approccio emergenziale che, in non poche occasioni, ha dato luogo a normative e politiche in contrasto con i diritti fondamentali della persona sulle quali sono intervenute a più riprese la Corte costituzionale e le Corti europee. Viceversa, l'azione dell'Unione, in una materia in cui aveva assunto una effettiva competenza soltanto da pochi anni, pur con tutti i suoi limiti, appariva in continua espansione e andava valutata positivamente perché è oramai evidente che gli Stati, da soli, non possono gestire questo fenomeno epocale.

Gli anni della crisi economica e dell'emergenza umanitaria hanno sensibilmente modificato il quadro. L'Italia, come si è visto, sta cercando di invertire un *trend* indubbiamente negativo, tra numerose difficoltà, ma percorrendo un cammino che si spera non venga interrotto. Più complesso e controverso appare, invece, il quadro a livello di Unione europea.

Da un punto di vista della coerenza del sistema delle fonti le problematiche sono diventate numerose alla luce degli interventi portati avanti per fronteggiare l'emergenza e correggere i malfunzionamenti del sistema Dublino. La disciplina contenuta nel regolamento Dublino è stata parzialmente derogata da molteplici interventi temporanei che potrebbero, invero, essere definiti estemporanei senza peccare di un eccesso di critica. Le decisioni del Consiglio dei ministri UE relative ai ricollocamenti dei migranti introducono un meccanismo di redistribuzione delle domande di asilo che contrasta (opportunamente) con i criteri del regolamento Dublino ma lo fa solo con l'adozione di misure temporanee che, oltretutto, sono state applicate solo in minima parte. Gli stessi interventi estemporanei di alcuni Stati membri e l'accordo dell'UE con la Turchia hanno introdotto misure temporanee che non sono coerenti rispetto alle regole di Dublino. Sembra, in sostanza, che l'insieme di questi interventi contribuisca più a creare antinomie irrisolte al sistema delle fonti che a fornire risposte all'emergenza umanitaria. Il primo intervento strutturale che contribuirebbe a ripensare la politica

europea dell'asilo e a ricostruirla sulla base dei principi di solidarietà tra Stati ed equità, vale a dire il radicale superamento del Sistema Dublino e del suo regolamento, appare lontano dal potersi realizzare a causa dell'aperta ostilità ad una sua riforma da parte di numerosi Stati membri.

Del resto, le contraddizioni e le palesi incongruenze che si ripercuotono sul sistema delle fonti del diritto dell'immigrazione appaiono come una delle spie dello stato confusionale che sta attraversando il processo di integrazione europea in questi ultimi anni, come è apparso evidente in diverse occasioni. Si pensi soltanto, a mo' di esempio, alle decisioni che aveva adottato il Consiglio europeo nel 2016²⁶, a seguito di un accordo con il Governo britannico, per evitare l'uscita dall'Unione del Regno Unito e che contenevano modifiche dei Trattati a Trattati invariati, come l'intervento sul ruolo dei Parlamenti nazionali nel controllo di sussidiarietà e la modifica alle procedure per attivare tale controllo, e cambiavano la disciplina dell'UE sui lavoratori stranieri cittadini dell'Unione presenti nel Regno Unito: modifiche la cui effettività ed applicabilità erano condizionate all'esito di un referendum indetto da uno Stato membro (il referendum sulla Brexit del Regno Unito).

Gli interventi in materia di immigrazione e asilo sono purtroppo uno degli esempi più lampanti dello stato di crisi del processo di integrazione europea. Il che non può che generare forti preoccupazioni dal momento che la creazione di una politica comune europea in materia appare imprescindibile per una gestione quantomeno soddisfacente dei flussi migratori che, viceversa, è irrealizzabile a livello nazionale.

²⁶ Sulle decisioni prese dal Consiglio europeo e sui numerosi profili di criticità che queste contenevano, si rinvia a G.M. SALERNO, *Le decisioni del Consiglio europeo di febbraio: l'Unione europea a una svolta*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2016; C. CURTI GIALDINO, "To be or not to be together...". *Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nell'UE: una prospettiva ragionevole per l'integrazione europea?*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2016.

L'APPROCCIO 'HOTSPOT' NELLA GESTIONE DELLE MIGRAZIONI: QUANDO LA FORMA (DELLE FONTI) DIVIENE SOSTANZA (DELLE GARANZIE)

EFFICIENTISMO E GARANTISMO DELLE RECENTI POLITICHE MIGRATORIE IN PROSPETTIVA MULTILIVELLO

Simone Penasa

SOMMARIO: 1. L'“approccio hotspot” quale ambito paradigmatico di tenuta del sistema multilivello di gestione dei fenomeni migratori. Alcune riflessioni di contesto. 2. Soft law per hard cases? Verso il progressivo perfezionamento del quadro normativo europeo. 3. No law for hard cases? La de-strutturazione delle fonti nella (non) disciplina italiana dell'approccio hotspot: dalla Roadmap alle Standard Operating Procedures. 3.1. Le Standard Operating Procedures ministeriali: quale compatibilità con il quadro giuridico-costituzionale? 4. La base giuridica dell'approccio hotspot: dalla natura del luogo alle garanzie della procedura. 4.1. L'hotspot quale ‘ibrido giuridico’, tra primo soccorso, accoglienza e rimpatrio. Una prima analisi di compatibilità alla luce del quadro costituzionale e convenzionale. 5. Un paradosso solo apparente: una adeguata copertura legislativa come condizione necessaria di legittimità e di effettività dell'approccio hotspot?

1. L'“approccio hotspot” quale ambito paradigmatico di tenuta del sistema multilivello di gestione dei fenomeni migratori. Alcune riflessioni di contesto

L'obiettivo di queste brevi note consiste nell'analizzare, nella prospettiva del sistema delle fonti all'interno delle quali si trova ad essere inserito, le caratteristiche fondamentali e le questioni principali espresse dal c.d. “approccio hotspot”, all'interno del più generale quadro della risposta giuridico-istituzionale che tanto a livello europeo quanto a li-

vello statale viene elaborata in relazione al fenomeno della migrazione verso il territorio dell'Unione europea¹.

Quello delle migrazioni rappresenta un ambito paradigmatico nel quale la pressione esercitata dai fenomeni sociali viene ad incidere in modo determinante sulle modalità attraverso le quali i tradizionali strumenti normativi tentano di darvi risposta. Ciò avviene sia dal punto di vista quantitativo sia qualitativo: l'attualità dimostra quale sia lo sforzo che viene richiesto al diritto – nonché ai suoi attori istituzionali – per assicurare anche in condizioni di emergenza il fisiologico svolgimento della sua funzione tipica – la gestione dei fenomeni sociali –, in un quadro di effettiva applicazione delle garanzie costituzionali, sia in senso istituzionale, sia di tutela dei diritti fondamentali².

In tale quadro, il tema delle fonti risulta centrale, dal momento che tanto più aumenta la complessità dei fenomeni, tanto più i sistemi e i livelli di produzione e di attuazione di norme giuridiche sono chiamati a un particolare protagonismo, che può esprimersi nel seguente quesito: come risponde il tradizionale sistema delle fonti alla pressione esercitata da un fenomeno complesso, dinamico e multi-dimensionale, in particolare quando subentri l'esigenza di disciplinarne una manifestazione particolarmente ingente, come avviene negli ultimi anni?

L'analisi dell'"approccio hotspot" viene qui utilizzata al fine di verificare un'ipotesi che si propone alla luce dei recenti sviluppi normativi in materia: da un lato, infatti, sembra emergere – nella prospettiva del

¹ Per un inquadramento del quadro giuridico europeo, da ultimo ed *ex plurimis*, L. AZOULAI, K. DE VRIES, *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, 2014; C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, 2015; S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK, E. GUILD, *EU Immigration Law (Text and Commentary)*, II ed., vol. 3, Leiden-Boston, 2015; P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER, K. WOUTERS (eds.), *European Migration Law*, Antwerpen, 2014; E. GUILD, P. MINDERHOUD, *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leiden-Boston, 2011; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, III ed., Oxford, 2012.

² Sul concetto di emergenza applicato al fenomeno migratorio, sia consentito il rinvio a S. PENASA, *Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e CIE*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione del diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Trento, 2015, pp. 141-168.

sistema delle fonti – una tendenza alla ri-nazionalizzazione della gestione anche giuridica di questo fenomeno, nel senso tanto di un recupero di protagonismo del livello statale rispetto a quello europeo, quanto – e soprattutto – della accentuazione dell'utilizzo di fonti secondarie o derogatorie rispetto al tradizionale assetto delle fonti; dall'altro lato, nella prospettiva istituzionale, la dimensione politica della gestione sembra prevalere su quella giuridica, con dirette conseguenze anche rispetto al tipo di strumenti normativi utilizzati.

Il caso qui analizzato consente di sottoporre il quadro giuridico ad un'analisi critica nella prospettiva qui proposta. Pertanto, dopo una prima parte nella quale si proporrà una ricostruzione dell'attuale quadro giuridico in materia, si passerà alla individuazione degli elementi critici che, dal punto di vista delle fonti e delle garanzie, emergono da esso³.

2. Soft law per hard cases? Verso il progressivo perfezionamento del quadro normativo europeo

L'esigenza di prevedere un metodo specifico di gestione degli arrivi di migranti, che riguardasse principalmente i canali di accesso rappresentati da Italia e Grecia⁴, viene espressa per la prima volta – come noto – all'interno della Comunicazione della Commissione avente ad oggetto l'Agenda europea sulla migrazione⁵. In tale documento, la Commissione prevede l'istituzione di «un nuovo metodo basato sui “punti di

³ Per una dettagliata e critica analisi del quadro normativo in materia, da ultimo A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra “sistema hotspot” e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, in particolare pp. 85 ss.

⁴ Secondo i dati forniti dall'UNHCR in materia di flussi migratori, gli arrivi via mare nel 2015 sono stati stimati in 1.015.078 persone, diminuiti a 316.712 nel 2016 (URL: http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php#_ga=1.171726693.475366661.1485267876).

⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni COM(2015) 240 final, Agenda europea sulla migrazione, del 13 maggio 2015. Per una descrizione, F. CASOLARI, *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 25, 2016, pp. 109-134.

crisi”» (gli hotspot), al fine di supportare – tanto dal punto di vista istituzionale quanto finanziario – gli Stati membri in prima linea a rispondere alla sfida immediata degli arrivi di migranti⁶. Si prevede, pertanto, la partecipazione attiva e diretta delle agenzie europee competenti in tale ambito (in particolare l’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo (EASO), Frontex ed Europol), a sostegno delle autorità nazionali nello svolgimento di una serie di attività che risultano funzionali alla qualificazione e quindi alla determinazione dello status dei migranti: «identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte»⁷. Pertanto, questa fase diventa decisiva al fine della gestione dei flussi migratori, nonché al fine di determinare la disciplina applicabile a ciascun migrante: infatti, al termine delle operazioni condotte nella fase direttamente successiva allo sbarco e al primo soccorso, i migranti devono essere identificati con lo *status* di persona richiedente asilo o protezione internazionale o, nel caso in cui non venga presentata domanda in tal senso, di persona irregolarmente presente sul territorio europeo.

Di conseguenza, secondo l’Agenda europea, nel primo caso si avvierà la procedura di asilo, all’interno della quale le autorità nazionali verranno supportate da squadre di sostegno dell’EASO al fine di garantire la rapidità nella trattazione delle domande⁸; nel secondo caso, l’esito della attribuzione dello *status* di “irregolare” dovrà essere il rimpatrio, che avverrà con il supporto di Frontex con funzioni di coordinamento⁹.

Fin da questa preliminare descrizione del quadro all’interno del quale l’approccio hotspot viene inserito, appare evidente che quest’ultimo risulti funzionale in particolare a due dei “pilastri” della Agenda europea: «ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare»¹⁰, anche attraverso l’aumento del tasso di esecuzione delle decisioni di rimpatrio, che si

⁶ Agenda europea sulla migrazione, cit., p. 7.

⁷ Ibidem.

⁸ Con modalità diverse a seconda dello Stato, cfr. in particolare la Grecia dopo l’entrata in vigore dell’Accordo EU-Turchia (su tale accordo, cfr. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2016, pp. 405-426).

⁹ Agenda europea sulla migrazione, cit., p. 7.

¹⁰ Ivi, p. 8.

attesta su percentuali esigue¹¹ e che rappresenta – secondo la Commissione – uno degli incentivi all'immigrazione irregolare; e «una politica comune di asilo forte»¹², che richiede una maggiore condivisione delle responsabilità tra Stati membri, in particolare mediante – da un lato – il rispetto dell'obbligo di identificazione dei migranti da parte degli Stati di primo ingresso (Italia e Grecia) e – dall'altro lato – attraverso l'attivazione di un meccanismo di ricollocazione (relocation) delle persone richiedenti asilo o protezione tra gli Stati membri, sulla base del principio di solidarietà¹³.

Stante il carattere non vincolante di tale atto, successivamente le istituzioni europee sono intervenute a dotare di una – seppur limitata, come vedremo – copertura normativa questo meccanismo di gestione dei flussi migratori, il quale si inserisce evidentemente all'interno del quadro giuridico europeo esistente in materia di immigrazione. In particolare, pur senza fare espresso riferimento al metodo hotspot, la Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, è venuta a definire il quadro normativo all'interno del quale tale procedura può essere attivata, individuandone la base legale nell'art. 78, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nel quale si prevede che qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati¹⁴, e nell'art. 80 del medesimo Trattato, secondo cui le politiche dell'Unione relative ai controlli alle frontiere,

¹¹ La percentuale di rimpatri effettivamente eseguiti corrispondeva, secondo i dati forniti nella Agenda europea, al 39.2% (ivi, p. 11).

¹² Agenda europea sulla migrazione, cit., p. 13.

¹³ C. FAVILLI, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'«emergenza» immigrazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2015, pp. 785-788; G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, Torino, 2014, pp. 366 ss.

¹⁴ Per un commento, A. ADINOLFI, *Articolo 78*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, pp. 480 ss.

all'asilo e all'immigrazione e la loro attuazione devono essere governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri¹⁵.

In tale decisione, il Consiglio, dopo avere disciplinato la procedura di ricollocazione dei richiedenti negli Stati membri (artt. 4 e 5)¹⁶, prevede che, alla luce della eccezionalità della pressione sui sistemi di asilo e migrazione di Italia e Grecia esercitata dall'aumento della pressione migratoria alle frontiere esterne, gli Stati membri rafforzino il sostegno operativo a tali Stati attraverso le attività coordinate dalle richiamate agenzie europee (art. 7). Il citato articolo individua formalmente le attività di sostegno che le agenzie europee sono chiamate a svolgere all'interno dei "punti di crisi" (approccio hotspot): a) screening dei migranti, in particolare mediante identificazione, rilevamento delle impronte digitali e registrazione, eventualmente anche delle domande di protezione internazionale; b) fornitura di informazioni ai richiedenti o potenziali richiedenti suscettibili di ricollocazione e assistenza specifica; c) preparazione e organizzazione delle operazioni di rimpatrio dei migranti che non abbiano fatto richiesta di protezione o asilo¹⁷.

La Decisione richiamata sembra pertanto fornire indicazioni relative alla base giuridica (artt. 78 e 80 TFUE) e all'oggetto delle attività che gli organismi europei coinvolti sono chiamati a svolgere in fase di supporto alle autorità nazionali (art. 7). In tale atto, inoltre, viene definita la natura di tale intervento, il quale viene qualificato nel senso della eccezionalità (in relazione alle condizioni fattuali del fenomeno), della volontarietà (su richiesta degli Stati interessati) e della temporaneità (rispetto alla durata, che il Consiglio individua in tale fase in 24 mesi, cfr. considerando 17 della decisione).

¹⁵ Per una critica rispetto all'effettiva realizzazione di tale principio, M. DEN HEIJER, J. RIJPMAN, T. SPIJKERBOER, *Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, pp. 613 ss.

¹⁶ Cfr. E. GUILD, S. CARRERA, *Can the New EU Refugee Relocation System Work? Perils in the Dublin Logic and Flawed Reception Conditions in the EU*, CEPS Policy Brief, 2015; M. DI FILIPPO, *Le misure di ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 2, 2015, pp. 34-60.

¹⁷ Art. 7, comma 1, della Decisione citata.

Successivamente, una Comunicazione della Commissione europea (*Managing the refugee crisis: immediate operational, budgetary and legal measures under the European Agenda on Migration*) del 29 settembre 2015 ha previsto l'istituzione di *Migration Management Support Teams*, costituiti da agenti delle diverse agenzie europee coinvolte e chiamati a svolgere le attività previste dalla Decisione all'interno delle aree "hotspot" in cooperazione e coordinamento con le autorità nazionali¹⁸. Tale Comunicazione fornisce una prima definizione della funzione dell'approccio hotspot, il quale viene inteso quale

platform for the agencies to intervene, rapidly and in an integrated manner, in frontline Member States when there is a crisis due to specific and disproportionate migratory pressure at their external borders, consisting of mixed migratory flows and the Member State concerned might request support and assistance to better cope with that pressure¹⁹.

Pertanto, l'hotspot sembra dovere essere inteso quale metodo di coordinamento e cooperazione tra agenzie europee e autorità nazionali, che può essere attivato su richiesta degli Stati colpiti da una eccezionale pressione di flussi migratori "misti" ed è finalizzato a una gestione più adeguata ed efficiente dei medesimi²⁰. La Commissione chiarisce inoltre che le attività svolte dalle agenzie europee (cfr. art. 7 della decisione) non si sostituiscono a quelle che devono essere garantite dalle autorità nazionali, le quali sono chiamate ad assicurare anche le infrastrutture organizzative e materiali al fine dello svolgimento delle attività previste²¹.

Viene quindi chiarita anche la natura 'funzionale' di tale approccio, il cui obiettivo essenziale è rappresentato dal facilitare l'attuazione del

¹⁸ Comunicazione COM(2015) 490 final/2 della Commissione al Parlamento, al Consiglio Europeo e al Consiglio "Managing the refugee crisis: immediate operational, budgetary and legal measures under the European Agenda on Migration", del 29 settembre 2015, p. 5.

¹⁹ Ivi, Annesso II, p. 2.

²⁰ Ivi, p. 3.

²¹ Ivi, p. 5.

meccanismo di relocation previsto ex art. 78, terzo comma, del TFUE e delle procedure di rimpatrio verso Paesi extra-UE²².

Come evidenziato da attenta dottrina, pertanto l'approccio hotspot «non è stato formalizzato in atti UE vincolanti»²³, il che contribuisce a rendere più difficile la precisa individuazione delle fonti – tanto europee quanto, come si vedrà, nazionali, in particolare nel caso dell'Italia – che ne regolano l'attività e ne prevedono le garanzie sostanziali e procedurali nei confronti delle persone che vi accedono. Pertanto, in assenza di una fonte vincolante che ne disciplini in maniera organica ed esaustiva il funzionamento, il quadro normativo al quale è possibile fare riferimento a livello europeo è rappresentato, oltre che dai documenti ai quali ci si è appena riferiti, dalle normative che disciplinano l'attività delle agenzie coinvolte²⁴ e – soprattutto rispetto alla individuazione delle garanzie procedurali e sostanziali che devono essere assicurate anche in tali luoghi – da quelle previste in materia di immigrazione, asilo, accoglienza e rimpatrio.

Tuttavia, occorre chiarire che recentemente il vuoto normativo in materia sembra essere stato, se non completamente²⁵, colmato dalla approvazione del Regolamento (UE) 2016/21624 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, del 14 settembre 2016²⁶, nel quale si prevede che i rinforzi tecnici e opera-

²² Ibidem.

²³ G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 3, 2015, p. 19.

²⁴ In tal senso la ricerca *On the frontline: the hotspot approach to managing migration*, commissionata dallo European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Bruxelles, maggio 2016, p. 29.

²⁵ Propone questa lettura M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 2016, pp. 739 ss.

²⁶ Regolamento (UE) n. 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la Decisione 2005/267/CE del Consiglio. In dottrina, F. FERRARO, E. DE CAPITANI, *The new European Border and Coast Guard: yet another "half way" EU reform?*, in *ERA Forum*, 2016; S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, *A European Border and Coast Guard: what's in a name?*, in *CEPS*, n. 88, 2016; P. DE BRUYCKER, *The European Border and Coast Guard: a new model built on an old logic*, in

tivi assicurati dalle agenzie europee agli Stati membri in caso di «sfide migratorie specifiche e sproporzionate caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori misti», devono essere forniti «nei punti di crisi (hotspot) dalle squadre di sostegno per la gestione della migrazione»²⁷, alle quali fa riferimento la citata Comunicazione della Commissione. Inoltre, il considerando n. 27 chiarisce che le attività svolte in tali contesti (materiali e operativi) dalle agenzie europee coinvolte devono avvenire nel pieno rispetto dell'«acquis dell'Unione, compreso il sistema europeo comune di asilo e i diritti fondamentali».

Il regolamento prevede anche una definizione di hotspot (punto di crisi), il quale viene identificato in

una zona in cui lo Stato membro ospitante, la Commissione, le agenzie dell'Unione competenti e gli Stati membri partecipanti cooperano allo scopo di gestire una sfida migratoria sproporzionata, reale o potenziale, caratterizzata da un aumento significativo del numero di migranti in arrivo alla frontiera esterna²⁸.

Nella definizione proposta dal Regolamento sembrano convivere le due dimensioni che sono state individuate quali caratterizzanti tale approccio: quella materiale, alla luce della quale l'hotspot viene considerato uno spazio fisico all'interno del quale i migranti vengono sottoposti ad una serie di attività dalla natura differenziata (primo soccorso, assistenza medica, identificazione, rilievi dattiloscopici, pre-qualificazione); quella logistico-operativa, alla luce della quale l'hotspot viene considerato un metodo di lavoro fondato sul coordinamento e la cooperazione tra diversi livelli istituzionali e finalizzato alla gestione efficiente ed effettiva degli obiettivi individuati a livello europeo. Come risulterà evidente nel momento in cui si analizzerà il quadro giuridico italiano, la natura "mista" ed eterogena delle funzioni svolte all'interno dell'approccio hotspot rappresenta uno dei punti più critici, dal punto di vista giuridico-costituzionale, di tale contesto.

European Papers, n. 2, 2016, pp. 559-569; D. THYM, *The "refugee crisis" as a challenge of legal design and institutional legitimacy*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, pp. 1545-1574.

²⁷ Regolamento n. 2016/1624, cit., considerando n. 25.

²⁸ Regolamento n. 2016/1624, cit., art. 2.

Il regolamento non si limita a individuare alcuni principi generali (cfr. i consideranda) e una definizione (art. 2) di hotspot, ma introduce una serie di criteri e funzioni che ne devono orientare l'attuazione. In particolare, l'art. 8 attribuisce alla Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera anche funzioni di assistenza agli Stati membri

in circostanze che richiedono una maggiore assistenza tecnica e operativa alle frontiere esterne avviando interventi rapidi alle frontiere esterne degli Stati membri che fronteggiano sfide specifiche e sproporzionate (...).

Inoltre, con specifico riferimento alle attività svolte all'interno degli hotspot, si prevede che l'Agenzia fornisca squadre e attrezzatura tecnica per fornire assistenza nelle operazioni di selezione (screening), raccolta di informazioni (debriefing), identificazione e rilevamento delle impronte digitali, e che stabilisca

una procedura di orientamento e informazione iniziale in favore delle persone che necessitano di protezione internazionale o intendono presentare domanda in tal senso, in cooperazione con l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) e le autorità nazionali²⁹.

A livello operativo, l'art. 14 (Interventi dell'Agenzia alle frontiere esterne) prevede che tale Agenzia, a fronte di una richiesta di assistenza da parte di uno Stato membro (art. 14, primo comma), possa, «in conformità del pertinente diritto dell'Unione e internazionale, compreso il principio di non respingimento» (art. 14, secondo comma), dispiegare *equipes* nell'ambito delle squadre di sostegno per la gestione della migrazione nei punti di crisi (lett. d)). Queste ultime vengono disciplinate dall'art. 18, nel quale si prevede che le squadre di sostegno costituite da rappresentanti delle varie agenzie europee coinvolte possano essere attivate, a seguito di richiesta da parte di uno Stato membro a fronte di «sfide migratorie sproporzionate in particolari punti di crisi alle sue frontiere esterne» alla Agenzia, che ne valuta la portata e definisce le

²⁹ Regolamento n. 2016/1624, cit., art. 8, primo comma, lettera i).

misure di rinforzo, che dovranno essere approvate dallo Stato interessato³⁰.

In tale quadro, la Commissione stabilisce le modalità di cooperazione presso il punto di crisi ed è responsabile del coordinamento delle attività svolte dalle squadre di sostegno³¹. L'art. 18, infine, giunge a formalizzare in un atto normativo vincolante gli ambiti di intervento che erano stati già individuati nella Agenda Europea e nel successivo secondo annesso della Comunicazione della Commissione del settembre 2015: assistenza nella selezione dei cittadini di paesi terzi, in particolare nelle attività di identificazione e registrazione, raccolta di informazioni e rilevamento delle impronte digitali; comunicazione di informazioni preliminari alle persone che desiderano richiedere protezione internazionale; assistenza tecnica e operativa nella fase di rimpatrio³².

Significativamente, l'art. 19 introduce un'ipotesi derogatoria rispetto al principio secondo cui spetta allo Stato membro richiedere l'intervento dell'Agenzia. Infatti, qualora il controllo delle frontiere esterne sia reso inefficace in misura tale da rischiare di compromettere il funzionamento dello spazio Schengen (in caso di mancata adozione delle misure necessarie a seguito di una decisione dell'Agenzia da parte dello Stato o di mancata richiesta di supporto da parte dello Stato ex artt. 15, 17 o 18), il Consiglio su proposta della Commissione può adottare «senza indugio una decisione mediante atto di esecuzione, in cui definisce le misure che dovrebbero attenuare tali rischi e che devono essere adottate dall'Agenzia»³³. A fronte del mancato rispetto del piano operativo da parte dello Stato membro, il finanziamento delle attività di supporto può essere revocato, fino a giungere alla sospensione o cessazione della medesima, anche in seguito a «violazioni dei diritti fondamentali o degli obblighi in materia di protezione internazionale di natura grave o destinate a persistere»³⁴.

Pertanto, il citato Regolamento ha indubbiamente colmato una lacuna normativa, in termini di disciplina delle attività svolte da autorità e

³⁰ Regolamento n. 2016/1624, cit., art. 18, secondo comma.

³¹ Regolamento n. 2016/1624, cit., art. 18, comma terzo.

³² Regolamento n. 2016/1624, cit., art. 18, quarto comma.

³³ Regolamento n. 2016/1624, cit., art. 19, primo comma.

³⁴ Regolamento n. 2016/1624, cit., art. 25.

agenzie europee all'interno dei punti di crisi istituiti a livello nazionale, assumendo evidentemente la prospettiva delle medesime agenzie³⁵. La disciplina copre infatti i compiti e le prerogative dei soggetti europei chiamati ad intervenire, ponendo al contempo alcuni principi che possono orientare anche le attività svolte dalle autorità nazionali, come nei casi di sospensione o revoca delle attività di supporto e dei finanziamenti nei casi previsti dall'art. 25 del regolamento.

Definito il quadro normativo europeo, occorre ora rivolgere l'analisi al livello nazionale, al fine di verificare che le attività svolte in tali ambiti operativi trovino una adeguata copertura normativa.

3. No law for hard cases? *La de-strutturazione delle fonti nella (non) disciplina italiana dell'approccio hotspot: dalla Roadmap alle Standard Operating Procedures*

La carenza di una specifica disciplina in materia di hotspot sembra acuirsi se si assume la prospettiva del diritto nazionale italiano. Ciò appare particolarmente significativo, in quanto – come specificato dalle fonti europee – pur a fronte di una partecipazione rilevante di agenzie europee nelle attività svolte all'interno degli spazi hotspot, l'attività di supporto, coordinamento e cooperazione svolta da queste ultime non esonera da responsabilità le autorità nazionali, le quali devono assicurare un quadro normativo, organizzativo ed operativo conforme ai principi internazionali (CEDU), europei (da ultimo il regolamento citato) e interni (*in primis* la Costituzione).

³⁵ Il rafforzamento dei poteri delle agenzie europee, in particolare di Frontex, è stato oggetto di analisi critica in dottrina: cfr. ad esempio S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, *A European Border and Coast Guard: what's in a name?*, cit., pp. 11 ss.; S. PEERS, *The reform of Frontex: saving Schengen at refugees' expense?*, in *EU Law Analysis Blog*, 16 dicembre 2015 (URL: <http://eulawanalysis.blogspot.it/2015/12/the-reform-of-frontex-saving-schengen.html>). Secondo P. DE BRUYCKER, *The European Border and Coast Guard: a new model built on an old logic*, cit., p. 568, «a real solution seems to require progress towards a model where the responsibility for the control of the external borders would no longer be shared with Member States, but rather would become extremely centralised into a European Agency, a real and not a fictive European Border and Coast Guard».

Analogamente a quanto avvenuto (almeno inizialmente) a livello europeo, come detto, anche l'ordinamento italiano non è intervenuto a introdurre una disciplina legislativa in materia, come peraltro raccomandato dalle istituzioni europee (in particolare con riguardo all'uso della forza nel prelievo delle impronte digitali)³⁶ e come avvenuto in altri ordinamenti³⁷. Infatti, l'atto nel quale è stato predisposto il quadro relativo all'attuazione del metodo hotspot è rappresentato dalla Roadmap del 28 settembre 2015 redatta dal Ministero dell'Interno, la quale – pur non assumendo valore giuridico vincolante – individua le aree all'interno delle quali le procedure individuate dalla Agenda Europea vengono svolte, con il supporto delle agenzie europee competenti, e le procedure che vengono attuate nelle medesime strutture³⁸.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'individuazione (successivamente estesa a sei aree attualmente funzionanti) delle aree hotspot avviene senza una chiara qualificazione dello status giuridico ad esse corrispondenti. In particolare, non risulta chiaro se esse debbano essere ritenute equivalenti, in termini di natura di tali luoghi, ai centri esistenti in Italia e disciplinati a livello legislativo³⁹, ed eventualmente quale disciplina sia ad esse applicabile. In tal senso, appare rilevante che la *Roadmap* qualifichi le aree ad esso dedicate come «hotspots chiusi»⁴⁰, potendosi supporre dall'utilizzo di tale aggettivo che essi debbano essere considerati quali centri all'interno dei quali i migranti siano sottopo-

³⁶ Si sofferma su tale aspetto A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, cit., p. 89.

³⁷ Cfr. il caso della Grecia, che è intervenuta con la legge n. 4375/2016, su cui *infra*.

³⁸ Ministero dell'Interno, *Roadmap italiana*, 28 settembre 2015, emanata ai sensi dell'art. 8 della Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, alla quale ha fatto seguito la Circolare ministeriale del 6 ottobre 2015.

³⁹ In dottrina è stata ripetutamente criticata l'insufficienza della base legale sulla quale tali centri, in particolare quelli di primo soccorso e accoglienza si reggono, in particolare rispetto alle forme di trattenimento che in essi avvengono (cfr. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri: storia, diritto, politica*, Roma, 2013; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Diritti sotto sequestro. Dall'emergenza umanitaria allo stato di eccezione*, Roma, 2012).

⁴⁰ Ministero dell'Interno, *Roadmap italiana*, cit., p. 6.

sti a forme di trattenimento, che equivalgono – come da giurisprudenza costituzionale (su cui *infra*) – a forme di limitazione della libertà personale garantita dall'art. 13 Cost.⁴¹. Allo stesso tempo, il medesimo atto specifica che all'interno di tali luoghi siano disponibili «strutture di prima accoglienza», elemento che potrebbe fare propendere per una forma *sui generis* – e comunque non disciplinata dalla legge – di centro di primo soccorso e accoglienza. In tali centri, la cui base legale viene sovente messa in discussione in termini di legittimità⁴², il trattenimento degli stranieri è consentito al fine di predisporre le necessarie «attività di prima accoglienza, assistenza e quelle svolte per esigenze igienico-sanitarie, connesse al soccorso dello straniero» e «per il tempo strettamente necessario» all'avvio dei medesimi – una volta avvenuta la attribuzione di uno *status* – verso i centri di identificazione ed espulsione (CIE) o all'interno di procedure finalizzate «all'adozione dei provvedimenti occorrenti per l'erogazione di specifiche forme di assistenza di competenza dello Stato», come ad esempio la procedura di accoglienza e di richiesta asilo e protezione internazionale⁴³.

Analizzando le procedure che la *Roadmap* del ministero dell'Interno prevede siano svolte all'interno delle aree hotspot, è possibile riscontrare una parziale coincidenza rispetto alle attività e procedure previste per i CPSA, che sono ora richiamati dall'art. 9 del decreto legislativo n. 142/2015 quali centri di prima accoglienza (ex d.lgs. n. 281/1997) nei quali vengono svolte le operazioni di prima accoglienza e necessa-

⁴¹ M. SAVINO, *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case*, in *German Law Journal*, n. 6, 2016, pp. 988-989.

⁴² In G. SCHIAVONE (coord.), *Il diritto alla protezione. La protezione internazionale in Italia. Quale futuro? Studio sullo stato del sistema di asilo in Italia e proposte per una sua evoluzione*, Fondo Europeo per i Rifugiati, Programma Annuale 2009, 2011, pp. 122-123, si afferma come – in relazione ai CPSA (nonché dei CDA) – «più che di una carenza normativa, si dovrebbe a tutti gli effetti parlare di una autentica *vacatio legis*», in quanto «nessuna norma disciplina le fattispecie e le modalità di accoglienza o di permanenza di fatto obbligatoria degli stranieri in detti centri».

⁴³ Cfr. l'art. 23 del regolamento attuativo del TU immigrazione, d.P.R. n. 394/1999 (sul punto, M. BORRACCETTI, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 2, 2014, p. 14, e bibliografia citata in nota 14).

rie alla definizione della posizione giuridica dei migranti⁴⁴. Infatti, l'art. 9 del citato decreto legislativo prevede che il richiedente – quindi un soggetto al quale sia già stato attribuito tale status giuridico – sia accolto in tali centri

per il tempo necessario, all'espletamento delle operazioni di identificazione, ove non completate precedentemente, alla verbalizzazione della domanda ed all'avvio della procedura di esame della medesima domanda, nonché all'accertamento delle condizioni di salute (...)⁴⁵.

Tuttavia, delle due l'una: o le aree in cui si attua l'approccio hotspot sono riconducibili ai centri di prima accoglienza appena citati, e quindi ad essi si devono applicare le modalità di accoglienza previste dall'art. 10 del d.lgs. 142/2015⁴⁶; oppure in esse si svolge una fase precedente a quella disciplinata dalle norme richiamate, all'interno delle quali vengono messe in atto procedure complesse e incidenti sulla sfera giuridica dei migranti, rispetto alla quali si è di fronte a un sostanziale carenza di base legale giuridica.

Appare in ogni caso evidente che la pluralità e la complessità delle operazioni svolte all'interno delle aree hotspot ne fanno un luogo che esprime una peculiarità che non trova una corrispondente copertura a

⁴⁴ G. CAMPESI, *Chiedere asilo in tempo di crisi. Accoglienza, confinamento e detenzione ai margini d'Europa*, in C. MARCHETTI, B. PINELLI (a cura di), *Confini d'Europa. Modelli di controllo e inclusioni informali, titolo provvisorio*, Milano, 2016 (reperibile al sito: https://www.academia.edu/23166256/Chiedere_asilo_in_tempo_di_crisi._Accoglienza_confinamento_e_detenzione_ai_margini_d_Europa), pp. 8-9, sottolinea in tal senso che «I documenti pubblicati dalla Commissione suggeriscono (...) di creare tali nuovi *sorting centres* utilizzando la base legale attualmente esistente nel diritto europeo ed, in particolare, le norme che consentono il trattenimento alla frontiera dei richiedenti asilo nel quadro delle cosiddette procedure accelerate».

⁴⁵ Decreto legislativo n. 142/2015, art. 9, comma 4.

⁴⁶ Tra le quali risultano particolarmente rilevanti il rispetto della sfera privata, comprese le differenze di genere, delle esigenze connesse all'età, la tutela della salute fisica e mentale, l'unità dei nuclei familiari, nonché la possibilità di uscire dal centro nelle ore diurne e di comunicare – tra gli altri – con gli avvocati e i familiari dei richiedenti.

livello legislativo, in quanto non sembra sussumibile *de plano* a nessuno dei centri esistenti, costituendone piuttosto un *tertium genus*⁴⁷.

3.1. *Le Standard Operating Procedures ministeriali: quale compatibilità con il quadro giuridico-costituzionale?*

Successivamente alla *Roadmap* e ad alcune circolari ministeriali finalizzate a favorirne l'attuazione⁴⁸, il Ministero ha emanato le *Standard Operating Procedures* (SOP) applicabili agli hotspot, che rappresentano una guida operativa per le attività organizzate all'interno di tali aree, senza però che tale atto sia sorretto da una formale (nonché adeguata) base legislativa che ne orienti il contenuto e l'approccio.

Tali SOP possono quantomeno chiarire, se non il quadro normativo all'interno del quale l'approccio hotspot è inserito, la natura multidimensionale di quest'ultimo. Infatti, di hotspot viene proposta una accezione dal punto di vista strutturale, inteso quindi quale area designata all'interno della quale, «nel più breve tempo possibile e compatibilmente con il quadro normativo italiano», vengono svolte le attività descritte in precedenza; mentre, dal punto di vista organizzativo, l'hotspot rappresenta

un metodo di lavoro in team, all'interno del quale le autorità italiane, ovvero il personale delle Forze di Polizia, il personale sanitario e le organizzazioni internazionali e non governative lavorano a stretto contatto ed in piena cooperazione con i team europei di supporto, composti da personale incaricato da Frontex, Europol, EASO (Ufficio europeo di supporto per l'Asilo), al fine di assicurare una gestione procedimentalizzata delle attività, standardizzata e pienamente efficiente, avendo di

⁴⁷ Appare in tal senso opportuno richiamare la definizione fornita da A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, cit., p. 91, secondo il quale «quello degli "hotspot" è un metodo amministrativo di identificazione e gestione dei flussi migratori, non formalizzato in una base legale di diritto interno – ma neppure europeo –, che si sovrappone alla normativa vigente nel nostro ordinamento giuridico e che contrasta, quindi, non soltanto con la legalità ordinaria (ed europea, visto che il Decreto legislativo n. 142/2015 dava attuazione delle Direttive nn. 32 e 33/2013), ma soprattutto con le garanzie costituzionale previste all'art. 13 della Costituzione».

⁴⁸ Circolari del 6 ottobre 2015 e 8 gennaio 2016.

mira l'interesse a garantire le soluzioni più sostenibili per le persone in ingresso⁴⁹.

Tale duplice natura rappresenta un elemento connotativo dell'approccio hotspot, che ne può aumentare al contempo l'effetto di incertezza in relazione alla esatta individuazione dei luoghi all'interno dei quali esso può essere legittimamente applicato. Se, infatti, esso dovesse essere inteso – a livello organizzativo – come metodo di lavoro fondato sul coordinamento e la cooperazione tra autorità nazionali ed europee, esso potrebbe trovare attuazione anche in aree diverse da quelle specificatamente individuate a livello ministeriale. Non è un caso, in tal senso, che nelle SOP si preveda la possibilità che le procedure standardizzate possano essere adottate anche «in situazioni diverse dagli hotspot formalmente identificati come possono essere, ad esempio, i luoghi di sbarco diversi dagli hotspot attivi», giungendo a ipotizzare una possibile applicazione «di portata potenzialmente generale, indicativa di un possibile modello per la gestione di qualsiasi flusso misto in ingresso»⁵⁰.

Questo inciso, pur se contenuto in un atto giuridicamente non vincolante, conferma la necessità di chiarire la natura giuridica di tale metodo di gestione dei flussi “misti” di migranti, quando avvengano in condizioni di eccezionalità e imprevedibilità, e dei luoghi all'interno dei quali le operazioni previste vengono svolte. Appare pertanto opportuno soffermarsi nel dettaglio sui motivi più rilevanti di incertezza dal punto di vista normativo che tale approccio solleva.

4. La base giuridica dell'approccio hotspot: dalla natura del luogo alle garanzie della procedura

La questione della base giuridica di tale approccio è direttamente connessa alla determinazione della natura del luogo e delle attività in esso svolte. Infatti se, dal punto di vista strutturale, tali aree fossero as-

⁴⁹ Ministero dell'Interno, *Standard Operating Procedures*, giugno 2016, p. 6 (URL: <http://www.libertacivilimmigrazione.dlci.interno.gov.it/hotspot>).

⁵⁰ *Ibidem*.

sibilabili a uno dei tipi di centro attualmente esistenti sul territorio nazionale, sarebbe possibile ipotizzare una applicazione analogica della normativa esistente e – di conseguenza – considerare gli atti emanati a livello nazionale ai quali ci si è riferiti in precedenza come attuativi della disciplina di riferimento, seppur mediante forme atipiche (*Roadmap* e *SOP*)⁵¹.

Al contrario, se si dovesse ritenere che gli spazi all'interno dei quali viene adottato il metodo hotspot configurino un *tertium genus*⁵² – inedito – rispetto agli spazi di gestione dei migranti previsti dalla legislazione vigente, alla luce delle attività e delle procedure “ibride” svolte al loro interno, l'approccio sembra dovere mutare: infatti, nel momento in cui, integrando la prospettiva strutturale con una organizzativa, si consideri l'hotspot un'area chiusa⁵³, all'interno della quale i migranti vengono trasferiti in una fase immediatamente successiva al soccorso in mare o allo sbarco, al fine di essere sottoposti a una serie standardizzata di attività diverse in termini di oggetto e finalità e rispetto alle quali entra in gioco l'esigenza di garantire una adeguata protezione a diritti costituzionalmente previsti, l'assenza di una disciplina legislativa ad hoc risulta rilevante ai fini di orientarne la valutazione alla luce dei parametri costituzionali e internazionali (CEDU)⁵⁴.

La centralità dell'alternativa tra riconducibilità a centri esistenti o qualificabilità come *quid novum* può essere meglio intesa se analizzata in combinato con la questione relativa alla determinazione della natura

⁵¹ Per una ricostruzione della disciplina giuridica dei diversi centri previsti, cfr. M. BORRACETTI, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, cit., in particolare pp. 15 ss.

⁵² Sembra proporre questa interpretazione B. GORNATI, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall' 'evoluzione' dei CIE all' introduzione dei c.d. hotspot*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2016, p. 477, secondo la quale «la natura giuridica degli hotspot sembra collocarsi a metà tra i centri di prima accoglienza, dato il tipo di struttura emergenziale, e i centri di identificazione ed espulsione, in quanto luogo di trattenimento dei migranti».

⁵³ Cfr. la citata *Roadmap* ministeriale.

⁵⁴ Sul punto, M. SAVINO, *L' «amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, pp. 3-4, 2015, pp. 54 ss., ritiene che la transizione all'approccio hotspot renda ancora più urgente un intervento normativo in materia.

delle aree hotspot. In particolare, alla luce dell'assenza di una espressa base legislativa che ne qualifichi formalmente la natura giuridica e della molteplicità delle attività svolte al loro interno, che non consentono di ricondurla *de plano* a una specifica modalità di gestione del fenomeno migratorio (primo soccorso o qualifica; assistenza o trattenimento), si pone la questione di determinarne la natura 'aperta', tipica dei centri di primo soccorso e accoglienza, o 'chiusa', tipica dei centri di identificazione ed espulsione.

Non si tratta di questione di poco momento giuridico-costituzionale, in quanto da ciò deriva la possibilità di ricondurre le garanzie che devono essere assicurate alle persone che vi fanno ingresso all'alveo dell'art. 13 della Costituzione. Se, infatti, come peraltro proposto in dottrina, fosse possibile qualificare le aree hotspot quantomeno come «forma larvata di trattenimento»⁵⁵, in assenza di una formale qualificazione normativa si dovrebbero applicare le garanzie sostanziali e procedurali previste dal citato articolo costituzionale. In tal senso, lo scarno quadro normativo esistente non sembra chiarire la questione: da un lato, come anticipato la *Roadmap* ministeriale qualifica, in modo peraltro assertivo, gli spazi dedicati alla procedura hotspot come «chiusi»; dall'altro lato, le SOP prevedono, in modo generico, che «il periodo di permanenza nella struttura, dal momento dell'ingresso, deve essere il più breve possibile, compatibilmente con il quadro normativo vigente»⁵⁶, mentre si specifica che

Salvo il verificarsi di afflussi eccezionali che impongono l'adozione di iniziative diverse, la persona può uscire dall'Hotspot solo dopo essere stata foto-segnalata concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono state completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di polizia⁵⁷.

In via deduttiva, quindi, si può ritenere che il migrante versi in una condizione di sostanziale trattenimento fino alla conclusione delle ultime fasi previste nella sequenza operativa attuata all'interno degli hot-

⁵⁵ G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, cit., p. 26.

⁵⁶ Ministero dell'Interno, *Standard Operating Procedures*, cit., p. 9.

⁵⁷ Ivi, p. 8.

spot, rappresentate dal foto-segnalamento e dalle attività di de-briefing svolte dalla polizia nazionale con il supporto di Frontex. Alla luce dei dati relativi al numero di sbarchi e alla durata delle procedure eseguite in fase di pre-identificazione e in particolare di raccolta delle impronte digitali⁵⁸, sembra ragionevole ritenere che non si possano concludere entro un arco di tempo limitato, in conformità⁵⁹ con quanto disposto per il trattenimento in casi eccezionali di necessità ed urgenza dal terzo comma dell'articolo 13 della Costituzione⁶⁰.

La oscura natura giuridica di tali 'luoghi', accresciuta dal carattere plurale delle attività svolte nei confronti dei migranti in essi ospitati, non fa che confermare la centralità dell'alternativa poc'anzi avanzata: gli hotspot rappresentano una *species* di un *genus* esistente, o un *quid novum* che rappresenta un *tertium genus*, inevitabilmente sprovvisto di una adeguata copertura legislativa? Non si può non concordare, pertanto, con quanto affermato dalla Commissione parlamentare sui diritti fondamentali del Senato nel Rapporto sui CIE del febbraio 2016, nel quale si sottolinea che

resta (...) da definire la natura giuridica dei centri in cui si attua l'approccio hotspot: continuano a essere centri di prima accoglienza o diventano dei centri di identificazione ed espulsione, unica tipologia di

⁵⁸ La Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, istituita dalla Camera dei Deputati con delibera del 17 novembre 2014, nella Relazione sul sistema di identificazione e di prima accoglienza nell'ambito dei centri "hotspot" (26 ottobre 2016), afferma che «nell'ipotesi invero assai frequente di impossibilità di completamento della procedura di fotosegnalazione nel termine di 48/72 ore indicato nella *Roadmap*, i migranti sono stati trattenuti presso gli *hotspot*».

⁵⁹ Conformità, peraltro del tutto teorica e potenziale, considerata l'assenza del requisito di legittimità del provvedimento limitativo della libertà personale rappresentato dalla esigenza che la legge indichi tassativamente i casi che ne consentono l'emanazione, stante la natura certamente non legislativa tanto delle SOP quanto della *Roadmap* (sul punto, F. VASSALLO PALEOLOGO, *Nuovo Regolamento "SOP" per l'Approccio Hotspot*. *Circolari senza basi legali, non sanano prassi illegittime. Ci sarà pure un giudice a Berlino?*, in www.dirittiefrontiere.blogspot.it, 1 giugno 2016).

⁶⁰ Sulle garanzie costituzionali in materia, *ex plurimis* F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012.

strutture dove si è trattenuti – ma solo in seguito a convalida del giudice – e da cui non ci si può allontanare?⁶¹

In ogni caso, anche volendo aderire ad una interpretazione finalizzata a ricondurre tale forma di trattenimento ad istituti esistenti, appare quantomeno controverso che il quadro operativo e fattuale che caratterizza gli spazi hotspot possa risultare conforme alle condizioni e alle garanzie previste a livello legislativo nei casi di trattenimento.

In primo luogo, la riconduzione della natura chiusa delle aree hotspot a quella tipica dei CIE appare incompatibile con la stessa *ratio* del metodo qui analizzato, che risulta finalizzato essenzialmente – pur se all'interno di una cornice operativa che associa funzioni di primo soccorso, di accoglienza e di respingimento/espulsione – alla rapida ed efficiente valutazione della condizione personale di ciascun migrante proprio al fine di effettuare una prima (e probabilmente definitiva) attribuzione di qualifica quale migrante richiedente asilo/protezione o irregolare: solo in questo secondo caso, infatti, e quindi “a valle” delle procedure operative svolte all'interno degli hotspot, la persona viene trasferita dall'area hotspot verso l'esecuzione immediata del provvedimento di espulsione o, come avviene nella maggioranza dei casi, verso un CIE⁶².

In secondo luogo, volendo valorizzare, all'interno delle procedure svolte nelle aree hotspot, quelle che riguardano attività funzionali o connesse all'accoglienza delle persone richiedenti asilo/protezione⁶³, al fine di ritenere applicabili anche in tali spazi le disposizioni che ammettono il trattenimento delle persone richiedenti asilo, le procedure previste non sembrano coincidere con la disciplina introdotta in materia dal

⁶¹ Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica, *Rapporto sui Centri di identificazioni ed espulsione in Italia*, gennaio 2017, p. 21.

⁶² Quando vi sia disponibilità di posti, perché in caso contrario vi sarà l'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni (Ministero dell'Interno, *Standard Operating Procedures*, cit., p. 8).

⁶³ Ministero dell'Interno, *Standard Operating Procedures*, cit., pp. 11-12, seppur con le rilevanti criticità evidenziate in dottrina e a livello politico-istituzionale.

decreto legislativo n. 142/2015⁶⁴, a cominciare dal principio generale secondo cui «il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda» e che ciò è possibile esclusivamente «sulla base di una valutazione caso per caso», nelle ipotesi tassativamente previste dall'art. 6 del citato decreto legislativo. In ogni caso, in linea generale non sembra possibile sussumere in tali ipotesi il caso qui analizzato, e – anche in caso affermativo – alla luce del quadro normativo esistente⁶⁵, «non derogabile da una circolare, il trattenimento amministrativo, identificabile in qualunque limitazione della libertà personale, non può verificarsi al di fuori dei limiti segnati dall'art. 13 della Costituzione italiana»⁶⁶.

4.1. L'hotspot quale 'ibrido giuridico', tra primo soccorso, accoglienza e rimpatrio. Una prima analisi di compatibilità alla luce del quadro costituzionale e convenzionale

Se, pertanto, tali 'luoghi' dovessero essere concepiti, dal punto di vista istituzionale e quindi giuridico, come "ibridi" normativi, nei quali elementi tipici del trattenimento in vista del rimpatrio si innestano sulle procedure finalizzate al primo soccorso e alla determinazione dello *status* dei migranti al fine dell'avvio della procedura di asilo e protezione (eventualmente sostituita dalla *relocation*), il vuoto legislativo che ne caratterizza il funzionamento sembra porre insuperabili dubbi dal punto di vista costituzionale e convenzionale⁶⁷.

⁶⁴ In particolare gli artt. 6 e 7 del decreto legislativo n. 142/2015, su cui diffusamente G. SAVIO, *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 3-4, 2015, pp. 142 ss. Nella prospettiva del diritto europeo, C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 35, 2016, pp. 47-73.

⁶⁵ Decreto legislativo n. 286/1998, artt. 13-14; decreto legislativo n. 142/2015, art. 2.

⁶⁶ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Nuovo Regolamento "SOP" per l'Approccio Hotspot*. *Circolari senza basi legali, non sanano prassi illegittime. Ci sarà pure un giudice a Berlino?*, cit.

⁶⁷ Secondo F.V. VIRZÌ, *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 3-4, 2015, p. 125, «l'unico appiglio normativo» dell'approccio hotspot è rappresentato dalla c.d. "legge Puglia" (legge n. 563/1995, di conversione del decreto legge n. 451/1995), istitutiva dei CPSA e definita in ogni

Basti qui riferire quanto affermato dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 105 del 2001⁶⁸, in materia di trattenimento dello straniero presso centri di permanenza e assistenza (CPA), i quali – quantomeno per alcune delle attività previste dalle SOP – sembrano potere essere assimilabili alle aree hotspot. In particolare, come noto, la Corte riconosce la piena applicabilità delle garanzie previste dall'art. 13 Cost. anche nella ipotesi di trattenimento presso tali centri, sottolineando che esso costituisce «misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione». Nelle argomentazioni della Corte, il dato sostanziale delle caratteristiche del trattenimento in tali centri consente di ricondurlo a quelle «altre restrizioni della libertà personale», alle quali si riferisce l'art. 13 Cost.⁶⁹.

Il medesimo approccio, applicando analogicamente la *ratio* della sentenza, sembra potere essere assunto rispetto alla limitazione della libertà personale che avviene all'interno delle aree hotspot – definite come “chiuso” e dalle quali non è possibile uscire quantomeno prima

caso «lacunosa». Secondo G. SCHIAVONE (coord.), *Il diritto alla protezione. La protezione internazionale in Italia. Quale futuro? Studio sullo stato del sistema di asilo in Italia e proposte per una sua evoluzione*, cit., p. 123, «Il riferimento alla citata norma quale fonte di regolamentazione degli attuali C.P.S.A. e C.D.A. appare affatto condivisibile giacché la norma invocata si limita a disciplinare le attività di prima assistenza intercorse in Puglia tra il 1° luglio e il 31 ottobre 1995, ovvero in un preciso arco temporale e in una ben delimitata area geografica e in ogni caso nulla dispone in materia di provvedimenti limitativi della libertà personale».

⁶⁸ Cfr. G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2001, pp. 1680 ss.; D. PICCIONE, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2001, pp. 1697; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 1, 2014, pp. 17 ss.

⁶⁹ A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2014, pp. 577 ss., sottolinea il tentativo – disinnescato dalla Corte costituzionale nella sentenza citata – di «accreditare la tesi minimalista di un trattenimento che inciderebbe solo sulla libertà di circolazione e di soggiorno, senza coartare la libertà personale dello straniero», semplicemente evitando il riferimento legislativo alla detenzione.

del foto-segnalamento⁷⁰ – in quanto, parafrasando la sentenza n. 105 del 2001, in questo caso il trattenimento costituisce la modalità organizzativa prescelta [dal legislatore] per rendere possibile, [nei casi tassativamente previsti dall’art. 14, comma 1], che lo straniero, dopo essere stato soccorso e sottoposto a una serie di procedure finalizzate alla preliminare attribuzione dello status di irregolare o di richiedente asilo/protezione, sia trasferito rispettivamente verso un CIE (se non espulso in via immediata), un centro di accoglienza all’interno della procedura asilo o, nel caso in cui sia stato ammesso nella procedura di relocation, in un *hub* regionale istituito a tal fine. Se si concorda nel ritenere le due ipotesi sostanzialmente sovrapponibili, appare evidente come almeno tre condizioni, ritenute dalla Corte costituzionale indispensabili in caso di limitazione – anche se provvisoria, basata su motivi eccezionali e destinata a durare per il tempo strettamente necessario – della libertà personale, non siano agilmente rinvenibili all’interno del quadro normativo che disciplina le aree e il metodo hotspot: il rispetto della riserva di legge in materia; la previsione legislativa dei casi tassativi nei quali il trattenimento possa lecitamente avere luogo; l’atto motivato dell’autorità giudiziaria che ne convalidi la legittimità.

Ai limitati fini della presente analisi e senza indulgere in una sistematica descrizione del caso⁷¹, le argomentazioni utilizzate dalla Grande

⁷⁰ La Commissione parlamentare di inchiesta della Camera dei Deputati – a seguito delle ispezioni condotte nei vari centri nazionali adibiti ad hotspot – ha accertato, nella citata Relazione sul sistema di identificazione e di prima accoglienza nell’ambito dei centri “hotspot” (26 ottobre 2016), che «di fatto i migranti sono trattenuti dal momento dello sbarco all’interno dell’area hotspot per tutto il tempo necessario all’espletamento delle procedure di fotosegnalamento e registrazione e che non hanno alcuna libertà di movimento prima del completamento di tali procedure, potendo uscire dall’hotspot solo una volta fotosegnalati».

⁷¹ Per un commento del caso, che ha come precedente la decisione della Seconda Sezione della Corte EDU, 1 settembre 2015, C. FAVILLI, *L’Italia e l’Europa: responsabilità e cause della difficile gestione della “crisi dei migranti”*, in *I Diritti dell’uomo: cronache e battaglie*, fasc. 3, 2015, pp. 497-512; M. SAVINO, *L’«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, cit.; D. VENTURI, *The Grand Chamber’s ruling in Khlaifia and Others v Italy: one step forward, one step back*, in *Strasbourg Observers* (URL: <https://strasbourgobservers.com/2017/01/10/the-grand-chambers-ruling-in-khlaifia-and-others-v-italy-one-step-forward-one-step-back/>), 10 gennaio 2017; M.R. MAURO,

Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Khlaifia e altri c. Italia* al fine di determinare la compatibilità della disciplina italiana in materia di trattenimento nei centri CSPA con l'art. 5 della CEDU sembrano confermare la prospettiva qui assunta, nel senso di considerare irrinunciabile un quadro legislativo ad hoc che disciplini i casi e le modalità, oltre che le finalità, del trattenimento che avviene all'interno del regime degli hotspot⁷².

La Corte EDU, richiamando la propria giurisprudenza consolidata, considera «lawful» esclusivamente la privazione di libertà che sia prevista – tanto nei casi che nei modi – da una fonte legislativa⁷³, al fine di garantire il principio generale di certezza giuridica, secondo cui è essenziale che le condizioni che autorizzano la limitazione della libertà personale siano chiaramente definite dalla legge⁷⁴. La Corte EDU, dopo avere riconosciuto che l'unica forma di limitazione della libertà personale dello straniero che sia entrato irregolarmente sul territorio italiano prevista a livello legislativo è quella che riguarda il trattenimento nei CIE⁷⁵, esclude la rilevanza dell'art. 10 TUI, in quanto in esso non si prevede alcuna forma di limitazione o privazione della libertà personale dello straniero⁷⁶. Non potendo rinvenire una specifica base legale per un tipo di centro che, seppur formalmente qualificata nel senso della prima assistenza e accoglienza, può comportare sostanzialmente il trattenimento delle persone in esso ospitate anche per periodi di tempo pro-

Detention and Expulsion of Migrants: the Khlaifia v. Italy Case, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, vol. 25, n. 1, 2016, pp. 85-107; L. MASERA, *Il "caso Lampedusa": una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1, 2014, pp. 83-102.

⁷² Su tali aspetti, M. PICHOU, *Reception or Detention Centres? The detention of migrants and the EU 'Hotspot' Approach in the light of the European Convention of Human Rights*, in *Critical Quarterly for Legislation and Law*, n. 2, 2016, pp. 114 ss., in particolare 120-123.

⁷³ Corte EDU, sentenza *Khlaifia e Altri c. Italia*, n. 16483/12, Camera Grande, 15 dicembre 2016, § 91.

⁷⁴ *Ivi*, § 92 («It is therefore essential that the conditions for deprivation of liberty under domestic law be clearly defined and that the law itself be foreseeable in its application, so that it meets the standard of "lawfulness" set by the Convention»).

⁷⁵ Nei casi e modi previsti dall'art. 14 TU immigrazione (*ivi*, § 98).

⁷⁶ *Ivi*, § 100.

lungati, e comunque non predeterminati a livello legislativo⁷⁷, secondo la Corte EDU i ricorrenti sono stati privati della loro libertà in assenza di un formale e conoscibile fondamento legislativo e non hanno potuto godere delle garanzie di *habeas corpus* previste dall'ordinamento italiano, in particolare dall'art. 13 della Costituzione⁷⁸.

Pertanto, la situazione di ambiguità legislativa – che accomuna in tale ambito il caso dei CSPA a quello delle aree hotspot – risulta incompatibile con la *ratio* dell'art. 5 CEDU, che consiste nel garantire che nessuno possa essere privato della propria libertà in modo arbitrario⁷⁹.

Peraltro, la necessità di prevedere un intervento legislativo specifico, in grado di fornire una copertura legale ad alcune delle attività svolte nelle aree hotspot, è stata rilevata anche dalle istituzioni europee, le quali – fin dall'adozione dell'Agenda europea – hanno raccomandato al legislatore italiano di approvare una disciplina specifica in materia⁸⁰. Anche se l'oggetto delle preoccupazioni delle istituzioni europee appare principalmente concentrato sulla esigenza di garantire una base legale per quelle attività svolte dalle autorità di polizia nazionale finalizzate ad assicurare un più efficiente e rapido svolgimento delle procedure funzionali a rafforzare le fasi – che, come abbiamo visto, si pongono come una preliminare alternativa all'interno del metodo hotspot – dell'invio verso il canale dell'accoglienza o del rimpatrio, tale necessità sembra potere essere condivisa ed estesa a tale approccio nella sua interezza.

⁷⁷ Ivi, § 104.

⁷⁸ Ivi, § 105. Sul punto, M. SAVINO, *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case*, cit., p. 1002, che applica tale parametro anche alla procedura hotspot.

⁷⁹ Ivi, § 106.

⁸⁰ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Progress Report on the Implementation of the hotspots in Italy*, COM(2015) 679 final, del 15 dicembre 2015, nella quale si raccomanda che «Further efforts, also at legislative level, should be accelerated by the Italian authorities in order to provide a more solid legal framework to perform hotspot activities and in particular to allow the use of force for fingerprinting and to include provisions on longer term retention for those migrants that resist fingerprinting. The target of a 100% fingerprinting rate for arriving migrants needs to be achieved without delay».

Come detto, a livello europeo l'assenza di una base legale sulla quale fondare l'attività svolta all'interno delle aree dalle agenzie europee ha trovato (parziale e controversa) risposta nel Regolamento 2016/1624 (su cui diffusamente *supra*).

A livello comparato l'ordinamento al quale occorre guardare è quello greco, in quanto – come noto – anche in Grecia è stato adottato l'approccio hotspot, successivamente integrato e rimodulato alla luce dell'entrata in vigore dell'Accordo bilaterale tra UE e Turchia⁸¹. Nonostante le critiche che – a livello operativo e sul campo – sono state rivolte alla gestione di tali aree da parte delle autorità greche in termini di effettività delle procedure e qualità/adeguatezza delle misure di accoglienza e di vita al loro interno⁸², il legislatore è intervenuto a disciplinare il Servizio Nazionale di Asilo (Greek Asylum Service) con la legge n. 4375 del 2016.

In essa vengono disciplinati lo status di residenza dei migranti e le procedure all'interno dei centri di accoglienza e identificazione e nelle unità mobili («reception and identification centres and mobile units») (artt. 9 e 14). In particolare, si prevede un termine massimo di durata del trattenimento in tali aree (tre giorni), a seguito di un provvedimento emanato dal direttore del centro, che può decidere di estendere tale termine (nel caso in cui le procedure previste dall'art. 9 non siano state completate entro i primi tre giorni di permanenza) fino a un massimo di venticinque giorni dall'arrivo nel centro. L'art. 14 prevede inoltre che la privazione della libertà comporta il divieto di allontanarsi dal centro e un relativo obbligo di permanenza, secondo norme e condizioni contenute dal regolamento del centro, le quali – sempre secondo l'art. 14 – devono essere comunicate alla persona ospitata in una lingua da essa conosciuta (in casi eccezionali, dovuti ad esempio a motivi sanitari, il direttore può consentire l'allontanamento dal centro). Occorre inoltre rilevare che, nella prospettiva di assicurare garanzie anche procedurali

⁸¹ Cfr. C. ZIEBRITZKI, *Chaos in Chios: Legal questions regarding the administrative procedure in the Greek Hotspots*, cit.

⁸² Dutch Council for Refugees, *The implementation of the hotspots in Italy and Greece. A study*, 2016, p. 45; European Union Agency for Fundamental Rights, *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'hotspots' set up in Greece and Italy*, Vienna, 29 novembre 2016.

alle persone ospitate, il medesimo articolo prevede che il provvedimento di trattenimento sia motivato – in fatto e in diritto – e abbia forma scritta, in quanto la persona sottoposta a misure di restrizione della libertà nel centro ha il diritto di proporre ricorso contro il prolungamento del trattenimento davanti al Tribunale amministrativo di prima istanza competente per territorio. Nel caso in cui si accerti che la limitazione di libertà sia illegittima, il giudice può prevedere misure alternative al trattenimento⁸³.

Per quanto riguarda le condizioni di vita all'interno dei centri, l'art. 14 elenca una serie di diritti che devono essere garantiti in ogni caso alle persone ospitate: il diritto a "condizioni di vita dignitose"; il mantenimento dell'unità familiare; l'accesso a cure d'emergenza ed essenziali, anche di supporto psicologico; il trattamento particolare in caso di appartenenza a un gruppo vulnerabile; un'informazione adeguata sui propri diritti e doveri; il diritto all'assistenza legale; l'assistenza legale e sociale di ONG operanti nel settore della migrazione e dei diritti umani; il diritto di mettersi in contatto con la propria famiglia (art. 14, quinto comma). Per quanto riguarda le persone richiedenti protezione internazionale, il settimo comma dell'art. 14 prevede che essi siano inviati all'Ufficio Regionale per l'Asilo competente per territorio, che può essere presente all'interno del centro con una unità distaccata. Quando possibile, la presentazione della domanda può comportare la separazione dei richiedenti dalle altre persone ospitate.

In termini generali, pertanto, pur evidenziando le criticità che a livello operativo si possono riscontrare nei centri adibiti all'approccio hotspot in termini di accesso effettivo alle procedure di asilo e di condizioni di vita al loro interno, appare comunque positivo che l'ordinamento greco abbia previsto una disciplina ad hoc in materia, fornendo – quantomeno potenzialmente – alle persone sottoposte a tali procedure (che possono, come nel caso italiano, comportare misure di restrizione della libertà personale) una base giuridica sulla quale fondare le proprie pretese in sede rimediabile, nazionale o internazionale (CEDU).

⁸³ Legge n. 4375 del 2016, art. 14, quarto comma.

5. Un paradosso solo apparente: una adeguata copertura legislativa come condizione necessaria di legittimità e di effettività dell'approccio hotspot?

Dall'analisi svolta, appare possibile definire l'approccio hotspot – inteso tanto quale ‘luogo’ quanto quale ‘metodo’ di gestione del fenomeno migratorio quando quest'ultimo sia caratterizzato da eccezionali, concentrati e imprevedibili flussi “misti” di persone – quale modalità ‘ibrida’ di esercizio delle politiche di controllo delle migrazioni, poiché all'interno delle procedure e attività in esso svolte sono rinvenibili ‘in-nessi’ riconducibili ad ambiti giuridici differenziati (primo soccorso, accoglienza, rimpatrio, lotta contro lo sfruttamento dell'immigrazione clandestina, asilo e protezione internazionale). Se si concorda con tale ricostruzione, dalla prospettiva del sistema delle fonti e delle garanzie costituzionali non si può non riconoscere la necessità di un intervento legislativo che ne disciplini la natura, le finalità, le modalità di attuazione e le garanzie, alla luce del quadro normativo europeo e nazionale esistente⁸⁴.

Attraverso tale via, non si vuole disconoscere le potenzialità virtuose che tale approccio può esprimere in vista della effettiva realizzazione degli obiettivi individuati a partire dalla Agenda europea sulla migrazione⁸⁵, pur dovendosi sottolineare come l'hotspot costituisca un elemento necessario ma non sufficiente di una più complessa ed interconnessa rete di iniziative che stentano – eufemisticamente – a trovare adeguata realizzazione⁸⁶. Al contrario, la definizione di una disciplina legi-

⁸⁴ Eventualmente anche mediante il rinvio alla disciplina esistente in materia di asilo e accoglienza o di allontanamento o espulsione.

⁸⁵ Secondo M. SAVINO, *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case*, cit., p. 987, pur evidenziandone le criticità, «the adoption of the “hotspot approach” promoted by the EU Commission has helped Italian authorities to improve first-reception procedures and make border controls more consistent».

⁸⁶ Il riferimento è alla politica di relocation, che può ritenersi sostanzialmente fallita, alla luce dei dati disponibili. Nel *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione in Italia* (aggiornato a gennaio 2017) della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica, «a fronte del raggiungimento di un tasso di identificazioni di oltre il 94%, non sono corrisposti risultati positivi in termini di persone ricollocate e persone rimpatriate. Alla fine di dicembre 2016, sono

slativa che risponda alle esigenze di garanzia del principio di legalità e di certezza del diritto – come richiesto dal quadro costituzionale e convenzionale – può senz’altro favorire la realizzazione degli obiettivi che le autorità europee e nazionali si sono poste e rispetto ai quali l’approccio hotspot risulta evidentemente funzionale.

Se garantito da una adeguata ed esplicita copertura normativa, il metodo hotspot potrebbe porsi quale utile strumento di bilanciamento tra le esigenze fondamentali che emergono a livello europeo nell’ambito della gestione dei fenomeni migratori –*efficient management* e *rights’ protection*⁸⁷ – favorendo la necessaria integrazione tra “efficientismo” del sistema e “garantismo” del medesimo (*border control vis a vis protection needs*)⁸⁸. In tale ottica, come accade in altri ambiti puntualmente disciplinati a livello europeo e nazionale (rimpatrio, asilo), l’attivazione di procedure (o, come nel caso degli hotspot, metodi) derogatorie deve, in primo luogo, trovare una esplicita copertura normativa (a livello eu-

state ricollocate dall’Italia in altri Stati membri solo 2.350 persone sul totale di 40.000 previste dal piano europeo» (ivi, p. 29). Sul punto, B. NASCIBENE, *Considerazioni conclusive. Le incertezze delle politiche europee di immigrazione e asilo*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 411 ss., secondo il quale «le iniziative promosse dall’Unione europea confermano l’inadeguatezza del quadro attuale e mettono in luce la ricerca di strumenti nuovi».

⁸⁷ Di particolare interesse risultano le considerazioni svolte da D. THYM, *EU Migration Policy and Its Constitutional Rationale: A Cosmopolitan Outlook*, in *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 709-736, il quale – riferendosi alla formula utilizzata dall’art. 79, comma 1, TFUE – ritiene opportuno interpretare l’utilizzo dell’espressione «efficient management» nel senso di «migration governance in order to emphasize that the management perspective of State authorities must be accommodated with legitimate interests of migrants in line with the Charter of Fundamental Rights (...)» (ivi, pp. 721-722).

⁸⁸ Rilevando, anche dal punto di vista della genesi della normativa europea in materia, una sostanziale prevalenza del ruolo svolto da Frontex rispetto alle altre agenzie coinvolte nell’approccio hotspot (ad esempio EASO), M. DEN HEIJER, J. RIJMA, T. SPIJKERBOER, *Cercino, Proibizioni, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System*, cit., p. 628, ritengono che ciò contraddica «the multi-actor approach underlying the hot spot concept, and once more demonstrates the focus on border control as opposed to protection needs». Analogamente, S. CARREIRA, S. BLOCKMANS, D. GROS, E. GUILD, *The EU’s Response to the Refugee Crisis: Taking Stock and Setting Policy Priorities*, in *CEPS*, n. 20, 16 dicembre 2015, pp. 4 ss.

ropeo e nazionale) e, comunque, assicurare, seppur in condizioni di eccezionalità ed emergenza, forme di tutela – sia sostanziali sia procedurali – dei diritti fondamentali alle persone coinvolte in linea con i parametri costituzionali e sovranazionali. In tal senso, il ruolo delle Corti risulta decisivo, al fine di determinare il livello adeguato di tutela richiesto alle autorità nazionali ed europee, le quali devono operare nel pieno rispetto delle medesime, partendo dalla garanzia del principio di legalità e di certezza del diritto.

Anche a fronte del perdurare del vuoto legislativo descritto, le autorità nazionali, alle quali pertiene la responsabilità della gestione delle attività svolte all'interno degli spazi in cui il metodo hotspot viene adottato, sono comunque chiamate a garantire il rispetto del diritto esistente anche durante lo svolgimento di tali operazioni. Questo elemento, che rappresenta evidentemente la fisiologia di un sistema giuridico, assume ancor più rilievo se rapportato alla qualità e ai possibili effetti determinati dalle attività svolte nella procedura hotspot. Infatti, è all'interno di tale procedura che vengono svolte operazioni destinate ad orientare in modo potenzialmente definitivo la attribuzione di *status* giuridico alle persone ospitate nei centri hotspot. Come specificato dalle SOP ministeriali, lo svolgimento delle procedure previste è finalizzato a consentire «una prima distinzione tra le diverse categorie di persone in ingresso»⁸⁹, che ha come esito di indirizzare il migrante verso le procedure previste per l'attribuzione dello *status* di rifugiato (eventualmente di ricollocazione) o verso quelle che conducono alla espulsione⁹⁰. Pertanto, è necessario che anche in tali luoghi la disciplina in materia di asilo venga attuata in modo adeguato ed effettivo, a partire dalle prime fasi di contatto tra i migranti e le autorità nazionali, in modo da garantire la possibilità di manifestare la volontà di chiedere la protezione internazionale⁹¹.

⁸⁹ Ministero dell'Interno, *Standard Operating Procedures*, cit., p. 5.

⁹⁰ Ivi, p. 4.

⁹¹ Decreto legislativo n. 142/2015, art. 1, secondo comma. G. CAMPESI, *Chiedere asilo in tempo di crisi. Accoglienza, confinamento e detenzione ai margini d'Europa*, cit., p. 13, si riferisce al rischio di provocare – mediante l'approccio hotspot – «un sostanziale svuotamento del diritto alla protezione internazionale anche a causa delle procedure che le autorità seguono al momento dello sbarco degli stranieri». Sul quadro

Numerosi report di organizzazioni non governative internazionali hanno evidenziato evidenti lacune nelle garanzie assicurate in tale ambito, sia dal punto di vista dell'accesso delle procedure sia delle condizioni dell'accoglienza. Anche da tale prospettiva, tendente a verificare le condizioni effettive nelle quali le operazioni previste vengono svolte, acquista ancora maggiore rilievo l'elemento della inadeguatezza dell'attuale quadro normativo – composto come detto da atti amministrativi dalla natura dubbia e comunque non vincolante – e della conseguente esigenza di un intervento legislativo, in funzione di coordinamento con la legislazione di settore esistente e di disciplina di interventi che – come nel caso dell'uso della forza finalizzato a svolgere rilievi dattiloscopici e il foto-segnalamento o determinazione dei casi e delle modalità, nonché della durata, del trattenimento nelle aree hotspot – allo stato attuale mancano di una base giuridico-normativa che ne legittimi lo svolgimento⁹².

Nella prospettiva della coerenza tra fonti e delle garanzie costituzionali, non può in alcun modo risultare sufficiente quanto previsto – peraltro in modo vago – da atti di natura secondaria, quali la *Roadmap* o le SOP ministeriali⁹³. Un intervento legislativo sembra quindi necessario, per ricondurre nell'alveo della piena legittimità le operazioni svolte nelle aree hotspot e per rafforzarne l'efficacia e l'effettività, garantendo

normativo europeo, G. CORNELISSE, *Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 35, 2016, pp. 74-90, la quale ritiene che la questione relativa al rapporto tra diritto a presentare domanda di asilo o protezione, controllo delle frontiere mediante allontanamento o espulsione e misure di privazione della libertà, è destinata a diventare più centrale con l'entrata in vigore dell'approccio hotspot (ivi, p. 75).

⁹² Pur non direttamente in relazione agli hotspot, analoghe considerazioni sono svolte da M. BORRACCETTI, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, cit., p. 33, il quale, riferendosi alle primissime fasi dell'accoglienza, auspica «un'estensione dell'applicazione delle disposizioni esistenti, con riferimento specifico anche alle situazioni attualmente abbandonate al più totale arbitrio».

⁹³ Sembra riproporsi il rischio di una «amministrativizzazione» delle libertà dello straniero» evocata da M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, cit., p. 70. Richiama il medesimo rischio, con diretto riferimento agli hotspot, A. MANGIARACINA, *Hotspots e diritti: un binomio possibile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 dicembre 2016, p. 13.

al contempo un adeguato rispetto delle garanzie – sostanziali e procedurali – che l'ordinamento riconosce alle persone in esse ospitate. L'alternativa sembra essere un probabilmente inevitabile pronunciamento di condanna da parte della Corte EDU, alla luce dei principi sanciti dalla propria giurisprudenza in materia (cfr. il caso *Khlaifia* per quanto riguarda la violazione dell'art. 5 CEDU).

CIRCOLARI AMMINISTRATIVE E DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE

IL CASO DELLA REGOLAZIONE DELL'ACCESSO DA PARTE DI ESTRANEI AI CENTRI DI PRIMA ACCOGLIENZA

Flavio Guella

SOMMARIO: *1. La circolare come strumento di regolazione rapida e flessibile dell'attività amministrativa, a fronte delle esigenze di garanzia dei diritti fondamentali. 2. La disciplina mediante circolare dell'accesso ai centri di prima accoglienza da parte di soggetti esterni e non accreditati. 3. Il contrasto tra esigenze di tutela dei diritti fondamentali e di buona amministrazione in situazioni emergenziali: flessibilità e inadeguatezza della circolare come "fonte" del bilanciamento. 4. L'effettività delle tutele per il non cittadino avverso fonti a carattere fortemente interno alla PA: estensione ed utilità pratica del sindacato giurisdizionale sulle circolari amministrative.*

1. La circolare come strumento di regolazione rapida e flessibile dell'attività amministrativa, a fronte delle esigenze di garanzia dei diritti fondamentali

Il diritto dell'immigrazione ha assunto nel corso degli anni una complessità ed un'ampiezza corrispondente all'evolvere del fenomeno sociale regolato. Il sistema delle fonti si è adeguato a questa nuova dimensione della materia, e proprio nell'ambito della disciplina dello status dei cittadini stranieri troviamo oggi un classico esempio di *governance* multilivello nel quale l'azione pubblica e privata viene regolata, in modo concorrente, da fonti che spaziano dal livello internazionale ed europeo fino a quello delle diverse amministrazioni territoriali¹.

¹ Sull'intreccio di politiche, fonti e competenze che caratterizza la gestione del fenomeno migratorio in Italia, con una specifica analisi del profilo multilivello in cui gli interventi statali si affiancano a quelli dell'Unione europea, delle Regioni e del terzo

Le fonti impiegate sono quindi estremamente varie e la disciplina si articola su vari gradi, da principi generalissimi fino a regole tecniche estremamente dettagliate. Proprio a queste ultime norme va allora prestata particolare attenzione, sia perché sono quelle che conferiscono contenuto concreto ai principi, sia perché dalle stesse emerge l'effettiva consistenza dei diritti degli individui. E tra le norme di maggior dettaglio, con cui il diritto dell'immigrazione assume la sua fisionomia attuale, un ruolo tutto particolare è rivestito da quegli atti – della cui stessa normatività ben si può dubitare – che individuiamo come fonti “secondarie” e “interne”, mediante le quali la pubblica amministrazione regola se stessa e la propria azione².

Gli atti appartenenti a tale genere, accomunati dall'essere i più prossimi alle prassi della pubblica amministrazione, costituiscono peraltro una categoria estremamente variegata. In tale ambito troviamo numerosi atti rilevanti per la disciplina dello status dei cittadini stranieri, quali ad esempio i capitolati generali nei quali si rinviene la definizione puntuale di cosa debba materialmente prevedere il servizio di accoglienza³, o le circolari interpretative ed esplicative che danno concretezza applicativa ai provvedimenti fondamentali della materia (come il decreto legislativo accoglienza del 2014)⁴; atti, quindi, in cui la legislazione generale sull'immigrazione viene dettagliata dando alle singole ammi-

settore, cfr. E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013.

² Sulle fonti secondarie interne all'amministrazione, cfr. per primi spunti ricostruttivi M.S. GIANNINI, *L'attività interna*, in ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pp. 449 ss. e G. BOTTINO, *Norme interne*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (cur.), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, pp. 435 ss.

³ Cfr. lo schema di Capitolato d'appalto per la gestione dei Centri di primo soccorso e assistenza, Centri di Accoglienza, Centri di Accoglienza per richiedenti asilo e Centri di Identificazione ed Espulsione, approvato con D.M. 21.11.2008.

⁴ Cfr. la circolare del Ministero dell'Interno 30 ottobre 2015 in merito all'applicazione del Decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142 di attuazione della Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale.

nistrazioni interessate le necessarie direttive sul come gestire in concreto i compiti normativamente previsti.

Il diritto dell'immigrazione offre allora un buon esempio anche per la verifica del quanto e del come, nei nostri ordinamenti così strutturati su più livelli di governo e di regolazione, proprio gli atti esterni al sistema delle fonti propriamente inteso, ed interni invece all'apparato amministrativo, in realtà determinino l'effettività o meno della tutela dei diritti individuali.

Quella degli atti precettivi secondari ma non regolamentari è infatti una categoria di atti che si caratterizza da un lato per il carattere interno all'amministrazione ma che, d'altro lato, non è certamente carente di idoneità ad influire in modo determinate sull'estensione dei diritti fondamentali dipendenti dall'azione pubblica di quelle stesse amministrazioni. Tali fonti assumono come detto fisionomie e contenuti molto diversi, potendo declinarsi in ordini, direttive, istruzioni, regolamenti interni, circolari; atti – quelli così citati – che sono accomunati dal fatto che con essi l'amministrazione detta dei precetti che sono rivolti a soggetti che operano al suo interno, per regolamentare organizzazione e azione degli uffici⁵.

Si tratta cioè di atti espressione di potere di auto-organizzazione e di supremazia, posti dagli organi amministrativi collocati in posizione apicale e diretti a uffici ed organi sottostanti, al fine di garantire omogeneità di azione agli apparati pubblici.

Tra questi atti l'analisi si appunterà in modo particolare sulle circolari amministrative⁶, analizzandone un esempio significativo in materia di diritto dell'immigrazione. Per quanto riguarda preliminarmente la definizione della natura di tali strumenti, va ricordato che se da un lato un'interpretazione particolarmente attenta al principio di legalità li riconduce ad una figura di meri mezzi di comunicazione di atti, priva di contenuto precettivo proprio (seppure solo interno) e interamente di-

⁵ Per una panoramica di taglio pratico sulla tipologia di atti interni con cui si articola l'azione della PA, cfr. R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 2011, pp. 19 ss.

⁶ Sul tema cfr. in generale M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 1 ss. e M.P. CHITI, *Circolare (circolare amministrativa)*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, *ad vocem*.

pendente dall'atto che portano così a conoscenza degli uffici, d'altro lato un'interpretazione invece più aderente alla realtà dell'ordinamento non nega alla circolare la natura di atto amministrativo interno tipico⁷. La PA che procede mediante circolare esercita infatti – autonomamente rispetto ad altre determine – una potestà di auto-regolamentazione originaria, ma certamente non di natura normativa (tanto che la violazione delle circolari non sarebbe denunciabile in Cassazione e, per gli stessi uffici, è vincolante solo se l'atto-circolare si presenta come atto legittimo)⁸; la natura da riconoscere a tali atti è invece – essendo carenti di generalità e (se correttamente applicati) di innovatività, ma non di astrattezza – quella appunto di una mera disciplina interna, così che anche secondo questo secondo e prevalente orientamento l'interpretazione della normativa contenuta nella circolare non vincola mai il giudice⁹.

Gli interventi di autodisciplina che la PA realizza in questo modo possono poi essere diversamente classificati, a seconda del fine perseguito. Si distinguono così circolari informative, circolari organizzative e circolari interpretative, a seconda che gli uffici destinatari siano dal proprio vertice amministrativo informati circa atti o fatti, indirizzati nelle scelte organizzative interne o, ancora, vincolati a date opzioni interpretative (della normativa di legge e regolamentare da applicare). Diversa dalla circolare interpretativa è quindi la circolare c.d. normativa, per tale non intendendosi un atto secondario e interno che assume valore di vera fonte di diritto¹⁰, bensì un atto sempre meramente interno

⁷ Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, pp. 85 ss.

⁸ Sulla non denunciabilità in Cassazione ai sensi del co. 1, n. 3, dell'art. 360 c.p.c. cfr. Cass. civ., 30 maggio 2005, n. 11449; 15 febbraio 1994, n. 149; 26 settembre 1997, n. 9471; 3 marzo 1999, n. 1793. Sul potere di disapplicazione della circolare da parte del destinatario qualora la stessa sia *contra legem*, cfr. Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7521.

⁹ In questo senso ad esempio Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2012, n. 3457; sez. V, 1 ottobre 2003, n. 5652. Cfr. anche Cass. civ., 25 giugno 2012, n. 25170.

¹⁰ Non sono infatti ammesse le circolari-regolamento, a contenuto propriamente generale, astratto e innovativo; figure di circolare la cui utilità pratica sarebbe evidentemente costituita dalla maggior celerità procedimentale, e dall'assenza di controlli e

(e quindi carente di generalità) dettato al fine di disciplinare non l'interpretazione da seguire rispetto a leggi e regolamenti da applicare, bensì per disciplinare in modo uniforme l'esercizio del potere discrezionale, così che riguardo agli atti vincolati sono possibili solo circolari interpretative e mai circolari normative¹¹.

In ogni caso, questi atti pur essendo rivolti all'interno dell'apparato pubblico, nondimeno in via mediata ed indiretta presentano effetti anche sui singoli consociati. E tale efficacia, interna alla PA ma anche esterna e mediata, è sia di carattere positivo (in quanto la conformità a circolare lascia dedurre il corretto esercizio del potere, che se esercitato nei modi previsti dalla direttiva si riflette in provvedimenti tendenzialmente non lesivi dell'eguaglianza di trattamento per gli amministrati), sia di carattere negativo (la difformità del provvedimento dalla circolare presentandosi quale figura sintomatica di eccesso di potere, invocabile dall'interessato che sia stato così leso nei propri diritti o interessi)¹².

Questa tipologia di fonti assume quindi rilevanza anche per i diritti dei singoli e, nell'ambito del diritto dell'immigrazione, tale rilevanza riveste talvolta un significato particolare. La caratteristica specifica di

pubblicità, ma che si porrebbero come certamente illegittime per aggiramento dell'art. 17 della legge 400/88.

¹¹ Talvolta la predeterminazione delle modalità di esercizio della discrezionalità è sintomatica di buona amministrazione, essendo funzionale ad evitare diseguaglianze (cfr. ad esempio l'art. 12 della legge 241/1990 in materia di provvedimenti attributivi di vantaggi economici). In altri casi le circolari normative, qualora precludano l'esame caso per caso nelle ipotesi in cui il legislatore ha previsto atti discrezionali anziché vincolati, e ciò allo specifico scopo di rendere apprezzabili le situazioni concrete, integrano ipotesi censurabili, similmente a quanto nei sistemi anglosassoni è definito come vizio di c.d. *fettering discretion*.

¹² Sulla inosservanza di circolari come figura sintomatica di eccesso di potere, cfr. ad esempio TAR Piemonte, sez. II, 24 aprile, 1985, n. 193, per cui le norme interne contenute nelle circolari amministrative possono acquistare rilevanza giuridica rispetto ai terzi, solo in conseguenza dell'attività esplicata dai destinatari delle medesime, che alle stesse si uniformino o che le trasgrediscano, risolvendosi nel primo caso l'illegittimità della norma interna nell'illegittimità dell'atto emanato in conformità alla stessa, e potendo invece nel secondo l'inosservanza della norma dar luogo ad un vizio di eccesso di potere dell'atto amministrativo che la trasgredisce (non è peraltro vietato in assoluto per il singolo ufficio-organo il discostarsi da una circolare amministrativa, purché tale scelta sia motivata adeguatamente).

un intervento regolativo mediante circolare, infatti, è quella della sua forte flessibilità, essendo lo strumento più idoneo a dettagliare le prassi applicative e i dettagli tecnici più minuti delle fattispecie normative già fissate dalle fonti dotate di caratteri di piena generalità ed astrattezza. In questa prospettiva, il fatto che la materia dell'immigrazione sia spesso gestita in via emergenziale, e che la stessa sia fortemente aperta all'interazione tra sfera pubblica e privata (dove quindi occorre una regolazione molto dettagliata per evitare facili abusi), porta talvolta le fonti legislative e regolamentari a lasciare all'azione auto-regolativa della PA ampi spazi di auto-disciplina.

In ciò certamente si rinviene il vantaggio della regolazione per circolare costituito da flessibilità e celerità (e quindi capacità dell'azione amministrativa di adeguarsi alle mutevoli circostanze, anche per dare migliore risposta alle esigenze del momento). D'altra parte, tuttavia, l'ampio ricorso alla circolare per disciplinare l'azione della PA indirizzata alla gestione del fenomeno migratorio porta con sé anche delle criticità¹³. Le scelte regolative minute contenute nelle circolari ricadono infatti così al di fuori del circuito democratico, e l'uso delle circolari dovrebbe allora essere destinato alle sole scelte tecniche davvero neutrali sul piano politico. Non è infrequente, invece, che un qualche elemento di scelta politico-amministrativa sia riportato anche alle sole scelte regolative interne, esponendo i diritti dei singoli a potenziali compressioni in assenza di adeguate garanzie; in particolare, senza la garanzia di un controllo democratico a monte, un vincolo astratto alla discrezionalità contenuto in circolare fa concentrare tutte le tutele sul momento rimediale a valle (e quindi sulla tutela giurisdizionale, così investita del sindacato sul bilanciamento – surrettiziamente ricondotto a

¹³ Sul ruolo delle circolari nel delineare i tratti del diritto dell'immigrazione italiana, cfr. tra tutti I. GJERGJI, *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, 2013. Si osserva in particolare come il carattere emergenziale attribuito all'immigrazione e il convincimento diffuso circa la politicità di tale fenomeno sociale hanno giustificato l'affidamento della sua gestione agli organi esecutivi dello Stato, spesso determinando l'utilizzo degli atti amministrativi come principale fonte normativa e, quindi, come dispositivo generale e ordinario nella gestione quotidiana dei movimenti migratori. Ciò fino ad integrare un uso abnorme delle circolari amministrative nella gestione quotidiana dei movimenti migratori, dando vita ad un particolare fenomeno di "governo per circolari".

opzioni tecniche dell'atto-circolare – tra esigenze della pubblica amministrazione e diritti fondamentali).

2. La disciplina mediante circolare dell'accesso ai centri di prima accoglienza da parte di soggetti esterni e non accreditati

Un esempio rilevante in materia di circolari amministrative e garanzia dei diritti dei cittadini stranieri immigrati si è presentato nella regolamentazione dell'accesso di estranei ai centri di prima accoglienza¹⁴. In tale questione la tutela della trasparenza nella gestione dei centri dovrebbe indurre – per principio astratto – a mantenere la massima apertura. Tuttavia, nel funzionamento in concreto dei centri di prima accoglienza, l'accesso dei soggetti non direttamente coinvolti nella gestione necessita di una qualche regolazione per evidenti ragioni di buon andamento delle strutture, e serve quindi orientare il potere di disciplina dei singoli direttori dei centri o prefetti/commissari competenti, responsabili della sicurezza e quindi titolati a contingentare l'accesso.

I gestori dei centri sono quindi tenuti allo stesso tempo a garantire sicurezza e trasparenza, potendo precludere l'accesso a fronte di richieste non fondate su meritevoli interessi e, d'altro lato, a dover consentire l'ingresso ove un adeguato interesse sia invece manifestato. Nell'ambito dell'emergenza migratoria del 2011, mediante una circolare diretta ad uniformare e garantire la sicurezza e la buona gestione dei centri, era tuttavia stata regolata in modo particolarmente restrittivo la facoltà di accesso, facendo sistematicamente prevalere – nel citato bilanciamento – le esigenze di stretto controllo su quelle di trasparenza.

In particolare con la Circolare n. 1305, del 1° aprile 2011¹⁵, il Ministero dell'Interno aveva disciplinato l'accesso ai centri di prima accoglienza per immigrati, dando direttive uniformi a prefetti e commissari

¹⁴ Per una descrizione del sistema di accoglienza sia consentito rinviare ai contributi in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI (cur.), *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza" immigrazione. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale*, Napoli, 2016, nonché agli ulteriori riferimenti *ivi* riportati.

¹⁵ Poi revocata con direttiva del Ministero dell'Interno del 13 dicembre 2011, n. 11050/110(4).

del Governo per le Province di Trento e Bolzano su come esercitare (ed eventualmente invitare ad esercitare) il potere discrezionale affidato ai gestori in materia di accessi da parte di soggetti estranei all'amministrazione¹⁶.

Si trattava quindi di una circolare c.d. normativa¹⁷, la quale in considerazione del massiccio afflusso di immigrati provenienti dal Nord Africa – che poco prima aveva portato il Governo a dichiarare lo stato di emergenza¹⁸ – e al fine di non intralciare le attività svolte nei centri, prevedeva a tempo indeterminato¹⁹ che l'accesso alle strutture presenti su tutto il territorio nazionale²⁰ fosse consentito esclusivamente ad un certo numero di organizzazioni, predefinite dalla circolare stessa²¹, oltre che ovviamente a tutte le associazioni e organizzazioni non governative che avessero in corso con il Ministero dell'Interno progetti in fase di realizzazione nelle strutture di accoglienza medesime, purché fossero finanziati con fondi pubblici (nazionali ed europei).

Gli atti consequenziali a tale direttiva si sono concretizzati pertanto in provvedimenti di esercizio del potere di gestione dei centri di prima accoglienza, esercitati dai direttori tramite “note” con cui è stato negato l'accesso in specifici centri per immigrati ai soggetti che ne hanno fatto

¹⁶ Sull'organizzazione dei centri di accoglienza nell'evoluzione normativa degli ultimi anni cfr. B. GORNATI, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'“evoluzione” dei CIE all'introduzione dei c.d. “hotspot”*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2, 2016, pp. 471 ss. e F. VASSALLO PALEOLOGO, *Normativa e prassi applicate nei centri di identificazione ed espulsione (CIE)*, in *Rassegna italiana di criminologia*, fasc. 2, 2014, pp. 152 ss.

¹⁷ Cfr. *supra* il par. 1.

¹⁸ Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 febbraio 2011 veniva dichiarato, fino al 31 dicembre 2011, lo stato di emergenza nel territorio nazionale “in relazione all'eccezionale afflusso” di cittadini appartenenti ai Paesi del Nord Africa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 della legge 225/1992.

¹⁹ La circolare prevedeva la propria vigenza “fino a nuova disposizione”, profilo poi specificamente censurato (cfr. *infra* par. 3).

²⁰ Strutture ancora una volta individuate, nei dettagli, da una precedente circolare, che specifica – integrandola – la normativa di rango legislativo; cfr. in particolare la circolare n. 1305 del 24 aprile 2007.

²¹ Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), Organizzazione Internazionale delle Migrazioni (OIM), Croce Rossa Italiana (CRI), Amnesty International, Medici Senza Frontiere, Save The Children, Caritas.

richiesta nel corso del 2011. In particolare, venivano respinte numerose istanze di accesso da parte di giornalisti professionisti, interessati a svolgere inchieste sul tema di attualità dell'immigrazione in Italia; tra le altre, alcune richieste presentate per accedere al C.A.R.A. "S. Anna", al C.I.E. di Ponte Galeria ed al C.A.R.A. di Mineo venivano respinte automaticamente, sulla base del contenuto della circolare citata. Rigetti delle richieste di accesso, questi, che portavano la Federazione Italiana della Stampa ad intervenire presso il Ministero dell'Interno per ottenere con una revisione di tale decisione, al fine di salvaguardare il diritto di cronaca²², e che induceva i diretti interessati a ricorrere avverso il provvedimento negativo²³.

3. Il contrasto tra esigenze di tutela dei diritti fondamentali e di buona amministrazione in situazioni emergenziali: flessibilità e inadeguatezza della circolare come "fonte" del bilanciamento

Della questione è stato così investito il TAR Lazio, su ricorso proposto dai giornalisti interessati ai provvedimenti di rigetto dell'istanza di accesso²⁴; ricorso che è stato incentrato sulla richiesta diretta di annullamento della circolare ministeriale, contestando come atti consequenziali le determinazioni discrezionali dei direttori e dei vice prefetti competenti che, in concreto, hanno negato l'accesso ai giornalisti.

I ricorrenti hanno infatti impugnato la circolare prot. n. 1305 – 11050/110(4) in quanto già di per sé preclusiva di un'astratta facoltà di accesso ai centri per immigrati e, conformemente a tale impostazione, il TAR con sentenza ha riconosciuto già nell'astratta previsione della circolare un chiaro ostacolo all'esercizio della professione di giornalista, posto che precludere la raccolta di informazioni e testimonianze "di prima mano" produrrebbe di per sé una compressione nella libertà di determinarsi professionalmente nella scelta delle materie su cui svolgere inchieste e delle modalità di acquisizione delle informazioni.

²² Revocata, come anticipato, mediante la successiva direttiva del 13 dicembre 2011, n. 11050/110(4), della neo-insediata ministro Cancellieri.

²³ Cfr. la sentenza TAR Lazio 18 maggio 2012, n. 4518, di seguito analizzata.

²⁴ Ricorso n. 07005/2011 reg. ric.

Il carattere radicalmente preclusivo della circolare porta il TAR a ritenere sussistente l'interesse al ricorso principalmente svolto avverso la stessa, e a respingere quindi l'eccezione di inammissibilità²⁵; tale interesse a impugnare la circolare è infatti da identificare con l'interesse alla rimozione del provvedimento in questione, necessaria per conseguire la possibilità stessa di esercitare la professione senza limiti incompatibili con il diritto di cronaca, questione che quindi in parte trascende i singoli provvedimenti di diniego. In altri termini, il giudice amministrativo ritiene che sia ravvisabile un interesse personale, diretto ed attuale dei ricorrenti all'annullamento della circolare, l'interesse non essendo escluso dalla possibilità di acquisire altrimenti le informazioni rilevanti in ordine ai centri di accoglienza (da richiedere eventualmente all'Amministrazione gerente stessa), posto che il non accesso diretto all'informazione già di per sé costituisce limite all'esercizio dell'attività professionale di giornalista.

Anche nel merito il ricorso è stato poi considerato fondato, tra l'altro – per quel che concerne direttamente la circolare – per il vizio di violazione di legge²⁶ connesso al diritto di cronaca come contemplato dall'art. 21 Cost., dall'art. 10 CEDU e dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali UE²⁷. Inoltre, per ciò che concerne i provvedimenti individuali di diniego, anche i vizi di carenza assoluta di motivazione e di difetto di istruttoria²⁸ sono stati accolti in sentenza.

Nell'argomentazione del TAR il punto di partenza è costituito dal fatto che la controversia coinvolge differenti interessi – degli immigrati, dell'organizzazione dei centri di accoglienza in una fase di forte emergenza, della stampa – e quindi impone di valutare l'estensione del diritto di cronaca nell'ambito di un bilanciamento complessivo; bilanciamento nel quale il diritto di cronaca è da un lato rafforzato dalle esigen-

²⁵ Cfr. il punto 1 del considerato in diritto della sentenza del TAR Lazio 18 maggio 2012, n. 4518.

²⁶ Cfr. il punto 1 del fatto nella sentenza del TAR Lazio 18 maggio 2012, n. 4518.

²⁷ Sul tema, tra l'ampia letteratura, si rinvia a A. PACE, F. PETRANGELI, *Diritto di cronaca e di critica*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2002, pp. 303 ss. e G. CATALISANO, *Il ruolo del diritto di cronaca e di critica nell'attività giornalistica: profili di diritto dell'informazione*, Milano, 2013.

²⁸ Cfr. i punti 2 e 3 del fatto nella sentenza del TAR Lazio cit.

ze di protezione degli stranieri immigrati e, d'altro lato, si trova ad essere attenuato dalle contrapposte esigenze di buona gestione dei centri di prima accoglienza in condizioni di emergenza²⁹.

Posta tale situazione, il dato normativo costituzionale e la CEDU cui la circolare – quale “fonte” meramente interna alla pubblica amministrazione – non può in nessun caso derogare, evidenzia come il “diritto di cronaca” costituisca espressione di libertà garantita al massimo livello nell'ordinamento tanto nazionale quanto europeo. Il diritto di cronaca è infatti espressione della libertà di manifestazione del pensiero, particolarmente rilevante nella sua manifestazione quale cronaca giornalistica in quanto dotata di una specifica funzione sociale. La giurisprudenza ricorda infatti come tale funzione sociale consista nel poterdovere del giornalista di portare a conoscenza dell'opinione pubblica fatti, notizie e vicende interessanti la vita collettiva, in modo che il pubblico – esattamente informato – possa orientarsi e formarsi un'opinione consapevole sulle vicende di comune interesse³⁰ (ciò fino a riconoscere che alla funzione della stampa di diffondere informazioni secondo i principi di verità, pertinenza e continenza corrisponde uno speculare diritto del pubblico di riceverle)³¹.

L'esercizio del diritto di cronaca è quindi sempre giustificato quando sussista un apprezzabile interesse pubblico alla conoscenza di fatti e atti, in connessione con la rilevanza sociale degli stessi³². Posto che la libertà di stampa assume un ruolo fondamentale nel dibattito democratico, essa non tollera limiti atti a restringerla nell'ambito di bilanciamenti decisi a discapito della trasparenza nell'informazione pubblica in una sede puramente interna all'amministrazione come è quella dell'at-

²⁹ Su emergenzialità e gestione dell'immigrazione cfr. tra i numerosi contributi C. FAVILLI, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'“emergenza” immigrazione*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2015, pp. 785 ss. e D.-U. GALLETTA, *Il diritto di asilo in Italia e nell'Unione europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all'“esternalizzazione” e politiche nazionali di gestione della c.d. “emergenza immigrazione”*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 6, 2010, pp. 1449 ss.

³⁰ Cfr., tra le altre, Trib. Torino, 1 giugno 2010, n. 3775.

³¹ Cfr. Corte EDU, sez. II, 17 luglio 2008.

³² Cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2008.

to-circolare, dovendo invece ricordarsi la giurisprudenza della Corte EDU che sottolinea – nel far prevalere i relativi interessi nei bilanciamenti che di volta in volta le si sono presentati – come i giornalisti siano i “cani da guardia” (*watch dog*) della democrazia³³.

Il TAR Lazio statuisce quindi che il divieto di accesso sostanzialmente imposto dalla circolare in via del tutto astratta ed assoluta si pone in violazione dei principi fissati dalla disciplina che regola la materia³⁴. Sebbene la circolare incida in termini diretti non tanto sulla libertà di esternazione delle notizie quanto sulla corretta acquisizione di queste ultime, essa è in ogni caso idonea ad interferire negativamente sul pieno esercizio della libertà di stampa. Tale carattere non diretto della compressione del diritto di cronaca avrebbe al limite potuto costituire elemento da apprezzare in un bilanciamento concreto, rispetto a singoli provvedimenti di autorizzazione all'accesso, ma a parere del giudice amministrativo non può certamente prevalere in via astratta su qualunque situazione in cui il giornalista abbia interesse ad accedere.

In altri termini, ad integrare il vizio di violazione di normativa costituzionale e CEDU sta anche una più specifica violazione della legge 241/90 (o un vizio di eccesso di potere), posto che la circolare esonera le amministrazioni che gestiscono i centri di prima accoglienza dall'esternare le ragioni per le quali si è in concreto denegato l'accesso, prevedendo invece in via assoluta un divieto di accesso dei giornalisti ai centri di accoglienza per extracomunitari irregolari o richiedenti protezione internazionale³⁵. Al TAR Lazio quindi non risulta che l'amministrazione abbia effettuato una specifica istruttoria, al fine di valutare la compatibilità o meno tra il rilevante afflusso migratorio e la presenza dei giornalisti nei centri di accoglienza, e in ciò si sostanzia non solo una violazione della generalissima previsione costituzionale in materia di diritto di cronaca, ma anche della logica che deve presiedere ogni azione della pubblica amministrazione (improntata a decisioni motivate

³³ Cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. V, 9 febbraio 2011.

³⁴ Cfr. il punto 2.3. del diritto nella sentenza TAR Lazio 18 maggio 2012, n. 4518.

³⁵ Risulterebbero quindi violati anche gli articoli della legge 241/90 relativi all'one-re di motivazione e agli obblighi di istruttoria, o quantomeno si ritiene integrato il vizio di eccesso di potere contestato in ricorso in connessione all'insufficienza – piuttosto che alla radicale assenza – di motivazione ed istruttoria nei dinieghi.

ed assistite da adeguata istruttoria, non invece fondate su pregiudiziali scelte politico-amministrative staccate dalla realtà concreta e confluite in circolari di tipo c.d. normativo)³⁶.

4. L'effettività delle tutele per il non cittadino avverso fonti a carattere fortemente interno alla PA: estensione ed utilità pratica del sindacato giurisdizionale sulle circolari amministrative

La particolare funzione sociale della stampa, che nel bilanciamento operato in questo caso è stata rafforzata dall'esigenza di tutela degli immigrati cui diventa strumentale, assume quindi un ruolo determinante nella decisione del giudice amministrativo sull'annullamento della circolare. La dichiarazione dello stato di emergenza nel territorio nazionale non appare, infatti, sufficiente a controbilanciare con le ragioni di una gestione efficiente e sicura dei centri di prima accoglienza un divieto che non è stato posto caso per caso e per un tempo determinato, ma che invece limita il diritto di cronaca in via assoluta e senza una scadenza precisa.

Il TAR sostiene che al riguardo, non può essere sottovalutato come la decisione assunta dalla pubblica amministrazione si ponga in conflitto con una libertà fondamentale, la cui limitazione avrebbe certamente imposto la contrapposizione netta con l'esigenza di tutela di interessi di pari grado e motivazioni chiare in ordine alla realizzazione di questi ultimi nel caso concreto, mediante il divieto imposto. Peraltro, in quest'ottica il giudice amministrativo osserva anche come l'art. 20 del d.lgs. n. 25 del 2008, pur invocato dall'amministrazione a propria difesa, prevede invece l'adozione di un regolamento per fissare le modalità di gestione dei centri di accoglienza, facendo salvo proprio l'accesso di determinati soggetti ed organismi a tali centri³⁷; ciò non consente di

³⁶ Vizio analogo al citato *fettering discretion*, quale causa di *illegality* nel diritto anglosassone; cfr. P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, Oxford, 2013, pp. 289 ss.

³⁷ Ai sensi dell'art. 20, co. 5, del d.lgs. n. 25 del 2008 si prevede che: "...L'accesso alle strutture è comunque consentito ai rappresentanti dell'ACNUR, agli avvocati ed agli organismi ed enti di tutela dei rifugiati con esperienza consolidata nel settore, auto-

riscontrare l'introduzione di un divieto generalizzato per tutte le altre categorie, ed anzi tale regolamento si pone nell'ottica opposta (e correttamente bilanciata) di dare solamente indicazioni generali ai gestori circa le preclusioni all'accesso, lasciandone poi libera la discrezionalità di apprezzare le situazioni caso per caso.

In sostanza, il TAR avverte che anche volendo condividere l'opinione secondo la quale l'accesso ai centri di accoglienza non è libero ma deve essere regolamentato, appare chiaro che l'esclusione della stampa – ossia di quel c.d. *watch dog* della democrazia e delle istituzioni citato dalla giurisprudenza della Corte EDU – non può avvenire in termini assoluti e, comunque, senza motivazione alcuna.

Alla luce delle considerazioni citate, peraltro, già con Direttiva n. 11050/110(4) del 13 dicembre 2011 del Ministro dell'Interno la circolare di inizio anno era stata revocata. Ciò non tanto ammettendo la scorrettezza di un divieto assoluto all'accesso nei centri in situazioni di emergenza, ma perché il significativo decremento dei flussi provenienti dal Nord Africa registratosi nell'ultimo mese del 2011, e l'attivazione del complessivo sistema di accoglienza, avevano consentito di poter revocare le direttive del 2011 e di ripristinare i contenuti della precedente direttiva del 24 aprile 2007³⁸.

Gli atti di regolamentazione interna dell'amministrazione si sono rivelati quindi, anche sotto tale profilo, flessibili ed in grado di adeguarsi alle mutevoli circostanze. Tuttavia, il vuoto di quella tutela *ex ante* che è costituita dal passaggio democratico – che in queste “fonti” è carente – lascia ai singoli la sola via della tutela giurisdizionale al fine di rimediare ai contrasti con l'ordinamento in cui circolari e direttive dovesse-

rizzati dal Ministero dell'interno”, ma resta implicito che il regolamento di cui all'art. 38 può disciplinare – per principi e non con divieti assoluti – l'accesso di ulteriori categorie di soggetti, l'art. 20 limitandosi ad elencare quelli per i quali non è possibile contingentare gli ingressi.

³⁸ Impartendo però, ad integrazione, alcune ulteriori disposizioni: le SS.LL., per la preventiva comunicazione, inoltreranno le istanze di accesso – corredandole delle proprie valutazioni in merito – al competente Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, e per conoscenza al Gabinetto del Ministro; le SS. LL., oltre che per motivi di ordine pubblico, potranno differire l'accesso nei centri anche per ragioni di sicurezza nei casi in cui la struttura sia interessata da interventi di ristrutturazione o, comunque, dalla esecuzione di rilevanti lavori di manutenzione straordinaria.

ro in concreto incorrere, portando a violazioni di diritti fondamentali quali quelle registrate in questa vicenda.

La sentenza citata è allora particolarmente interessante perché tocca incidentalmente il tema dell'estensione del sindacato sulle circolari amministrative, e delle modalità di impugnazione delle stesse. Infatti, alcuni profili dell'impugnazione giurisdizionale delle circolari costituiscono tema di interesse sistematico più ampio, portando a focalizzare l'attenzione sull'interrogativo circa l'impugnabilità autonoma della circolare, prima e indipendentemente dal successivo atto di applicazione da parte dell'ufficio-organo destinatario; impugnabilità da considerare certamente esclusa, posto il carattere solo interno di tale atto, e quindi per carenza di interesse a ricorrere. Tale impugnazione autonoma delle circolari si differenzia dall'impugnazione invece principale delle stesse, qualora esse abbiano prodotto sì atti consequenziali, come nel caso di specie, ma per scelta del ricorrente si sia voluto fare oggetto di ricorso direttamente l'atto di indirizzo interno, in quanto la circolare è considerata già lesiva – pur nella sua astrattezza – dei diritti dei singoli (e vi è quindi un interesse specifico al suo annullamento)³⁹.

In questo senso è pertanto da definire se sia necessario o solo possibile impugnare, assieme all'atto attuativo, anche la circolare amministrativa; ciò all'evidente fine di annullare *erga omnes* la stessa, con i conseguenti problemi di competenza territoriale che a tale opzione si accompagnano. In materia un indirizzo minoritario ritiene non impugnabile la circolare, in quanto sarebbe inutile annullare la stessa (e il giudice che conoscerà incidentalmente potrà invece al più disapplicare)⁴⁰. Preferibile pare invece seguire, come avvenuto nel caso commentato, lo schema della doppia impugnazione, con facoltà – ma non onere – di impugnare anche la circolare, specie se già astrattamente lesiva di

³⁹ Sul tema cfr. ancora in generale R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, pp. 89 ss.

⁴⁰ In particolare, si trattava di un caso dell'Agenzia delle entrate, giudicato di conseguenza secondo le peculiarità del relativo settore, statuendo che per quanto concerne il sindacato sulle scelte amministrative interne esso non spetterebbe né al giudice amministrativo né a quello tributario. Cfr. Cass. civ., ss.uu., 2 novembre 2007, n. 23031.

diritti invocabili dai singoli⁴¹. Si può quindi scegliere tra cognizione meramente incidentale (disapplicazione) o cognizione piena di entrambi gli atti (annullamento), con un'importante conseguenza in tema di competenza territoriale in quanto la circolare dell'amministrazione centrale dotata di portata nazionale, poi attuata da articolazioni periferiche della PA, consentirà di impugnare – come avvenuto nell'ipotesi citata in materia di accesso ai centri di accoglienza – anche la circolare, trasladando così la competenza per l'intera vicenda al TAR Lazio.

Il ruolo delle circolari nel sistema delle fonti, pur se non possiamo attribuire a tali atti interni una valenza propriamente normativa, è quindi rilevante anche sul piano dei rimedi. E ciò è particolarmente evidente in un sistema complesso e multilivello come quello di regolazione del fenomeno migratorio. Pur non essendo fonte in senso tecnico, la circolare amministrativa condiziona così il sistema delle fonti nella sua applicazione concreta, e recupera – anche ai fini delle tutele – le connessioni tra i diversi livelli di governo che si occupano del tema.

⁴¹ In questo caso, l'interesse dei giornalisti all'inchiesta e ad un accesso all'informazione; cfr. *supra* il par. 3 ove si parlava della decisione del TAR in punto di ammissibilità della questione per non carenza dell'interesse a ricorrere (punto 1 della parte in diritto della sentenza TAR Lazio 18 maggio 2012, n. 4518).

PARTE QUARTA

GLI STRANIERI E LA GIUSTIZIA

L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO D'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA PER GLI STRANIERI

Lucia Busatta

SOMMARIO: *1. Variazioni su un tema di perdurante attualità. 2. Tra principi e diritti: il nodo dell'effettività. 3. La difesa d'ufficio. 4. Il patrocinio a spese dello Stato. 5. Il diritto all'interprete. 6. Conclusioni.*

1. Variazioni su un tema di perdurante attualità

Sono molte le opere letterarie e cinematografiche che affrontano, più o meno direttamente, il tema dell'effettività dell'accesso alla giustizia, narrando storie e vicende – talvolta frutto della fantasia degli autori, talaltra ispirate a eventi realmente accaduti – con lo scopo di far riflettere sulle possibili frizioni tra tutela dei diritti fondamentali e garanzia dei principi dell'equo processo.

Così, le storie di “ultimi” che, a volte con un certo grado di inconsapevolezza rispetto a quanto stia accadendo e alle possibili conseguenze, sono sottoposti a un giudizio o devono far valere le proprie ragioni in un procedimento in alcuni casi adombrato dal dubbio del pregiudizio, riempiono spesso i nostri schermi e le pagine dei romanzi cui giuristi, accademici e legali si affidano per “dis-trarsi” dalle vicende della vita di ogni giorno. Eppure le tematiche presentate ci riportano continuamente ai quei problemi con i quali nella pratica quotidiana si è costretti a fare i conti: la garanzia del contraddittorio e di un accesso equo alla giustizia, la tutela legale in giudizio e – sopra a tutto ciò – il divario difficilmente colmabile che separa il soggetto debole da un sistema giurisdizionale generalmente dipinto come distante, spesso imperscrutabile e caratterizzato da un complesso di ritualità che, all'osservatore esterno, di frequente paiono essere ieratiche e misteriose.

Se il tema della giustizia rappresenta, sin dai tempi più antichi, un vero e proprio *topos* letterario¹, alcuni degli spunti più significativi riguardo la garanzia dell'effettività di un accesso equo alle garanzie giurisdizionali e alla concretizzazione di principi costituzionali quali quello del giusto processo e del diritto alla difesa e all'interprete in giudizio provengono anche da generi letterari e cinematografici più popolari e più recenti, quali i *legal thriller* o i romanzi giudiziari. In questo modo, attraverso la funzione sociale della narrativa e della cinematografia, complesse tematiche di carattere giuridico vengono portate all'attenzione del grande pubblico, sollevano discussioni e dibattiti e permettono, in alcuni casi, alla scienza giuridica di poter approfondire e aggiornare alcune fra le più classiche tematiche di confronto interdisciplinare.

La premessa letterario-cinematografica rappresenta solamente uno dei possibili spunti per affrontare, nell'ottica giuspubblicistica, alcuni dei nodi che rendono più difficoltoso il processo di integrazione degli stranieri all'interno del nostro sistema giuridico e che pongono talvolta in discussione la tutela di diritti fondamentali di rango costituzionale e la garanzia di effettività di alcuni dei principi basilari sui quali si fonda il nostro sistema giurisdizionale². Accanto al richiamo ad un insieme di

¹ Il tema della giustizia in letteratura ricorre con una certa frequenza, dai tempi più antichi. A titolo meramente esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza, si pensi alle vicende del processo a Socrate, raccontate da Platone (*Apologia di Socrate*, *Critone*) oppure al frequente ritorno del tema della giustizia nei miti greci (in particolare, in *Antigone*, ma v. anche la figura della dea greca Dike che, insieme alle sorelle Ore, figlie di Zeus, aveva il compito di sottrarre il mondo degli uomini dal caos e dal disordine). Il tema della giustizia, ancora, ritorna nella letteratura ottocentesca, per esempio, ne *I promessi sposi* di Alessandro Manzoni, romanzo nel quale appare evidente proprio la scissione tra effettività della giustizia e tutela dei più deboli che, a causa della loro condizione di svantaggio e con non poche difficoltà, riescono ad ottenere soddisfazione delle proprie ragioni in giudizio.

² Come sovente accade, l'interesse all'approfondimento di alcune tematiche giuridiche deriva dall'esperienza diretta: alcune delle riflessioni esposte in questo scritto sono state sviluppate e approfondite anche sulla scorta delle osservazioni maturate sul campo, durante un decennio di attività di volontariato presso lo sportello di Avvocati per la Solidarietà di Trento. L'occasione è propizia per ringraziare, anche in questa sede, il nutrito e appassionato gruppo di volontari che, nel corso degli anni, si sono succeduti nelle attività dello sportello e le hanno alimentate con la fresca linfa della loro instancabile curiosità.

tematiche trasversali che, a prescindere dall'attività professionale individuale o dall'appartenenza ad uno specifico settore disciplinare, possono essere considerate, in un certo senso, familiari, il filo rosso che emerge con una certa nitidezza quando si affronta il problema della garanzia di effettività dell'accesso alla giustizia per gli stranieri riguarda il principio d'eguaglianza e, nello specifico, la complessa realizzazione di quell'eguaglianza sostanziale che orienta – o dovrebbe orientare – gli interventi di carattere positivo o di natura sociale da parte degli enti pubblici e dello Stato.

2. Tra principi e diritti: il nodo dell'effettività

Il tema dell'effettività del diritto d'accesso alla giustizia per gli stranieri trova il proprio fondamento nel coacervo di principi, richiamati dalla quasi totalità di costituzioni contemporanee e di dichiarazioni internazionali sui diritti delle persone, che riconoscono e tutelano il diritto ad accedere alla giustizia per ogni persona, indipendentemente dalle condizioni individuali, economiche, sociali o dallo *status civitatis*³.

In particolare, con riguardo al nostro ordinamento, il perimetro delle garanzie è disegnato dagli articoli 24 e 111 Cost., che indicano il sistema minimo di tutele da garantire a qualunque individuo che entri in relazione con il “sistema giustizia” del nostro Paese⁴. Il quadro è com-

³ Per un quadro delle principali fonti di carattere internazionale e sovranazionale riguardanti il diritto di accesso alla giustizia, cfr. F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008; v. anche M. GAZZOLA, *L'Europa dei diritti: il diritto all'accesso alla giustizia e il legal aid*, disponibile sul sito <http://www.europeanrights.eu/>, 12.03.2011.

⁴ Non è possibile in questa sede ricostruire l'amplessissima letteratura che ruota intorno all'interpretazione di questi due articoli e alle garanzie ad essi collegati. Operando una sintesi necessitata dall'ambito ristretto della presente relazione, sul punto v. A. POLICE, *Art. 24* e A. ANDRONIO, *Art. 111*, entrambi in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; N. MANI, *Difesa d'ufficio*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX agg., Torino, 2016, 266 ss.; S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. Disc. Pen.*, agg. II, Torino, 2004, 342; P. PELLEGRINELLI, *Giusto processo (civile)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., Agg. III, Torino, 2007, 652; F. GIUNCHEDI, *Giusto pro-*

pletato dalla garanzia del principio d'eguaglianza formale e sostanziale, ex art. 3 Cost., e dal richiamo alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra anche il diritto alla difesa in giudizio che, per espressa previsione dell'art. 24 Cost., deve essere assicurata anche ai non abbienti⁵.

Ai principi costituzionali si aggiungono, nell'ottica di un sempre più integrato quadro delle fonti e dialogo tra sistemi, anche le previsioni derivanti dal diritto internazionale e vincolanti per il nostro ordinamento (*in primis*, la Cedu e l'interpretazione ad essa fornita dalla Corte di Strasburgo), nonché quelle prodotte dall'ordinamento dell'Unione europea.

Per quanto attiene agli obblighi derivanti dal sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, va senz'altro segnalata la tradizionalmente copiosa giurisprudenza della Corte che ruota intorno all'interpretazione dell'art. 6 e che, con specifico riguardo alle tematiche prese in esame in questa sede, ha contribuito in modo non irrilevante a definire ulteriormente le garanzie previste (anche) dai precetti costituzionali⁶. Così, ad esempio, è stata specificata sia in riferimento ai procedimenti penali sia per le cause civili l'obbligazione statale a garantire un accesso equo alla giustizia anche per tramite di istituti quali il *legal aid* o, per quanto attiene strettamente al nostro ordinamento, al patrocinio a spese dello Stato⁷.

cesso (*profili sovranazionali*), in *Dig. Disc. Pen.*, agg. III, Torino, 2005, 634, nonché bibliografia in queste sedi citata.

⁵ Cfr. A. POLICE, *Art. 24*, cit., 520 ss.

⁶ Per una ricostruzione completa e aggiornata della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'articolo 6, si vedano le *case-law guides* sull'applicazione delle norme Cedu ai procedimenti penali e ai processi civili, disponibili sul sito della Corte Edu, a questo link: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c>.

⁷ Sul punto, v. in materia penale il dossier a cura di EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (criminal limb)*, 2014, 48 disponibile all'indirizzo internet http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf. Con particolare riguardo al nostro ordinamento cfr. i casi *Artico c. Italia*, ric. n. 6694/74, sentenza del 13 maggio 1980, par. 34-35; *Alimena c. Italia*, ric. n. 11910/85, sentenza del 19 febbraio 1991, par. 20. In materia civile, cfr. l'analogo dossier EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on*

Con specifico riguardo al procedimento penale, inoltre, la questione della lingua, quale ostacolo per l'imputato alla comprensione del processo e delle accuse mosse nei suoi confronti, è stata affrontata numerose volte: in tali occasioni, i giudici di Strasburgo hanno, per esempio, riaffermato la necessità che le autorità statali forniscano all'imputato la traduzione scritta (o almeno orale) delle accuse a suo carico, in quanto la loro comprensione è strumentale e funzionale alla preparazione della difesa⁸. Già da tempo, inoltre, la Corte ha affermato che i costi per la traduzione debbono essere a carico dello Stato, in attuazione del principio di cui all'art. 6, co. 3, Cedu che garantisce il diritto all'assistenza gratuita da parte dell'interprete⁹.

Nella stessa prospettiva si collocano i principi enunciati dai Trattati UE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, l'art. 47 di quest'ultima prevede il diritto al ricorso *effettivo* ad un giudice imparziale e, in aggiunta alle garanzie sull'equo processo contenute nel comma 2, si prevede espressamente il diritto ad accedere al patrocinio a spese dello Stato per tutti coloro che non dispongano di mezzi sufficienti a garantire un accesso effettivo alla giustizia. Tuttavia, già da tempo (e ben prima dell'adozione della Carta di Nizza e dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, come è noto, ha conferito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione lo stesso valore dei Trattati), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che il diritto del singolo ad una «tutela giurisdizionale “completa ed effettiva” fa parte integrante del diritto comunitario», poiché deriva dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed è sancito dalla Cedu¹⁰. Da

Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (criminal limb), 2013, 18, disponibile all'indirizzo internet http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf.

⁸ *Brožicek c. Italia*, ric. n. 10964/84, sentenza del 19 dicembre 1989, par. 41; *Hermi c. Italia*, ric. n. 18114/02, sentenza del 18 ottobre 2006, par. 68.

⁹ *Luedicke, Belkacem and Koç c. Germania*, ric. n. 6210/73, 6877/75, 7132/75, sentenza del 28 novembre 1978, par 45 ss.

¹⁰ V. M. GESTRI, *Portata e limiti del diritto individuale di accesso alla giustizia nell'ordinamento dell'Unione europea*, in F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008, 466. Per quanto attiene alla giurisprudenza, cfr. C-222/84, *John-*

un lato, dunque, il diritto ad un accesso effettivo alla giustizia, che ora trova riconoscimento anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, rappresenta la cristallizzazione al livello più alto delle fonti del diritto euro-unitario di principi progressivamente individuati e specificati dai giudici di Lussemburgo; dall'altro lato, proprio in attuazione delle norme dei Trattati, esso viene configurato quale diritto che non tollera alcuna differenziazione di carattere soggettivo (in base a lingua, cultura, cittadinanza, ...), la cui realizzazione in concreto spetta, in primo luogo, agli Stati membri. Al fine di effettuare un controllo quanto più oggettivo possibile sull'attuazione di tale diritto, la Corte di giustizia è solita procedere alla verifica della sussistenza di una serie di requisiti procedurali¹¹ che garantiscano la rimozione delle barriere che ostacolano l'accesso dell'individuo alla giustizia. Tra tali elementi bisogna naturalmente collocare anche il diritto ad ottenere assistenza legale in giudizio e, nel caso in cui la persona sia sprovvista di mezzi per sostenerne le spese, anche all'istituto del patrocinio a spese dello Stato.

Il richiamo alle fonti sulla garanzia del diritto alla giustizia e alla loro interpretazione in sede giurisdizionale – per quanto necessariamente rapido e incompleto – è preliminare allo sviluppo di alcune considerazioni relative allo svolgersi, all'interno del nostro ordinamento, degli strumenti mirati ad assicurare, anche agli stranieri, un diritto effettivo ad accedere all'autorità giurisdizionale e beneficiare, a condizioni di parità con i cittadini italiani, degli istituti processuali e degli ausili ad essi correlati al fine di poter esercitare i propri diritti. Come si è visto, il

ston, sentenza del 15 maggio 1986, ECLI:EU:C:1986:206, par. 18-19; C-97/91, *Borelli*, sentenza del 3 dicembre 1992, ECLI:EU:C:1992:491, par. 14.

¹¹ Quali, ad esempio, il diritto ad essere informato sulle modalità per impugnare in via giurisdizionale o para-giurisdizionale atti della pubblica amministrazione, sul diritto ad ottenere una risposta in tempi certi, sulla certezza circa l'organo da adire in caso di violazione dei diritti. Sul punto cfr. il rapporto a cura di FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities*, Lussemburgo, 2011, disponibile all'indirizzo internet http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1520-report-access-to-justice_EN.pdf; v. anche il report a cura della COMMISSIONE EUROPEA, *2015 Report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights*, Lussemburgo, 2016, disponibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/2015_charter_report_full_version_en.pdf, 155 ss.

diritto ad accedere alla giustizia, tanto a livello costituzionale e interno, quanto sui piani internazionale e sovranazionale, prevede un insieme di tutele, di carattere sostanziale e procedimentale, che non tollerano (o non dovrebbero tollerare) distinzioni rispetto alla cittadinanza. Eppure, come è noto, talvolta proprio la mancata conoscenza della lingua e delle istituzioni del nostro ordinamento costituisce un ostacolo sostanziale per la persona straniera all'esercizio dei suoi diritti in sede giurisdizionale. L'ordinamento prevede dunque alcuni specifici istituti e strumenti, destinati anche agli stranieri e mirati ad evitare che le barriere linguistiche e culturali limitino, in concreto, l'esercizio dei diritti in sede giurisdizionale.

Questo contributo si propone, pertanto, di affrontare in chiave critica le problematiche relative all'effettività del diritto ad accedere alla giustizia per gli stranieri, attraverso la disamina del funzionamento e dei limiti di alcuni degli istituti predisposti nel nostro ordinamento per una garanzia più equa del diritto alla difesa e dell'accessibilità dei rimedi giurisdizionali per tutte le persone. Proprio con riguardo alle peculiarità che contraddistinguono lo straniero che si pone in contatto con il nostro sistema giurisdizionale, gli strumenti che paiono essere maggiormente significativi per porre in evidenza le criticità e gli spazi vuoti nella garanzia di effettività del diritto ad accedere alla giustizia corrispondono all'istituto della difesa d'ufficio, in diretta attuazione del diritto costituzionale alla difesa, al patrocinio a spese dello Stato e alla garanzia del diritto all'interprete.

3. La difesa d'ufficio

L'istituto della difesa d'ufficio rappresenta lo strumento attraverso il quale il nostro ordinamento provvede a garantire il diritto costituzionale alla difesa e le garanzie processuali per l'imputato all'interno del sistema accusatorio introdotto con la riforma del procedimento penale e suggellato dalla riscrittura dell'art. 111 Cost. Il quadro normativo che regola tale istituto è frequentemente oggetto di modifiche e aggiustamenti tendenzialmente mirati a garantire, anche attraverso l'imposizione di vincoli via via più stringenti ai professionisti che svolgono questo

importante ruolo, una sostanziale equiparazione tra la difesa d'ufficio e quella di fiducia¹².

I profili che, invece, rilevano in relazione alle finalità del presente contributo riguardano le modalità di accesso all'istituto per imputati e indagati, gli eventuali limiti previsti e gli ostacoli, sia di natura giuridica sia determinati da fattori extra-legali e frequentemente linguistici o culturali, che caratterizzano la relazione tra stranieri e difesa d'ufficio.

Nel corso degli ultimi anni, il legislatore ha esteso l'istituto della necessaria rappresentanza in giudizio da parte di un avvocato – e di conseguenza della difesa d'ufficio – anche a procedimenti aventi diversa natura e variamente correlati con la particolare posizione dello straniero rispetto al sistema giurisdizionale; questi riguardano, per esempio, l'espulsione, oppure l'udienza di convalida nel caso di trattenimento dello straniero presso i centri di identificazione ed espulsione¹³.

La *ratio* di tali previsioni è da individuare nella specificità dei procedimenti per i quali è stata prevista l'obbligatorietà della difesa. Si tratta, infatti, di giudizi nei quali sono in gioco diritti fondamentali della persona di tale peso da rendere necessaria la tutela in giudizio da parte di un avvocato.

Da un lato, si tratta di giudizi tendenzialmente improntati alla celerità, come dimostrato anche dalla contingentazione dei tempi per l'impugnazione dei relativi provvedimenti amministrativi e per la presentazione delle memorie davanti al giudice. Dall'altro lato, questi procedimenti pongono lo straniero in posizione di particolare vulnerabilità rispetto al sistema giurisdizionale, poiché la decisione del giudice incide sulla libertà personale e sul diritto di circolazione dell'interessato. Per tali mo-

¹² A tale proposito, va segnalata la recente modifica della disciplina della difesa d'ufficio, per mezzo del d.lgs. n. 6/2015, su cui v. A. DIDI, *La nuova legge sui difensori di ufficio: cronaca di un'occasione perduta*, in *Processo penale e giustizia*, 3, 2015, 128 ss.

¹³ Cfr. ad esempio, il comma 5-bis dell'art. 13 del Testo unico dell'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), per l'esecuzione dell'espulsione amministrativa con accompagnamento alla frontiera: «[...] L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito [...]»; la stessa formulazione ritorna anche nel comma 4 dell'art. 14 del d.lgs. n. 286/1998, sull'esecuzione dell'espulsione: «L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito [...]».

tivi, pur non avendo natura penale, è richiesta la necessaria partecipazione di un legale per assicurare l'effettività del contraddittorio e del diritto alla difesa.

Sull'esigenza della garanzia dei principi dell'equo processo nei procedimenti relativi all'espulsione o alla detenzione amministrativa dello straniero ha avuto occasione di pronunciarsi anche la Corte costituzionale che, proprio con riguardo alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-bis, del Testo unico dell'immigrazione sottolineò che, anche a fronte delle esigenze di ordine e sicurezza pubblica che costituiscono il fondamento della discrezionalità politica in materia di immigrazione, non può «essere eliminato l'effettivo controllo sul provvedimento *de libertate*, né può essere privato l'interessato di ogni garanzia difensiva»¹⁴.

Vi è, poi, un ulteriore elemento che, nei fatti, frequentemente incide sull'effettività della garanzia del diritto alla difesa. Non è infrequente che lo straniero nei confronti del quale sia stato emesso un provvedimento di espulsione si trovi in condizioni economiche tali da non assicurare la disponibilità di risorse economiche sufficienti a sostenere le spese legali della difesa. Si tratta di una problematica nota al legislatore che, infatti, ha espressamente previsto, tanto all'articolo 13 che all'articolo 14 del Testo unico dell'immigrazione, che lo straniero sia ammesso al patrocinio a spese dello Stato. Eppure tale diritto rischia di soffrire, in alcuni casi, di un vuoto di tutela, dal momento che la designazione dell'avvocato d'ufficio è operata dal giudice in base al sistema informatizzato previsto dall'art. 29, co. 2, delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale: la randomizzazione della scelta del difensore nominato dal giudice – volta a garantire la correttezza della turnazione tra i legali iscritti alle apposite liste – può condurre talora al-

¹⁴ C. cost., sent. n. 222/2004. I principi espressi nella sentenza si rifanno a quelli già sanciti nella precedente pronuncia n. 105/2001. E. ZAMBELLI, *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, in *Forum costituzionale*, 20 febbraio 2005; A. RAUTI, *Espulsione dello straniero e controllo del giudice di pace*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2004, 851; S. PENASA, *Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e CIE*, in S. BONINI, L. BUSSATTA, I. MARCHI, *L'eccezione nel diritto*, Napoli, 2015, 141.

l'individuazione di un avvocato che non si è reso disponibile per il patrocinio dei non abbienti. I due istituti hanno, infatti, una diversa natura e può accadere (e in effetti non è poco frequente che accada) che non ci sia una corrispondenza biunivoca tra le due liste. Tale profilo, soprattutto in considerazione dei tempi estremamente contingentati previsti proprio dai giudizi *ex artt.* 13 e 14 del Testo unico, può determinare alcune lacune nella piena effettività del diritto alla difesa per lo straniero¹⁵.

4. *Il patrocinio a spese dello Stato*

Secondo quanto previsto dall'art. 24 Cost., ai non abbienti vengono assicurati i mezzi per difendersi e agire dinanzi ad ogni giurisdizione. L'attuazione del precetto costituzionale è garantita dall'istituto del patrocinio a spese dello Stato¹⁶, che vale per ogni grado e per ogni fase del processo penale, civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione. Il Testo unico in materia di spese di giustizia, che regola le procedure e le modalità per l'accesso al patrocinio, contiene una serie di tutele a favore della persona assistita, fra le quali, ad esempio, il diritto alla scelta del difensore, purché risulti iscritto nelle liste dei patrocinatori. La disciplina prevede, inoltre, la copertura non solo dell'onorario e delle spese spettanti al legale, ma anche del corrispettivo dovuto agli ausiliari del giudice e ai consulenti tecnici di

¹⁵ Vi è, infine, un ulteriore fattore che può incidere anche in modo significativo sull'effettività del diritto alla difesa dello straniero, soprattutto nel caso di procedimenti penali a suo carico e che è sovente determinato dalla mancata conoscenza della lingua e degli istituti del nostro ordinamento. Può infatti capitare che lo straniero che ha ricevuto la comunicazione della nomina di un difensore d'ufficio non comprenda l'utilità di rivolgersi allo stesso al fine di preparare la propria difesa e che, di conseguenza, il legale non possa che impostare la difesa sulla base dei meri elementi processuali di cui dispone.

¹⁶ Cfr. Legge 29 marzo 2001, n. 134, Modifiche alla legge 30 luglio 1990, n. 217, recante istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti; Testo unico in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), artt. 74-141, e successive modificazioni.

parte; nel processo penale, in particolare, il legale può eventualmente nominare un investigatore privato¹⁷.

Tali spese, però, trovano copertura solo durante l'attività giurisdizionale; ne segue che tutte le attività di carattere stragiudiziale o istruttorio e comunque precedente rispetto all'inizio dell'azione giurisdizionale non risultano comprese nell'istituto *de quo*, fatta eccezione per le specifiche previsioni relative al procedimento penale¹⁸. Tale profilo risulta essere di particolare rilevanza proprio con riguardo alla situazione degli stranieri e alla peculiarità dei procedimenti nei quali questi potrebbero avere bisogno della difesa in giudizio. Se, da un lato, è lo stesso Testo unico in materia di spese di giustizia a prevedere la totale equiparazione nel trattamento tra cittadini italiani e stranieri o apolidi, in tutti i tipi di giudizio¹⁹, bisogna dall'altro lato osservare che proprio con riguardo ai giudizi civili e amministrativi in materia di diritto dell'immigrazione potrebbero rendersi necessarie attività legali o istruttorie precedenti all'avvio del processo, con la conseguente esclusione della copertura di tali spese dal patrocinio. Si pensi, a tale proposito, all'eventuale esigenza di raccogliere documentazione aggiuntiva (che frequentemente deve essere tradotta) o di svolgere indagini conoscitive e acquisire perizie strumentali alla presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso il diniego del riconoscimento della protezione internazionale o dello *status* di rifugiato: a rigore, le spese eventualmente da sostenere risulterebbero escluse dalle spese rendicontabili nell'ambito del patrocinio a spese dello Stato. Nonostante questa possa apparire come un'ipotesi marginale, non è da escludersi che da situazioni simili rischino di derivare alcuni problemi d'effettività nel diritto degli stranieri ad accedere alla giustizia.

¹⁷ Artt. 101 ss., d.P.R. 115/2002.

¹⁸ Artt. 90 ss., d.P.R. 115/2002.

¹⁹ Cfr. l'art. 90 del d.P.R. 115/2002 in materia penale e l'art. 119 del d.P.R. 115/2002, per i processi civile, amministrativo, contabile e tributario. Va, poi, segnalata la distinzione tra le due norme: nel procedimento penale l'equiparazione rispetto al cittadino italiano è garantita a tutti gli stranieri, mentre per gli altri giudizi, si prevede che «Il trattamento previsto per il cittadino italiano è assicurato, altresì, allo straniero regolarmente soggiornante sul territorio nazionale al momento del sorgere del rapporto o del fatto oggetto del processo da instaurare e all'apolide».

Venendo ai profili maggiormente rilevanti del rapporto tra patrocinio a spese dello Stato e giudizi in materia di immigrazione, bisogna osservare che in alcune occasioni – come è stato brevemente accennato nelle righe precedenti – il legislatore ha avuto cura di specificare espressamente l'estensione dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato ad alcuni giudizi che riguardano lo straniero. Così, ad esempio, lo straniero non abiente ha diritto ad essere ammesso al patrocinio in sede di udienza di convalida del provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera, da tenersi dinanzi al Giudice di pace²⁰. Simile è la previsione relativa all'udienza di convalida del provvedimento di trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione; tale udienza si svolge in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria di un difensore e, laddove necessario, di un interprete²¹. Tali norme hanno, poi, incontrato un'interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza amministrativa che ha esteso l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato anche al giudizio avverso il provvedimento di diniego di emersione dal lavoro irregolare, quale «antecedente logico [e] presupposto giuridico» dell'espulsione²².

Lo straniero è inoltre ammesso al patrocinio a spese dello Stato in caso di impugnazione in sede giurisdizionale della decisione della Commissione territoriale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, come espressamente previsto dall'art. 16 del d.lgs. n. 25/2008²³.

²⁰ Art. 13, co. 5-bis, d.lgs. n. 286/1998 (espulsione amministrativa); cfr. anche l'art. 142 del d.P.R. 115/2002.

²¹ Art. 14, co. 4, d.lgs. n. 286/1998, rubricato Esecuzione dell'espulsione.

²² V. Cons. St., Sez. III, sentenza 18 luglio 2013, n. 3917; secondo i giudici una decisione di segno opposto si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali e, segnatamente, con gli articoli 3, 24 e 113 Cost.

²³ Il procedimento e le modalità per l'impugnazione della decisione della Commissione territoriale dello *status* di rifugiato sono descritte all'art. 35 del d.lgs. n. 25/2008 (Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato) e seguono il procedimento di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 150/2011 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69; l'articolo 19 è rubricato: Delle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale).

Quest'ultimo specifico profilo ha trovato, recentemente, conferma anche nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 142/2015²⁴, ove si rammenta che il diritto all'ammissione al patrocinio statale per i richiedenti asilo che impugnino il provvedimento di diniego della Commissione – laddove ne ricorrano i presupposti – consente anche di evitare che gli oneri per il pagamento del contributo unificato previsto per la presentazione del ricorso giurisdizionale ricadano sul ricorrente sprovvisto di mezzi²⁵. Si tratta di un profilo di non scarsa importanza, dal momento che l'ostacolo rappresentato dall'incertezza circa la possibilità di ammissione al patrocinio e la conseguente necessità di sostenere direttamente le spese per il pagamento del contributo unificato possono costituire un ostacolo sostanziale all'effettività del diritto ad accedere alla giustizia per i richiedenti asilo privi di risorse economiche.

A tale proposito, va segnalato che, di norma, alla domanda di ammissione al patrocinio a spese dello Stato va allegata la documentazione necessaria ad accertare la veridicità di quanto in essa indicato, in relazione allo stato patrimoniale dell'istante; nel caso di cittadini stranieri, tale documentazione va corredata da una certificazione dell'autorità consolare competente²⁶. Tuttavia, proprio per il fatto che il richiedente asilo si trova in una situazione personale tale da non rendere possibile un contatto con le autorità consolari del Paese di provenienza, il legislatore ha previsto, nel caso di impossibilità di produrre tale documentazione, una deroga che consiste nella presentazione, da parte del cittadi-

²⁴ Si tratta del decreto legislativo che reca la Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale. Sul punto cfr. J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI, *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza immigrazione"*, Napoli, 2016, *passim*.

²⁵ Sul punto v. L. BUSATTA, *Il diritto alla salute e l'accesso alla giustizia dei migranti nel sistema dell'accoglienza straordinaria*, in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI (a cura di), *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza immigrazione"*, cit., 211.

²⁶ Secondo quanto previsto dall'art. 79, co. 2, d.P.R. 115/2002: «Per i redditi prodotti all'estero, il cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea correda l'istanza con una certificazione dell'autorità consolare competente, che attesta la veridicità di quanto in essa indicato».

no straniero, di una dichiarazione sostitutiva di certificazione²⁷. Queste previsioni hanno incontrato conferma anche in sede giurisdizionale con specifico riguardo alla situazione dei richiedenti asilo²⁸. Più recentemente, inoltre, è stato riconosciuto il diritto all'ammissione al patrocinio anche per il richiedente asilo che non avesse allegato alla propria istanza la dichiarazione sostitutiva di certificazione: il giudice ha riconosciuto, nel caso specifico, il prevalere della necessità di garantire la piena realizzazione del diritto alla difesa, rispetto alla verifica della completezza della documentazione presentata²⁹.

Un nodo ulteriore relativo all'effettività del diritto ad accedere all'istituto del patrocinio a spese dello Stato è stato sciolto dal Giudice costituzionale che, per mezzo di un'ordinanza di manifesta inammissibilità, ha confermato la possibilità di ammissione all'istituto anche per gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale³⁰. Il profilo su cui la Corte è intervenuta aveva una natura strettamente pratico-operativa; eppure, il risultato della pronuncia di inammissibilità ha avuto l'effetto di colmare uno dei possibili vuoti di tutela per stranieri in condizioni di particolare marginalità a causa della loro condizione di irregolari.

In questo contesto, l'ostacolo maggiore per la garanzia di un pieno diritto di difesa e di azione in giudizio anche per lo straniero non abiente è rappresentato da una non uniforme applicazione dei criteri di ammissione all'istituto del patrocinio a spese dello Stato sul territorio

²⁷ Art. 94, co. 2, d.P.R. 115/2002.

²⁸ Cfr. a titolo esemplificativo, ordinanza del Tribunale di Roma del 19 novembre 2014, pubblicata in *www.programmaintegra.it*.

²⁹ Trib. Roma, sez. 11 civ., ordinanza del 28/04/2015, n. 3909, in *www.meltingpot.org*.

³⁰ C. cost., ord. n. 144/2004. La decisione concerne una questione di legittimità costituzionale sollevata dal tribunale di Roma ed avente ad oggetto le previsioni sopra menzionate del Testo unico in materia di spese di giustizia, «nella parte in cui prevede, a pena di inammissibilità della domanda di ammissione al patrocinio dei non abbienti, l'indicazione del codice fiscale, anche nel caso in cui l'istante sia cittadino straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato». Secondo la Corte, il giudice rimettente aveva omesso di prendere in considerazione tutte le disposizioni rilevanti e, in particolare, quelle che prevedono la possibilità, in mancanza del codice fiscale, di indicare solamente i dati anagrafici dell'istante.

nazionale, con una conseguente violazione del principio di eguaglianza³¹. Proprio nei provvedimenti che riguardano gli stranieri, infatti, le decisioni degli Ordini degli avvocati circa l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato non sono omogenee e i requisiti previsti a livello normativo incontrano differenti interpretazioni, tanto che l'accesso a questo istituto è, di fatto, riconosciuto a macchia di leopardo a livello nazionale, con inevitabili ripercussioni sulla garanzia di un pieno diritto alla difesa per lo straniero³².

5. *Il diritto all'interprete*

Nel percorso di analisi degli ostacoli che lo straniero incontra nel nostro ordinamento nell'accesso alla giustizia non può non figurare il fattore linguistico: la mancata conoscenza e comprensione della lingua italiana da parte di un cittadino di un altro Paese presente sul territorio nazionale si configura infatti quale barriera che può impedire, di fatto, un pieno esercizio del diritto di difesa o di azione in giudizio. Il riconoscimento del diritto all'interprete all'interno del procedimento penale trova origine nell'articolato insieme di garanzie per l'imputato e incontra, nel nostro ordinamento, una protezione costituzionale particolarmente forte: esso non solo è sancito dall'art. 111, co. 3, Cost., ma trova riconoscimento anche a livello internazionale, nelle previsioni di cui all'art. 6 Cedu, e sovranazionale, in quanto l'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea impone per ogni imputato il rispetto dei diritti della difesa, fra i quali è ricompresa anche l'assistenza di un interprete, qualora necessario. Dal combinato disposto di tali

³¹ Come recentemente segnalato dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (Asgi), con specifico riguardo alla situazione dei richiedenti asilo: comunicato del 20 ottobre 2015 (<http://www.asgi.it/notizia/il-gratuito-patrocino-e-un-diritto-anche-per-i-richiedenti-asilo/>) e scheda pratica a cura di N. MORANDI, *Il patrocinio a spese dello stato nei procedimenti giurisdizionali per l'accertamento della protezione internazionale e/o umanitaria*, 19 settembre 2016 (<http://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/patrocino-spese-stato-richiedenti-asilo/>).

³² Sul punto cfr. V. FERRARIS, *L'accesso alla giustizia*, in S. ANASTASIA, V. CALDERONE, L. FANOLI, *L'articolo 3. Primo Rapporto sullo stato dei diritti in Italia*, Roma, 2014, 115.

norme deriva una particolare rilevanza della garanzia linguistica all'interno del processo, quale strumento essenziale per realizzazione dei principi dell'equo processo e come veicolo per la piena tutela dell'imputato.

Nel nostro ordinamento, la norma di riferimento consiste nelle previsioni di cui all'articolo 143 c.p.p., che è stato recentemente modificato – come ora si vedrà – per effetto del recepimento della Direttiva europea 2010/64/UE del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (d.lgs. n. 32/2014). La *ratio* dell'istituto, in termini generali, è quella di abbattere le barriere di carattere extra-giuridico (nello specifico, di natura linguistica) che possono frapporsi tra lo straniero e il godimento di un diritto fondamentale della persona, quale è il diritto alla difesa³³.

La direttiva 2010/64/UE ha introdotto nel nostro ordinamento alcune interessanti novità per garantire il diritto alla traduzione e all'interpretazione nel procedimento penale. Essa è stata recepita dal d.lgs. n. 32/2014, che ha comportato un netto ampliamento dei diritti dello straniero rispetto a quanto prima previsto³⁴.

Se il diritto all'interprete nel corso del procedimento penale era già riconosciuto allo straniero che non conoscesse la lingua italiana, per effetto della nuova normativa tale diritto è stato esteso anche alle comunicazioni tra imputato e difensore; sono altresì state ampliate le ipotesi relative al diritto alla traduzione degli atti processuali, al fine di

³³ Così anche E. LONGO, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale: profili di diritto costituzionale europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2015, 3.

³⁴ La dottrina ha, tuttavia, segnalato che rispetto alle forti tutele introdotte dalla Direttiva, il recepimento nazionale è stato piuttosto blando. M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in *www.pena.leontempo.ra neo.it*, 10 aprile 2014. Il decreto legislativo è composto di soli quattro articoli: il primo prevede le modifiche all'art. 143 c.p.p.; il secondo interviene sulle norme di attuazione del codice di procedura penale, prevedendo l'inserimento di interpreti e traduttori nell'albo dei periti presente in ogni Tribunale (artt. 67 e 68 d.lgs. n. 271/1989, Norme di attuazione de codice di procedura penale); il terzo articolo esclude, per mezzo di modifica del Testo unico in materia di spese di giustizia, l'onorario dell'interprete dalle spese ripetibili per il patrocinio a spese dello Stato. Infine, l'ultimo articolo consiste nella norma per la copertura finanziaria.

consentire la comprensione delle contestazioni rivolte all'indagato o all'imputato.

Un profilo sicuramente positivo della novella consiste nell'introduzione di un registro degli interpreti, quale strumento mirato a garantire la qualità della traduzione. Permangono tuttavia alcune criticità, già segnalate dalla dottrina nella fase di recepimento della direttiva europea, che riguardano la garanzia della qualità della traduzione e della professionalità degli incaricati, ad esempio con riferimento alla possibilità di ricusare l'interprete da parte dello straniero che ritenga non adeguata la traduzione ricevuta³⁵.

È stata, invece, accolta positivamente la specificazione del fatto che i costi per l'interprete sono a carico dello Stato, senza nessun onere per la persona e a prescindere dall'esito del procedimento, conformemente a quanto previsto dall'art. 4 della direttiva³⁶. Di questo profilo si era occupata anche la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 254 del 2007, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 102 del Testo unico in materia di spese di giustizia nella parte in cui non prevedeva, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, la possibilità di nominare un proprio interprete³⁷. Secondo i giudici delle leggi,

La partecipazione personale e consapevole dell'imputato al procedimento, mediante il riconoscimento del diritto in capo all'accusato straniero, che non conosce la lingua italiana, di nominare un proprio interprete, rientra nella garanzia costituzionale del diritto di difesa nonché nel diritto al giusto processo,

³⁵ M. GIALUZ, *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una transposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, in www.pena.lecontempo.raneo.it, 4 novembre 2013.

³⁶ M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, cit.

³⁷ C. cost., sent. n. 254/2007, su cui v. G. REPETTO, *L'ammissione degli stranieri al patrocinio a spese dello Stato e l'«obbligo del condizionale»*, in <http://archivio.rivistaic.it/giurisprudenza/decisioni2/autori/repetto.html>, 5 dicembre 2007.

diritto che non può «soffrire alcuna limitazione»³⁸.

Tale profilo è di non poca importanza per la garanzia di un pieno accesso alla giustizia per gli stranieri, soprattutto se accostato alla seconda rilevante novità introdotta con il recepimento della direttiva europea e consistente nell'estensione del diritto all'assistenza gratuita di un interprete anche «per le comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento»³⁹. Consentire allo straniero di essere assistito nella comprensione linguistica anche nei colloqui con il difensore costituisce uno strumento importante per assicurare all'indagato o imputato una piena ed effettiva partecipazione al procedimento penale a suo carico; la norma si colloca così nel percorso per la garanzia in concreto dei principi dell'equo processo.

Fra i profili che, invece, rivelano un'eccessiva cautela del nostro legislatore nel recepimento dell'atto europeo e che rappresentano, probabilmente, un'occasione persa, è stata segnalata la criticità degli strumenti diretti a tutelare la qualità della traduzione. L'articolo 2 del d.lgs. n. 32/2014 modifica le disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, inserendo fra le categorie obbligatorie comprese nell'albo dei periti istituito presso ogni tribunale anche quella degli esperti in interpretariato e traduzione. Tuttavia, nel testo della direttiva si scorge anche un obbligo di garanzia sostanziale della qualità della traduzione e dell'interpretariato, rinvenibile negli articoli 2, co. 8 e 3, co.9, in base ai quali essi devono «essere di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento». Sul punto il legislatore nazionale non è espressamente intervenuto, avendo limitato il proprio intervento all'introduzione delle citate categorie professionali nell'albo dei periti⁴⁰.

Con specifico riguardo ai riti in materia di immigrazione e analogamente a quanto già osservato in relazione all'estensione della difesa d'ufficio, anche la garanzia di un interprete è stata espressamente riconosciuta dal legislatore per l'udienza di convalida del provvedimento

³⁸ C. cost., sent. n. 254/2007, punto 2 del considerato in diritto.

³⁹ Art. 143, co. 1, c.p.p.

⁴⁰ In prospettiva critica cfr. M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, cit.

con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera, da tenersi dinanzi al Giudice di pace⁴¹, e per l'udienza di convalida del provvedimento di trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione⁴². Il diritto all'interprete è inoltre esteso al procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e dello *status* di rifugiato⁴³. Il legislatore ha avuto cura di precisare che tutte le garanzie previste per la procedura dinanzi alla Commissione territoriale sono assicurate anche nel caso di impugnazione della decisione in sede giurisdizionale⁴⁴; ne deriva che il diritto all'interprete è esteso anche al processo dinanzi al giudice monocratico.

Alla luce dell'analisi di un quadro normativo che, in considerazione dell'impatto del fenomeno migratorio nel nostro ordinamento, appare ancora frammentario e, sotto certi profili, lacunoso, rimane da chiedersi se le garanzie introdotte per effetto del recepimento della normativa europea possano considerarsi estese anche a queste specifiche ipotesi relative al diritto dell'immigrazione. Da un lato, anche sulla scorta di quanto sinora affermato, una risposta positiva appare possibile (e ragionevole), nell'ottica di una auspicabile tendenza verso una maggiore tutela dei diritti fondamentali dello straniero; dall'altro lato, ancora una volta, in assenza di un'esplicita conferma dell'estensione di tali norme anche in materia di immigrazione, sembrerebbe concreto il rischio di una non uniforme applicazione e interpretazione delle norme di riferimento a livello nazionale. Ciò rende, ancora una volta, i giudici responsabili della garanzia dei diritti fondamentali, a fronte di un (almeno parziale) silenzio del legislatore, e conduce, in ogni caso, alla creazione di "vuoti di effettività", a discapito della delicata posizione nella quale spesso versano gli stranieri.

⁴¹ Art. 13, co. 5-bis, d.lgs. n. 286/1998.

⁴² Art. 14, co. 4, d.lgs. n. 286/1998.

⁴³ Artt. 10 e 14 del d.lgs. n. 25/2008, come modificato dal d.lgs. n. 142/2015.

⁴⁴ Art. 10, co. 5, d.lgs. n. 25/2008.

6. Conclusioni

Come la breve e necessariamente incompleta analisi sviluppata nei paragrafi precedenti ha tentato di mettere in luce, i problemi di effettività nella tutela del diritto all'accesso alla giustizia per gli stranieri riguardano primariamente la garanzia di una piena applicazione del principio d'eguaglianza: a parità di condizioni, dovrebbe essere assicurata, dal punto di vista dei soggetti interessati, un'eguale opportunità quanto all'accesso e alla fruizione di istituti, già previsti dal nostro ordinamento e dettagliatamente disciplinati, volti a realizzare in concreto i principi dell'equo processo che la nostra Costituzione sancisce. Nella prospettiva del contenuto e delle modalità di tali garanzie, poi, si tratta di strumenti il cui funzionamento e la cui effettività dovrebbero essere oggetto di un controllo costante da parte delle istituzioni, tale da assicurarne l'adeguatezza rispetto ai bisogni e l'applicazione omogenea sul territorio nazionale.

Si può inoltre apprezzare il raggiungimento, dal punto di vista del quadro normativo generalmente inteso, di un grado di garanzie relative ai principi del processo equo e dell'accesso alla giustizia che può essere valutato in termini positivi e considerato tendenzialmente accettabile e conforme alle obbligazioni assunte dal nostro ordinamento a livello internazionale e sovranazionale. Rimane, però, ancora del cammino da compiere per una concreta effettività del diritto all'accesso alla giustizia, soprattutto per gli stranieri. Restano infatti aperte alcune criticità che emergono nella pratica quotidiana e che vengono rese evidenti dalla specificità dei singoli casi; queste, incidendo di fatto sui diritti di persone in condizione di particolare fragilità per motivi economici, linguistici, sociali e culturali, meritano una dovuta attenzione da parte di tutti i soggetti coinvolti nel complesso sistema che pone lo straniero in relazione al nostro sistema giurisdizionale, ai fini di un'adeguata gestione mirata al miglioramento del livello di garanzia dei diritti degli stranieri e della loro piena integrazione nel nostro ordinamento.

In tale contesto, se da un lato non si può non riconoscere il ruolo fondamentale giocato dal mondo del volontariato sociale e dalle associazioni impegnate in prima linea nella tutela dei diritti degli stranieri e delle persone che vivono in condizioni di marginalità, dall'altro lato

non si può nemmeno tralasciare il fatto che le prime responsabili per la garanzia in concreto dei diritti costituzionali sono proprio le istituzioni statali e, con riguardo al tema specifico di questa analisi, il sistema giudiziario.

Così, sono le vibranti parole pronunciate da un avvocato idealista e sognatore quale Atticus Finch ne *Il buio oltre la siepe* a ricordarci il senso e la direzione verso cui la garanzia dei diritti nell'ambito del sistema giurisdizionale dovrebbe essere orientata, ossia la realizzazione nel quotidiano di quell'eguaglianza davanti alla legge che annulla ogni differenza sociale, politica, etnica, economica linguistica o geografica di partenza:

Noi sappiamo che non tutti gli uomini furono creati uguali, nel senso che molta gente vorrebbe farci credere: sappiamo che vi sono persone più intelligenti di altre, più capaci di altre per natura, uomini che riescono a guadagnare più denaro, donne che fanno dolci migliori, individui dotati di qualità negate invece alla maggioranza degli uomini.

Ma c'è una cosa, nel nostro paese, di fronte alla quale tutti gli uomini furono davvero creati uguali: un'istituzione umana che fa di un povero l'eguale di Rockefeller, di uno stupido l'eguale di Einstein, e di un'ignorante l'eguale di un rettore di università. Questa istituzione, signori, è il tribunale [...] ⁴⁵.

⁴⁵ Queste parole sono pronunciate dall'avvocato Atticus Finch nell'arringa finale del processo raccontato in HARPER LEE, *Il buio oltre la siepe*, Milano, 2007, 212 (titolo originale *To kill a mockingbird*, 1960, trad. it. Amalia D'Agostino Scitanzer).

EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE DEL MIGRANTE DAL PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Alma Chietini

SOMMARIO: 1. In generale. 2. Il riparto fra le giurisdizioni. 3. Effetti del riparto. 4. La Corte costituzionale. 5. La giurisprudenza amministrativa. 6. Una peculiare conseguenza del riparto. 7. Conclusioni.

1. In generale

Il riparto delle controversie fra le diverse giurisdizioni – secondo il criterio costituzionalizzato con l'art. 113 della Costituzione – è frutto di scelte di politica legislativa¹. Il Giudice della giurisdizione, cui compete il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni statuendo in concreto sulla giurisdizione e rinviando la causa al giudice che ne è dotato, contribuisce a precisare i dettati normativi qualificando la situazione giuridica protetta e stabilendo i confini tra giudice ordinario, giudice amministrativo e altri giudici speciali.

¹ Non solo in Italia ma anche negli Stati dell'Europa continentale gli istituti della giustizia amministrativa si caratterizzano per essere separati dagli strumenti ordinari «di tutela dei cittadini nei loro rapporti con soggetti equiordinati» (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, p. 4). L'Autore sostiene, invero, la necessità che il giudice conosca approfonditamente il diritto amministrativo perché la sua vastità e i suoi frequenti mutamenti «sono tali che solo un giudice che lo pratichi professionalmente può giudicare bene le vertenze» con l'Amministrazione. Tuttavia, a suo dire, ciò non comporta, necessariamente, che «debba trattarsi di un giudice "speciale"; potrebbe trattarsi anche di un giudice "specializzato". Non è indispensabile, in linea di principio, che il giudice amministrativo faccia capo a una giurisdizione distinta e separata da quella ordinaria, come si verifica oggi»: si pensi ai costi elevati in termini di tempi e risorse ma anche di «intelligibilità della giustizia per il cittadino (basti pensare alla distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi)» (*Tre priorità per la giustizia amministrativa*, in *Il Sole 24 Ore*, 05.03.2014).

Per le controversie che possono riguardare, in modo specifico, un cittadino in quanto migrante, l'attuale sistema di doppia giurisdizione si rinviene:

- in molteplici disposizioni di legge che affidano al giudice ordinario determinate tipologie di controversie sulla base dell'implicito presupposto che la posizione sottostante sia di diritto soggettivo;
- in altre, molteplici disposizioni di legge che affidano controversie al giudice amministrativo senza specificare che si tratta di giurisdizione esclusiva e, quindi, sull'implicito presupposto che la posizione sottostante sia di interesse legittimo.

In concreto, tale sistema comporta che alla giurisdizione del giudice ordinario sono attribuite alcune fattispecie (relative a posizioni che la giurisprudenza della Corte di Cassazione qualifica come diritti soggettivi) di contenuto simile ad altre fattispecie attribuite, invece, alla generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

Basti pensare al diniego di rilascio del permesso di soggiorno, di cui conosce il giudice ordinario o quello amministrativo a seconda del motivo per cui il permesso è richiesto: se per ricongiungimento familiare o per motivi umanitari, la giurisdizione è del giudice ordinario e, di conseguenza, la posizione giuridica è necessariamente di diritto soggettivo; per altri motivi, dallo studio al lavoro, alle ordinarie cure mediche, la giurisdizione è del giudice amministrativo perché si ritiene che la posizione correlata sia di interesse legittimo.

Nel nostro ordinamento il riparto fra le diverse giurisdizioni ha creato e crea sovente contrasti interpretativi e conflitti tra giudici.

Nondimeno, e con riferimento alla disciplina costituente l'ordinamento dell'immigrazione – di recente formazione e incrementatasi quantitativamente solo negli ultimissimi anni² – è stato acutamente osservato che se «vi è stata qualche difficoltà interpretativa, anche inerente il riparto di giurisdizione, non vi è mai stato alcun acceso contrasto

² La prima legge risale solo al 30.12.1986, n. 943, recante «Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine», cui ha fatto seguito il d.l. 30.12.1989, n. 416 (convertito dalla l. 28.02.1990, n. 39), disciplina in seguito abrogata, per la maggior parte, dall'art. 47 del d.lgs. 25.07.1998, n. 286, e, per la restante parte, dall'art. 40 del d.lgs. 28.01.2008, n. 25.

tra le giurisdizioni», forse perché si tratta «di controversie da taluni ritenute meno importanti, rispetto alle quali non vi sono mai state forti rivendicazioni in ordine all'attribuzione della giurisdizione». Se, quindi, e in generale, i contrasti sul riparto di giurisdizione spesso vedono giudice ordinario e giudice amministrativo cercare di conquistare «maggiore campo di gioco», mentre il cittadino assiste a una partita a lui estranea, interna tra le due giurisdizioni, viceversa nella materia dell'immigrazione «l'impressione è che entrambe le giurisdizioni non abbiano mai “combattuto” per la giurisdizione»³.

2. Il riparto fra le giurisdizioni

Il Legislatore ha dunque attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative ai provvedimenti:

- di espulsione, adottati dal prefetto a seguito di entrata nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, di indebito reingresso, per mancanza del permesso di soggiorno e nei confronti di coloro che sono stati sottoposti a misure di prevenzione personali (art. 13, comma 8, del d.lgs. 25.07.1998, n. 286, e art. 18 del d.lgs. 01.09.2011, n. 150, che le attribuisce al giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione), inclusi i provvedimenti adottati, sempre dal prefetto, sulle istanze di revoca dei provvedimenti di espulsione⁴;

³ R. CHIEPPA, *Quale giudice per gli immigrati? Questioni di giurisdizione e di competenza*, in *Atti del Convegno 'Frontiere dell'immigrazione o migrazione delle frontiere'*, Trento 25-26.11.2011, p. 171.

⁴ Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, 21.02.2002, n. 2513; Id., Sez. Unite Civili, 12.01.2005, n. 384, con cui è stato precisato come «anche le decisioni adottate sulle istanze di revoca dei provvedimenti di espulsione (e, come tali, dirette ad incidere sulla concreta operatività di tali misure) sono assoggettate a controllo giurisdizionale; controllo che, per ragioni di coerenza sul piano sistematico e di effettività della tutela delle situazioni soggettive garantite, deve ritenersi riservato all'autorità giudiziaria investita del potere di sindacare la legittimità del provvedimento di espulsione di cui è stata chiesta la revoca». Cfr., da ultimo, Corte di Cassazione Civile, sez. VI, ordinanza 20.05.2013, n. 12273.

- di non riconoscimento, di revoca e di cessazione dello *status* di rifugiato (art. 35 del d.lgs. 28.01.2008, n. 25; in base all'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011 le controversie sono di competenza del tribunale, in composizione monocratica, del capoluogo del distretto di corte di appello in cui ha sede la commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale o la sezione che ha pronunciato il provvedimento impugnato)⁵;
- di diniego di nulla osta al ricongiungimento familiare e di permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché contro gli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare (art. 30, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, artt. 6 e 9 del d.lgs. 07.04.2003, n. 85; art. 20 del d.lgs. n. 150 del 2011, che attribuisce le controversie al tribunale in composizione monocratica del luogo in cui il ricorrente ha la residenza);
- di espulsione di un minore straniero, di competenza del tribunale per i minorenni (art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998);
- concernenti discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi (art. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998 e art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011, che le attribuisce al tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio);
- di respingimento con accompagnamento alla frontiera (artt. 10 e 19 del d.lgs. n. 286 del 1998); in questo caso la disciplina positiva dei respingimenti non individua il giudice davanti al quale lo straniero può invocare la tutela della propria situazione giuridica soggettiva, per cui la Corte di Cassazione ha affermato che si tratta di atti che

⁵ Consiglio di Stato, sez. III, 28.08.2014, n. 4413; Id., sez. III, 26.08.2014, n. 4324. Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, ordinanza 19.05.2009, n. 11535, con cui è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario non solo nel caso di diniego del permesso di soggiorno per «asilo» (negato con decisione della commissione territoriale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato), ma anche in quello di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari adottato dal questore, ai sensi dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dell'art. 28 del d.P.R. 31.08.1999, n. 394. Le Sez. Unite, con la successiva ordinanza 09.09.2009, n. 19393, hanno poi ri-affermato la giurisdizione del giudice ordinario facendo leva sulla situazione giuridica soggettiva posta a base della domanda di accertamento del diritto al permesso di soggiorno umanitario, qualificata «diritto soggettivo da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali».

«incidono su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo»⁶;

- di accertamento dello *status* di cittadino italiano quando esso spetta per diritto (artt. 6 e 9 della l. 05.02.1992, n. 91)⁷;
- di riconoscimento dello stato di apolidia (art. 17 del d.P.R. 12.10.1993, n. 572, concernente «Regolamento di esecuzione della legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza»)⁸.

Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti:

- di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, di competenza del Ministro dell'interno (art. 13, commi 1 e 11, del d.lgs. n. 286 del 1998)⁹;
- di espulsione per motivi di prevenzione di attività terroristiche, anche internazionali (art. 3, commi 1 e 4, del d.l. 27.07.2005, n. 144, convertito nella legge 31.07.2005, n. 155);
- di misure per prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di finanziamento del terrorismo e per attuare il congelamento dei fondi e delle risorse economiche per il contrasto del finanziamento del ter-

⁶ Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, 17.06.2013, n. 15115. La pronuncia ha anche soggiunto che occorre mantenere «ferma una coerenza di “sistema”», stante «l'appartenenza alla giurisdizione ordinaria di tutte le controversie in materia di protezione internazionale, che comprendono le domande di tutela del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo *status* di rifugiato e del diritto costituzionale di asilo, aventi identica natura riconducibile alla categoria dei diritti umani fondamentali, che debbono essere riconosciuti allo straniero “comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato”».

⁷ Corte di Cassazione Civile, sez. I, 22.11.2007, n. 24312, sull'effetto preclusivo all'acquisto della cittadinanza che la legge ricollega alla sussistenza di condanne penali.

⁸ Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, 09.12.2008, n. 28873, con cui è stato affermato che «sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in merito alla domanda di riconoscimento dello stato di apolidia di cui alla convenzione di New York del 28 settembre 1954 e all'art. 17 del d.P.R. 12 ottobre 1993, n. 572, trattandosi di un procedimento relativo allo stato e alla capacità delle persone, di competenza esclusiva del tribunale ex art. 9 c.p.c., volto a incidere sui diritti soggettivi, di natura civile e politica, la cui tutela giurisdizionale è sempre ammessa dall'art. 113 Cost. e imposta dalla convenzione nei confronti dello Stato dove l'apolide si trova stabilmente».

⁹ Competenza funzionale inderogabile del T.A.R. del Lazio, sede di Roma, ex art. 135, comma 1, lett. i), c.p.a.

- rorismo e dell'attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale (art. 14 del d.lgs. 22.06.2007, n. 109)¹⁰;
- di diniego di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea che non possono rientrare nel loro Paese d'origine, a eccezione di quelli fondati sul mancato riconoscimento del ricongiungimento familiare (art. 9 del d.lgs. n. 85 del 2003);
 - di diniego di concessione del visto di ingresso e di reingresso¹¹, nonché di rilascio, di rinnovo e di revoca del permesso di soggiorno e del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo (artt. 5 e 6, comma 10, e art. 9 del d.lgs. n. 286 del 1998);
 - di diniego della domanda di concessione della cittadinanza italiana (artt. 6 e 9 della l. n. 91 del 1992)¹².

Quanto ai permessi di soggiorno per «motivi sanitari», gli stessi possono essere richiesti ai sensi degli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 286 del 1998. La prima delle disposizioni richiamate assicura ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, «cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti

¹⁰ Competenza funzionale inderogabile del T.A.R. del Lazio, sede di Roma, ex art. 14 del d.lgs. n. 109 del 2007 ed ex art. 135, comma 1, lett. m), c.p.a.

¹¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 13.06.2013, n. 3268.

¹² Consiglio di Stato, sez. III, 05.06.2012, n. 3306; Id., sez. VI, 24.03.2014, n. 1404; Id., sez. III, 14.01.2015, n. 60; Id., sez. III, 04.03.2015, n. 1084. Con tali pronunce è stato affermato che la «concessione della cittadinanza italiana è un atto “di alta amministrazione”» e che dunque «latissima è la discrezionalità inerente alla concessione della cittadinanza», con valutazioni che si estendono «non solo alla capacità dello straniero di ottimale inserimento nella comunità nazionale sotto i profili dell'apporto lavorativo e dell'integrazione economica e sociale, ma anche in ordine all'assenza di pericolo per le condizioni di sicurezza dello Stato». Giova qui segnalare che anche la norma che consente allo straniero di acquistare la cittadinanza italiana dopo dieci anni di residenza legale sul territorio nazionale (9, comma 1, lett. f), della l. n. 91 del 1992) deve essere letta in combinazione con la lett. c) del comma 1 del precedente art. 6, in base al quale l'acquisto della cittadinanza è comunque precluso dalla «sussistenza di comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica». Inoltre, con la sentenza n. 60 del 2015 è stato altresì precisato che «la lunga durata della residenza [decennale] è solo il requisito di base, ossia una condicio sine qua non, che non esonera dall'accertamento di ulteriori condizioni valutabili discrezionalmente, fra le quali l'effettivo e proficuo inserimento del soggetto nella comunità nazionale e l'autosufficienza economica».

o comunque essenziali», ancorché continuative, per malattia e infortunio. Ora, poiché il nucleo essenziale del diritto alla salute integra una posizione soggettiva primaria di rango costituzionale che non muta a seconda della nazionalità della persona, si ritiene che l'Amministrazione non disponga di alcun potere autoritativo di valutazione quando il permesso di soggiorno viene richiesto per la salvaguardia del nucleo essenziale del diritto alla salute,

sicché le relative controversie restano devolute al giudice ordinario, in quanto giudice dei diritti soggettivi, atteso che il sistema non configura nella materia di cui si tratta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹³.

All'opposto, l'art. 36 si riferisce genericamente al permesso per «cure mediche», sicché esso comprende non solo le situazioni in cui si configurano esigenze sanitarie essenziali ma anche quelle in cui uno straniero chiede di soggiornare in Italia per esigenze terapeutiche di altro tipo. In quest'ultimo caso non si tratta di proteggere il nucleo essenziale e intangibile del diritto alla salute, per cui la pretesa dello straniero deve essere valutata unitamente agli altri interessi pubblici di rango primario rilevanti in tema di soggiorno e permanenza degli stranieri in Italia, secondo gli ordinari poteri di apprezzamento che l'Autorità di pubblica sicurezza esercita, in base alla legge, quando valuta i presupposti generali per il rilascio di un permesso di soggiorno. Ne deriva che, in tale ipotesi, «le controversie conseguenti al diniego del permesso di soggiorno restano comprese nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo»¹⁴.

¹³ La Corte di Cassazione Civile ha anche più volte ribadito che la garanzia del diritto fondamentale alla salute del cittadino straniero, che comunque si trovi nel territorio nazionale, impedisce un'espulsione che gli causerebbe un irreparabile pregiudizio, e che tale garanzia comprende non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita; cfr. ordinanza sez. VI, 27.06.2016, n. 13252; Id., Sez. Unite, 10.06.2013, n. 14500.

¹⁴ T.A.R. Lombardia, Milano, 05.12.2014, n. 2964; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 16.05.2016, n. 1325. Le pronunce hanno altresì precisato che «ai fini dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione, la pretesa del ricorrente deve essere valutata in astratto, esaminando se, in base ai fatti posti a fondamento della domanda, si profila la

3. Effetti del riparto

Ebbene, dalla riportata ricostruzione emerge che, sebbene l'art. 2, comma 5, del testo unico n. 286 del 1998 stabilisca che

allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la Pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge,

il percorso che deve seguire il cittadino straniero per avere tutela può presentarsi piuttosto lungo e complicato, in quanto a determinati provvedimenti amministrativi, la cui cognizione è attribuita a una giurisdizione, possono seguire altri provvedimenti, che vanno invece contestati davanti a una diversa giurisdizione.

Tipico è il caso del diniego di rilascio o di rinnovo (o della revoca) del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, cui segue il provvedimento di espulsione. In questi casi lo straniero deve rivolgersi dapprima al giudice amministrativo per chiedere l'annullamento del diniego, e poi al giudice ordinario per contestare il collegato ma successivo provvedimento di espulsione.

E in questi casi il giudice ordinario non può sindacare il provvedimento presupposto¹⁵ per cui il cittadino straniero, se non riesce ad otte-

lesione della salute in termini di pregiudizio al nucleo incompressibile del diritto, ovvero la lesione della pretesa, da qualificare come interesse legittimo, a effettuare determinate cure in Italia al di fuori delle condizioni di essenzialità sopra individuate. Nel primo caso la domanda rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, mentre nel secondo deve essere attribuita alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo».

¹⁵ Difatti, la Corte di Cassazione Civile afferma che «al giudice investito dell'impugnazione del provvedimento di espulsione non è consentita alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno ovvero ne abbia negato il rinnovo, poiché tale sindacato spetta unicamente al giudice amministrativo, la cui decisione non costituisce in alcun modo un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione; con la conseguenza, per un verso, che la pendenza del giudizio promosso dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione dei predetti provvedimenti del questore non giustifica la sospensione del processo instaurato dinanzi al giudice ordinario con l'impugnazione del decreto di

nere tempestivamente dal giudice amministrativo una pronuncia a lui favorevole, anche cautelare, sarà costretto a lasciare il territorio italiano non potendo sperare nell'accoglimento del ricorso avverso l'espulsione (a eccezione dei limitati casi di sussistenza di vizi autonomi del decreto di espulsione), salva la possibilità di rientro in caso di successivo esito positivo del giudizio amministrativo.

Ebbene, tale percorso non pare certo integrare un modello di semplicità, rapidità, concentrazione, piena effettività di tutela.

4. La Corte costituzionale

Pertanto, la Corte costituzionale ha ritenuto manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 6, comma 10, e 13, comma 8, del d.lgs. n. 286 del 1998 nella parte in cui non devolvono ad un unico giu-

espulsione del prefetto, attesa la carenza di pregiudizialità giuridica necessaria tra il processo amministrativo e quello civile; e, per l'altro verso, che il giudice ordinario, dinanzi al quale sia stato impugnato il provvedimento di espulsione, non può disapplicare l'atto amministrativo presupposto emesso dal questore» (sez. VI, 13.07.2015, n. 14610, e Sez. Unite, 16.10.2006, n. 22217). Ed ancora: «secondo il costante indirizzo espresso da questa Corte in tema di disciplina dell'immigrazione, mentre è rimessa al giudice ordinario la cognizione delle impugnative avverso il decreto prefettizio di espulsione amministrativa dello straniero, rientra nella giurisdizione, invece, del giudice amministrativo ogni controversia relativa al diniego o al mancato rinnovo del permesso di soggiorno, essendo, questi ultimi, provvedimenti discrezionali e non vincolati come il decreto di espulsione. Il decreto di espulsione dello straniero che non sia in possesso del permesso di soggiorno o non ne abbia chiesto il rinnovo è atto vincolato ai sensi del comma 2 dell'art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998, mentre le valutazioni relative all'ordine pubblico, alla integrazione sociale e alle possibilità di lavoro dello straniero attengono al procedimento di concessione o di rinnovo del permesso, il cui controllo è demandato esclusivamente al giudice amministrativo, dinanzi al quale sia stato impugnato il diniego; ne consegue che l'opposizione al decreto di espulsione davanti al giudice ordinario non può fondarsi su motivi attinenti al mancato rilascio o al mancato rinnovo del permesso di soggiorno. Anche l'applicabilità dell'art. 18 del d.lgs. n. 286 del 1998 è sottoposta al sindacato del giudice amministrativo. Infine lo svolgimento di un'attività lavorativa in condizione d'irregolarità non costituisce una causa ostativa all'espulsione» (sez. VI, 04.09.2013, n. 20331, e Sez. Unite, 05.08.2002, n. 11725).

dice e, segnatamente, al giudice amministrativo, le controversie relative al soggiorno degli stranieri in Italia.

La questione era sorta proprio in occasione dell'esame di una vicenda che vedeva un cittadino extracomunitario impugnare innanzi al giudice amministrativo dapprima il diniego di rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato e poi, con motivi aggiunti, il successivo provvedimento prefettizio di espulsione dal territorio nazionale.

Dunque, la Corte ha affermato che:

- «rientra nella discrezionalità del legislatore, ripartire, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto, la giurisdizione tra il giudice amministrativo e il giudice ordinario»;
- il provvedimento di espulsione di un cittadino extracomunitario dal territorio nazionale è ben diverso dagli altri provvedimenti, quali il permesso di soggiorno, attribuiti alla giurisdizione del giudice amministrativo; e ciò dal punto di vista dei poteri e della discrezionalità esercitata, dei presupposti oggettivi e soggettivi, della sfera dei diritti soggettivi coinvolti e delle esigenze di garanzie; pertanto è da escludere una palese irragionevolezza nella scelta discrezionale del legislatore di attribuire la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione alla giurisdizione del giudice ordinario, a causa delle implicazioni sulla libertà personale e sulla libertà di circolazione dello straniero che presenta proprio l'espulsione;
- non esiste sul piano costituzionale l'esigenza inderogabile che, una volta iniziato un giudizio tra due soggetti, tutti i rapporti e le pretese successive debbano subire una concentrazione innanzi a unico giudice, in deroga a ogni diversa previsione di riparto di giurisdizione e al principio di precostituzione del giudice¹⁶.

5. *La giurisprudenza amministrativa*

Il giudice amministrativo si mostra talora perplesso sulla fondatezza e sull'attualità dei criteri di riparto come stabiliti dal Legislatore e della Corte della giurisdizione: primo, perché esso ha, rispetto ad una funzio-

¹⁶ Corte costituzionale, ordinanza 18.12.2001, n. 41; sentenza 22.06.2006, n. 240.

ne che si assume illegittimamente esercitata, poteri di sindacato molto più incisivi (e offre, conseguentemente, tecniche di tutela più effettive) del giudice ordinario¹⁷; secondo, perché la base dogmatica della ripartizione poggia su di una logica del diritto amministrativo datata, che da tempo non esiste più¹⁸.

Ora, la parte più cospicua del contenzioso ha per oggetto provvedimenti di diniego di rilascio, o di rinnovo, del titolo di soggiorno, oltre che di revoca dello stesso, atti per lo più giustificati sulla base delle condanne penali riportate e della pericolosità sociale dell'interessato, ma anche dalla mancanza di un'occupazione e di mezzi di sussistenza sufficienti per il soggiorno in Italia del richiedente e della sua famiglia.

Ebbene, in tale tipologia di contenzioso l'approccio di tipo formale e meramente estrinseco è a tempo superato. Si registra, infatti, una maggiore attenzione da parte del giudice amministrativo alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio dall'immigrato.

A. Ad esempio, per la corretta istruttoria volta al rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo (c.d. carta di soggiorno), ma anche del permesso di soggiorno ordinario, la giurisprudenza attribuisce rilievo alla verifica in concreto delle sopravvenienze dei presupposti per il rilascio del titolo da valutare, rispettivamente, in applicazione dell'art. 9, comma 4, e dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998. Viene così costantemente ribadita la necessità di rilevare e valutare tutte le circostanze sopravvenute positive per il ricorrente straniero: non solo la durata della presenza in Italia ma anche il

¹⁷ Si pensi alla ricca gamma di figure con cui l'opera della giurisprudenza ha declinato il vizio di eccesso di potere: «dal travisamento di fatto all'errore nei presupposti; dalla contraddizione fra provvedimenti alla deviazione da prassi consolidata; dall'irragionevolezza al difetto d'istruttoria ... quel che il giudice esamina è l'intero svolgimento dell'azione amministrativa, censurando l'emergere di perplessità nell'operato dell'amministrazione, e, massimamente, l'insufficiente valutazione di tutti quegli interessi "rissosi" che vengono in gioco prima che la decisione sia presa», così M. D'ALBERTI, *L'antologia dedicata a Massimo Severo Giannini*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2011, 3, p. 316.

¹⁸ Sull'evoluzione del diritto amministrativo negli ultimi trent'anni si veda G. NAPOLITANO, *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2015, 1, p. 7.

godimento di un lavoro stabile, l'esistenza di legami familiari, il suo inserimento sociale.

Più precisamente, sul piano letterale il comma 5 dell'art. 5 impone di analizzare la situazione familiare e sociale in sede di «rifiuto di rilascio, revoca o diniego di rinnovo» del permesso di soggiorno, per lo «straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29». Difatti, solo in relazione a tali soggetti la norma dispone che occorre tenere

conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale.

Tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha dato un'applicazione estensiva e costituzionalmente orientata di detta previsione, in ossequio all'art. 8 della C.E.D.U.¹⁹. Per l'effetto, si è ritenuto che, anche al di fuori dell'esistenza dei presupposti per l'esercizio del ricongiungimento familiare, occorre sempre esaminare gli effetti del provvedimento sui vincoli familiari e sociali dello straniero, così riconoscendo il diritto al rispetto della vita familiare a prescindere dalla sussistenza dei formali presupposti normativi per il ricongiungimento²⁰.

¹⁹ L. 04.08.1955, n. 848, recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952». L'art. 8 recita: «Diritto al rispetto della vita privata e familiare. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

²⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 15.06.2010, n. 3760; Id., sez. III, 03.01.2014, n. 1. Peraltro vale segnalare che, in presenza di più precedenti penali gravi e non episodici, il Giudice d'appello – a seguito del bilanciamento proporzionato tra il diritto alla vita familiare e il bene giuridico della sicurezza pubblica, interessi tutti considerati dall'art. 5 del testo unico sull'immigrazione – ritiene prevalente la pericolosità dello straniero, sul rilievo che «se si attribuisse ai legami familiari una valenza e una preminenza assoluta,

E ciò in sede interpretativa, ben prima che la Corte costituzionale dichiarasse l'illegittimità dello stesso comma 5 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»²¹.

B. Va poi rimarcato come la giurisprudenza amministrativa sia sempre pronta ad applicare tempestivamente la disciplina europea²². È in tal senso esemplare la disapplicazione delle norme interne (poste con l'intento di criminalizzare la clandestinità) contrastanti con quelle dell'Unione europea, come compiuta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le pronunce n. 7 e n. 8 del 10.05.2011.

Segnatamente, in tema di regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari condannati, la Plenaria ha rilevato che il reato di violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, previsto dall'art. 14, comma 5 ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, non è più compatibile con la disciplina sulle procedure di rimpatrio di cui alla direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri)²³. Pertanto, è stato affermato²⁴ che l'en-

come tale comunque fondante una vera e propria pretesa al rinnovo del permesso di soggiorno, si finirebbe per riconoscere a chiunque versasse nella stessa condizione del ricorrente una sorta di impunità sul piano amministrativo», così, sez. III, 03.12.2012, n. 6163.

²¹ Corte costituzionale, sentenza 18.07.2013, n. 202.

²² In caso di sopravvenienze normative comunitarie le cui disposizioni risultino sufficientemente precise e incondizionate, e, come tali, suscettibili di immediata applicazione negli Stati membri, secondo i principi ormai consolidati del diritto comunitario.

²³ Invero, la Corte di giustizia, con sentenza 28.04.2011, in causa C-61/11, El Dridi, adottata su rinvio pregiudiziale della Corte di appello di Trento, aveva già affermato che la nuova direttiva 2008/115 «deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro ... che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo».

²⁴ Le due pronunce della Plenaria hanno anche precisato che la retroattività dell'abolizione del reato riverbera i suoi effetti sui provvedimenti negativi dell'emersione del lavoro irregolare adottati sul presupposto della condanna per un fatto che, tuttavia, al momento del giudizio non è più previsto come reato. Infatti, il principio *tempus regit actum* esplica efficacia solo se il rapporto cui l'atto inerisce è irrettabilmente definito

trata in vigore della normativa dell'Unione ha prodotto l'abolizione del reato previsto dal citato comma 5 ter con effetti retroattivi, a norma dell'art. 2 del codice penale, così facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali²⁵.

C. Quando il permesso di soggiorno viene revocato o annullato o rifiutato per la sussistenza di una condanna automaticamente ostativa, il prefetto deve emettere anche il decreto di espulsione dello straniero, ai sensi del combinato disposto dell'art. 4, comma 3, e dell'art. 13, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 286 del 1998. È dunque predefinita in legge una concatenazione di atti vincolata (condanna, revoca del permesso, espulsione), senza che si possano applicare sia i criteri dettati dal codice delle leggi antimafia sui criteri per definire la pericolosità sociale di un individuo²⁶, sia i criteri di valutazione della pericolosità definiti dal giudice penale²⁷. Di conseguenza, in presenza di determinate condanne, anche non definitive²⁸, se uno straniero sfugge all'espulsione penale

in quanto, conseguentemente, diventa insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento. Ma tale circostanza non si verifica se sono stati esperiti i rimedi giudiziari volti a contestare proprio l'assetto prodotto dall'atto impugnato.

²⁵ Con sentenza 11.05.2011, n. 18586, anche la sez. I della Corte di Cassazione penale ha statuito che «il principio di diritto stabilito dal Giudice della Unione implica la disapplicazione della norma incriminatrice ... e, per l'effetto, impone l'annullamento, senza rinvio, della sentenza impugnata colla formula più favorevole per i giudicabili "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato"». Si veda anche Corte di Cassazione penale, sez. I, 01.06.2011, n. 22105. Quanto agli effetti sull'intimazione di allontanamento per la sola preesistenza della misura espulsiva, si veda Corte di Cassazione civile, sez. VI, ordinanza 08.09.2011, n. 18481.

²⁶ D.lgs. 06.09.2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

²⁷ Art. 133 c.p.

²⁸ Per i reati previsti dall'art. 380, commi 1 e 2, c.p.p.; per i reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati; per i reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; per i reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della l. 22.04.1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli artt. 473 e 474 c.p. (contraffazione, alterazione o uso di marchio segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni, e introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi), ai sensi del comma 3 dell'art. 4 del d.lgs. n. 286 del 1998.

non sfugge a quella amministrativa disposta, con regola assoluta, dal legislatore.

A tale proposito si è parlato di «deferenza dei giudici nazionali» verso tale «congegno»²⁹. Occorre tuttavia rimarcare che il «congegno» ha trovato avvallo, e pure di recente, dalla Corte costituzionale³⁰. Il giudice remittente³¹ aveva prospettato la questione di legittimità costituzionale del meccanismo legislativo che istaura un'automaticità tra diverse tipologie di condanna penale e diniego del rinnovo del permesso

²⁹ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 283.

³⁰ Sentenze 16.05.2008, n. 148, e 12.12.2014, n. 277.

³¹ T.R.G.A. Trento, ordinanze n. 15 del 20 gennaio e n. 105 del 17 marzo 2014, con le quali era stata ravvisata la violazione del parametro costituzionale di uguaglianza «nell'equiparazione, per i pari effetti in senso lato "espulsivi", delle sentenze di condanna per reati ... con facoltà di arresto in flagranza, ... con quelle di condanna per reati più gravi, in cui l'arresto in flagranza è previsto come obbligatorio ..., senza al contempo imporre alla Pubblica amministrazione l'obbligo di valutare in concreto, con adeguata, esaustiva e convincente motivazione, la pericolosità sociale del cittadino extracomunitario, con riguardo ad una sua condizione complessiva, che non si esaurisca direttamente nel dato penale, ma innesti quest'ultimo su altre circostanze "compensative": il reale e documentato ravvedimento, l'esistenza di un coniuge e della prole, l'inserimento nella vita economica e sociale, l'apprezzamento della collettività di inserimento, ecc.». Il giudice remittente rilevava inoltre che la Corte costituzionale, con sentenza 06.07.2012, n. 172, aveva già dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 3 della Costituzione, di una disposizione simile contenuta nell'art. 1 ter del d.l. 01.07.2009, n. 78, c.d. sanatoria 2009, nella parte in cui escludeva automaticamente dalle procedure di sanatoria lo straniero condannato per reati ad arresto facoltativo in flagranza, trattandosi di fattispecie che il legislatore penale considera non necessariamente sintomatiche della pericolosità sociale del reo (la pronuncia è stata commentata da N. VETTORI, *Pericolosità sociale, automatismi ostativi e diritti dello straniero: un'importante evoluzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro Amministrativo*, 2012, 10, p. 2483). E al riguardo, le due ordinanze del 2014 ricordavano che, successivamente, il legislatore aveva fatto proprio il *dictum* di quella sentenza con l'art. 5 del d.lgs. 16.07.2012, n. 109, c.d. sanatoria 2012, la quale escludeva automaticamente soltanto gli stranieri condannati per reati di cui all'art. 380 c.p.p., prevedendo in tutti gli altri casi un accertamento in concreto della pericolosità sociale. Per cui, pur tenendo conto del carattere speciale e derogatorio della disciplina delle regolarizzazioni, il TRGA di Trento auspicava che la medesima *ratio* potesse applicarsi anche al regime ordinario dei permessi di soggiorno, peraltro in linea con un orientamento giurisprudenziale che, a quel tempo, si stava affermando in primo grado.

di soggiorno, meccanismo che, al contempo, non ha attribuito alla Pubblica amministrazione l'onere di valutare in concreto la pericolosità sociale di quel cittadino extracomunitario³².

Ebbene, con la pronuncia n. 277 del 2014 la Corte, al fine di giustificare il sistema (definito «bipartito» perché basato sulla enucleazione di due criteri che assumono a paradigma ostativo non la gravità del fatto, in sé e per sé considerata, quanto la specifica natura del reato), ha riaffermato, ancora una volta, che si verte «in materia di regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, rispetto alla conformazione della quale è stata riconosciuta ampia discrezionalità al legislatore». E siffatte enunciazioni sono state scritte nonostante la Corte sia solita «verificare che gli automatismi disposti dal legislatore rispecchino un ragionevole bilanciamento tra tutti gli interessi e i diritti di rilievo costituzionale coinvolti nella disciplina dell'immigrazione», e «censurare quelle disposizioni legislative che incidono in modo sproporzionato e irragionevole sui diritti fondamentali»³³.

6. Una peculiare conseguenza del riparto

Si è già detto del percorso lungo e non lineare, perché di fronte a due giurisdizioni, che deve seguire il cittadino straniero per avere completa tutela nel caso gli sia stato notificato non solo il provvedimento di

³² Le due ordinanze del T.R.G.A. Trento sono state commentate da E. MITZMAN, *Nuovamente al vaglio della consulta il c.d. automatismo espulsivo del reo straniero*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014, 8-9, p. 847, che ha bene evidenziata «la disparità di trattamento ... sotto il profilo dell'accertamento della pericolosità sociale, in presenza di un reato di cui all'art. 381 c.p.p., tra gli stranieri che sono potuti rientrare nel campo di applicazione delle sanatorie 2009 e 2012 e gli stranieri che, svolgendo attività lavorativa di altro tipo o in archi temporali diversi, ne sono rimasti esclusi», e sottolineato, infine, come occorrerebbe «tener conto del rischio che, premiando con discipline di favore gli stranieri irregolari che chiedono la regolarizzazione, rispetto a quelli che intraprendono il percorso ordinario previsto dal t.u.imm., si finisca per sfavore l'accesso a quest'ultimo rispetto che al primo, con esiti paradossali».

³³ E così anche in tema di stranieri extracomunitari, si vedano le sentenze 18.07.2013, n. 202, 08.07.2010, n. 249, 16.03.2007, n. 78.

diniego (o di revoca) del permesso di soggiorno ma anche (contestualmente o meno) quello di espulsione.

Ma vi è un altro caso in cui allo straniero non è data quella rapida e completa tutela giurisdizionale prevista per il cittadino italiano quando si duole del silenzio della Pubblica amministrazione. Si pensi a uno straniero che chiede il rilascio di un permesso di soggiorno per particolari motivi umanitari, ai sensi dell'art. 28, comma 1, lett. d), del d.P.R. 31.08.1999, n. 394, e che in seguito, stante l'inattività e il silenzio della Questura, egli introduca innanzi al Tribunale amministrativo il rito sul silenzio della Pubblica amministrazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 31 e 117 c.p.a.

Infatti, sebbene sia pacifico che la giurisdizione sul diniego di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari spetti al giudice ordinario, in quanto la posizione giuridica azionata dall'interessato ha consistenza di diritto soggettivo³⁴, quando il ricorrente si lamenta solo del silenzio sulla sua istanza la giurisdizione spetta univocamente al giudice amministrativo, il solo competente ad accertare l'illegittimità dell'inadempimento dell'Amministrazione³⁵.

Vale qui rammentare, in termini generali, che i presupposti prescritti per la formazione del silenzio inadempimento³⁶ sono i seguenti:

- a) un'istanza dell'interessato;
- b) l'esistenza dell'obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione;
- c) la perdurante inerzia dell'Amministrazione decorso il termine per provvedere.

È noto pure che l'azione avverso il silenzio contiene in sé due domande: la prima volta a ottenere la dichiarazione della sussistenza dell'obbligo dell'Amministrazione di definire il procedimento nel termine

³⁴ Tutti i provvedimenti che negano il permesso di soggiorno per protezione internazionale (da quella diretta al conseguimento della protezione maggiore fino a quella residuale di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998) rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la posizione giuridica azionata dall'interessato ha consistenza di diritto soggettivo; così Consiglio di Stato, sez. III, 14.09.2011, n. 5125. Vedasi anche nota 5.

³⁵ Di vicende specifiche si è occupato T.R.G.A. Trento 16.12.2013, n. 410, e T.A.R. Marche, 05.07.2013, n. 543.

³⁶ Art. 2, l. 07.08.1990, n. 241.

prescritto dalla disciplina legislativa o regolamentare; la seconda di condanna che – previo accertamento da parte del giudice della spettanza del bene della vita in capo al ricorrente – consente di conseguire l'ordine all'Amministrazione inadempiente di adottare un provvedimento esplicito. Quanto al potere del giudice di accertare la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, esso può esplicarsi solo

quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

All'opposto, se la pretesa dedotta in giudizio è infondata la giurisprudenza afferma che è del tutto diseconomico obbligare la Pubblica amministrazione a provvedere laddove l'atto formale conclusivo non potrebbe che essere di rigetto³⁷.

Ebbene, nel caso di ricorso avverso il silenzio della Questura su di una richiesta presentata affinché venga rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari, lo straniero che pur risulti vittorioso con la prima azione (con una sentenza che, dunque, dichiara l'illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione), non ha la possibilità che venga anche accertata la fondatezza della sua pretesa e che l'Amministrazione venga condannata a rilasciargli quel titolo di soggiorno (e nonostante il potere esercitato dal Questore sia vincolato dall'anteposta valutazione della competente commissione territoriale). E ciò perché, come si è sopra detto, l'accertamento giurisdizionale della fondatezza dell'istanza di permesso di soggiorno per motivi umanitari spetta ad un giudice appartenente ad un'altra giurisdizione.

Si è dunque di fronte a una frattura tra l'affermazione generale che riconosce allo straniero parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei rapporti con la Pubblica amministrazione, di cui al già citato comma 5

³⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, 15.04.2013, n. 2050; 25.09.2012, n. 5088; 12.03.2010, n. 1468.

dell'art. 2 del d.lgs. n. 286 del 1998³⁸, e l'esercizio solo parziale – nella peculiare fattispecie qui esaminata – dell'azione avverso il silenzio dell'Amministrazione da parte di uno straniero. Frattura che non parrebbe collimare con la condivisibile affermazione che

ogni diversità di disciplina tra cittadino e straniero è costituzionalmente legittima soltanto se giustificata da un'effettiva diversità di situazione, derivante dal mancato possesso della cittadinanza italiana e se in concreto la diversa situazione rilevi ai fini della *ratio* della norma³⁹.

7. Conclusioni

Il giudice amministrativo e, in particolar modo, il Consiglio di Stato spesso sottolinea e apprezza il proprio ruolo di «giudice del diritto pub-

³⁸ Per il vero, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza 02.12.2005, n. 432, il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero solo quando venga riferito al «godimento dei diritti inviolabili dell'uomo». Tuttavia, successivamente (ad esempio con le sentenze 30.07.2008, n. 306, e 06.11.2009, n. 11), come ha bene messo in rilievo A. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 3, p. 551, la Corte costituzionale «ha esteso allo straniero pretese ulteriori rispetto al nucleo dei diritti fondamentali attraverso l'applicazione del principio di eguaglianza in termini di ragionevolezza», e ciò considerando, caso per caso, se la «causa normativa non risultava palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria» (Corte cost., n. 432 del 2005, cit.).

³⁹ P. BONETTI, *I diritti fondamentali degli stranieri e le loro garanzie*, in *Atti del Convegno 'Frontiere dell'immigrazione o migrazione delle frontiere'*, Trento 25-26.11.2011, p. 51. L'Autore, al termine di una dettagliata ricostruzione dell'«approccio di tipo pragmatico» seguito dalla giurisprudenza costituzionale nella materia dei diritti, dei doveri e delle pretese degli stranieri, essenzialmente incentrato sul rapporto tra gli artt. 10, comma 1 (disciplina della condizione dello straniero da parte della legge in conformità delle norme internazionali), 2 (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo) e 3 (principio di uguaglianza) della Costituzione, e dopo aver sottolineato come i diritti (diversi da quelli inviolabili) e le pretese degli stranieri siano necessariamente condizionati dalla mediazione legislativa, afferma che «i soli limiti alla scelta del legislatore ordinario in materia di stranieri sono la ragionevolezza della scelta, canone ricavabile dall'art. 3 Cost., e il rispetto delle norme comunitarie e dei trattati internazionali ricavabile dagli artt. 10, comma 2, e 117, comma 1, Cost.».

blico dell'economia». È stato su questo punto autorevolmente affermato che il giudice amministrativo, in quanto giudice del corretto esercizio del potere,

è divenuto il giudice di ogni forma di regolazione economica, sia che essa abbia per oggetto la tutela della concorrenza o la risposta ai fallimenti del mercato, ovvero l'accesso alle misure volte a favorire lo sviluppo o a dare risposta ai grandi interessi connessi con l'infrastrutturazione del paese. Si è così formato il grande contenzioso economico del giudice amministrativo, che per il valore delle controversie, la molteplicità dei soggetti coinvolti ed il carattere strategico degli interessi in gioco ha assunto ormai carattere decisivo.

Ed ancora:

il processo amministrativo diviene lo scenario in cui si scontrano mercato e potere, il luogo dove si manifestano le polarizzazioni dell'economia e dove sembra combattersi la partita fra due opposti integralismi, fra quelle che sono state definite la teologia della politica e la teologia del mercato⁴⁰.

E basti qui richiamare il fatto che per queste importanti controversie è stato codificato un rito specialissimo e alquanto accelerato⁴¹.

Eppure è esperienza comune a qualunque giudice amministrativo che, accanto a controversie di rilevante impatto economico e territoriale, vi sono anche tante vertenze dove sono i soggetti più deboli a rivolgersi a lui, quali sono le questioni sul soggiorno in Italia degli immigrati. In questo caso, il giudice amministrativo è chiamato ad applicare una disciplina soggetta a frequenti cambiamenti, anche per le letture che, periodicamente, ne danno e la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, con le inevitabili difficoltà giuridiche causate dalla mancanza di consolidati orientamenti interpretativi. Non è inoltre secondario il rilievo che talvolta presenta la vicenda umana, a cui si aggiunge la non marginale osservazione che, a seguito dell'applicazione delle regole sul

⁴⁰ A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2013/12/giustizia-amministrativa-e-crisi-economica.doc>.

⁴¹ Art. 120 c.p.a., da ultimo modificato dall'art. 204, comma 1, lett. a), del d.lgs. 18.04.2016, n. 50.

riparto della giurisdizione, si assiste e si contribuisce alla definizione di una sola parte di una questione che invece è unitaria in punto di fatto.

Nuovamente: rifiuto e annullamento del permesso di soggiorno, oppure revoca della carta di soggiorno, ed espulsione dello straniero sono provvedimenti che attengono a una unica storia, ma che vedono l'intervento di due diversi giudici. Evidenti, ovvie, esigenze di concentrazione e di semplificazione consiglierebbero di individuare un unico giudice. Quale? Lo decida il legislatore. Che con l'occasione potrà anche rendersi conto di aver consegnato all'Amministrazione numerosi «poteri speciali»⁴² nei confronti dello straniero, poteri puntualmente disciplinati dalla legge con presunzioni assolute frutto di un'eccessiva dilatazione delle rigidità sostanziali del principio di legalità. Poteri speciali che però, in concreto, riducono la discrezionalità dell'Amministrazione, restringono l'operato degli Uffici nella valutazione delle specificità dei singoli casi, delle unicità delle vicende umane, e, dunque, in definitiva, depotenziano anche il sindacato del giudice amministrativo.

⁴² Così definiti e dettagliatamente analizzati da M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit., p. 357. L'Autore bene osserva come «l'erosione del potere» riservato all'Amministrazione sia stata posta in essere dal Legislatore – a fronte dell'aumento dei flussi migratori in entrata – «non per garantire l'individuo, ma lo Stato-nazione, non la libertà, ma l'interesse pubblico e l'effettività dello strumento che serve a perseguirlo».

LA DIMENSIONE PERSONALISTICA DEL SINDACATO DELLE DECISIONI AMMINISTRATIVE IN MATERIA MIGRATORIA

Antonio Cassatella

*You have the right to food money/providing of course you
don't mind a little/investigation, humiliation
and if you cross your fingers/rehabilitation*

(John G. Mellor)

SOMMARIO: *1. Tre casi 'difficili'. 2. La funzione equitativa della giurisprudenza e il necessario ricorso all'analogia iuris. 3. Analogia iuris e disciplina del procedimento amministrativo. 4. Analogia iuris e attribuzione dei poteri amministrativi. 5. La tutela giudiziale del migrante entro la cornice sistematica del diritto amministrativo contemporaneo.*

1. Tre casi 'difficili'

Primo caso. Il signor M.A., cittadino extracomunitario, regolarmente presente in Italia, veniva condannato nel 2003 dal g.i.p. di Verona per il reato di produzione e spaccio di sostanze stupefacenti.

Tale condanna aveva l'effetto di negare il rinnovo del permesso di soggiorno già rilasciato a M.A., in forza dell'automatismo stabilito dalla legge "Bossi-Fini" del 2002, con cui era stata novellata la disciplina dell'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 286/1998. Ne derivava la necessità di espellere M.A. dal territorio italiano.

Il ricorso di M.A. al Tar Veneto risultava inutile, dato che il giudice di primo grado confermava la legittimità della decisione del Questore, a fronte del carattere rigidamente vincolato delle fattispecie¹.

La sentenza veniva tuttavia riformata in appello. Il Consiglio di Stato attribuiva, infatti, una specifica rilevanza al lasso di tempo intercorso fra la condanna del g.i.p. di Verona e la sentenza del Tar, durante il quale il signor M.A. non aveva più avuto alcun problema con la giustizia.

Da un punto di vista sostanziale, infatti, M.A. si trovava nelle stesse condizioni del cittadino legittimato ad ottenere la riabilitazione per decorso dei cinque anni dalla condanna ai sensi degli artt. 178 c.p., o ad ottenere una declaratoria di estinzione del reato per decorso di un quinquennio dall'applicazione della pena su richiesta delle parti, ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p.

Il fatto che la disciplina del t.u. e delle disposizioni correlate non conferisse una specifica rilevanza giuridica alla posizione di M.A., che non aveva chiesto la riabilitazione, non impediva al giudice di colmare la lacuna. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, «ricorrono le condizioni per equiparare la situazione personale dell'appellante a quella di chi si è attivato per ottenere la riabilitazione»².

Ne derivava che, in sede di esecuzione della sentenza, la p.a. avrebbe dovuto considerare il decorso del tempo dalla condanna del g.i.p. di Verona ai fini della valutazione della pericolosità sociale di M.A., prendendo espressamente posizione sul punto e chiarendo, sulla base di ulteriori risultanze documentali, quali circostanze impedissero di rinnovare il permesso di soggiorno.

Secondo caso. Nell'estate del 2009 il signor 'K.', entrato clandestinamente in Italia nel 2004 e qui stabilitosi con la propria famiglia, veniva ricoverato presso un ospedale toscano per una gravissima patologia che imponeva, a salvaguardia della vita del paziente, il trapianto di un rene. Una circolare regionale impediva, tuttavia, di inserire il richie-

* Questo scritto nasce a seguito di riflessioni condotte nell'ambito di un seminario, di cui conserva il tono colloquiale. Per questa ragione, le note sono limitate al contenuto strettamente essenziale ad integrare quanto argomentato nel testo.

¹ Cfr. Tar Veneto, sez. III, 18 luglio 2012, n. 1026.

² Cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2015, n. 3209.

dente nella lista dei soggetti da sottoporre a trapianto, in assenza di un regolare permesso di soggiorno.

Lo straniero chiedeva alla Questura di Firenze il rilascio di un permesso funzionale a garantire il trattamento chirurgico, sulla base di una puntuale documentazione inerente al suo stato di salute. La Questura negava, tuttavia, il rilascio del provvedimento atteso, in considerazione del fatto che la legge non attribuiva questo potere alla p.a., salvo il diritto dello straniero irregolarmente presente in Italia ad ottenere tutte le cure indifferibili ed urgenti, ai sensi dell'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 286/1998.

Il ricorrente impugnava il diniego innanzi al Tar Toscana e, nelle more del giudizio, otteneva in via cautelare il permesso atipico richiesto. Al termine del giudizio di cognizione il collegio giudicante riteneva legittimo il diniego, ribadendo l'inaammissibilità di un'istanza di rilascio di un permesso di soggiorno 'atipico', come quello richiesto dal ricorrente, per quanto si riconoscesse il diritto dello straniero

a ricevere tutte le cure necessariamente connesse al suo stato di salute, essendo semmai viziato per violazione di legge un atto amministrativo [la circolare regionale rimasta inoppugnata] che ne limiti la somministrazione³.

Il signor 'K.' impugnava la sentenza, posto che la caducazione del permesso rilasciato in via interinale, e la perdurante efficacia della circolare regionale, precludevano il suo inserimento nella lista dei soggetti ammessi al trapianto.

Il Consiglio di Stato riformava la sentenza di primo grado⁴.

Ad avviso del collegio, infatti, se non poteva ammettersi il rilascio di un permesso atipico come quello richiesto dallo straniero, la p.a. aveva comunque l'obbligo di garantire al signor 'K.', tutte le cure mediche necessarie.

Il fatto che la circolare fosse rimasta inoppugnata non poteva inibire l'accesso dell'appellante al trapianto, dovendo darsi prevalenza alle previsioni di principio stabilite dall'art. 35, comma 3, del t.u., che costituiva «una norma di chiusura e di garanzia fondamentale, [da applicare]

³ Cfr. Tar Toscana, sez. II, 5 luglio 2013, n. 1052.

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2014, n. 5328.

nelle diverse circostanze nella forma in cui risulta efficace al raggiungimento dei suoi fondamentali fini».

Ne derivava l'illegittimità dell'originario diniego, posto che non poteva

considerarsi legittimo un provvedimento che interviene sulla situazione quale si è determinata senza una adeguata motivazione basata su una esatta sua rappresentazione e soprattutto senza ricercare modalità per assicurare in altro modo il conseguimento dello stesso scopo voluto da un principio fondamentale e di ultima garanzia come quello di cui all'art. 35, comma 3... quando si è in presenza di pericolo di vita.

Ciò implicava l'obbligo della p.a. di garantire tutte le cure mediche indispensabili alla salvaguardia della vita di 'K.' – compreso quindi il trapianto – ed il divieto di espellerlo dal territorio italiano.

Terzo caso. Nell'inverno del 2014 il cittadino nigeriano I.A. venne tratto in salvo da una nave militare italiana nell'ambito delle operazioni di soccorso delle imbarcazioni che attraversano quotidianamente il canale di Sicilia. Appena sbarcato in Italia, I.A. fu oggetto di un decreto di respingimento da parte del Questore di Siracusa, essendo privo di documenti idonei a dimostrare la sua identità ed il suo *status* di richiedente asilo. In esecuzione del decreto, I.A. fu quindi provvisoriamente trattenuto in un centro di identificazione di Roma, in vista della sua futura espulsione dal Paese.

Il provvedimento con cui il Giudice di Pace di Roma convalidò il decreto di trattenimento nel c.i.e. venne impugnato da I.A. in Cassazione.

La difesa del ricorrente contestava che il respingimento fosse stato disposto con una rapidità tale da impedire a I.A. di partecipare alla procedura, esponendo le ragioni per le quali egli riteneva di avere il diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato e di essere ospitato in un centro di accoglienza per richiedenti asilo. Si censurava, poi, il fatto che il Giudice di Pace avesse disposto la convalida della misura di trattenimento nel centro di identificazione senza minimamente sindacare la legittimità del decreto di respingimento del Questore.

La Corte di Cassazione accolse il ricorso, benché nessuna previsione di legge avesse disciplinato il diritto degli stranieri a partecipare alla

procedura di respingimento immediatamente successiva al loro salvataggio in mare.

Secondo la Corte, infatti, l'evidente lacuna del sistema doveva essere colmata

in via interpretativa, facendo applicazione di regole ermeneutiche pacificamente riconosciute, quali quelle dell'interpretazione conforme alle direttive europee in corso di recepimento e dell'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto delle norme interposte della Cedu, come a loro volta interpretate dalla giurisprudenza dell'apposita corte sovranazionale⁵.

Sulla base di questi canoni ermeneutici – rappresentati dall'art. 8 della direttiva 2013/32/UE e dalla giurisprudenza Hirsi della Corte di Strasburgo⁶ – la Cassazione concludeva osservando che nulla vietava allo straniero di presentare domanda di protezione internazionale nelle fasi immediatamente successive allo sbarco. Il fatto che il signor I.A. non fosse stato messo nelle condizioni di conoscere ed attivare questo rimedio da parte delle autorità italiane determinava sia l'illegittimità del decreto del Questore di Siracusa che del successivo decreto di trattenimento nel centro di identificazione di Roma.

I casi esaminati hanno cinque elementi in comune, che rendono 'difficile' la loro soluzione da parte del giudice ed evidenziando, al contempo, il carattere innovativo delle pronunce⁷.

Infatti: *a)* i ricorrenti erano tutti cittadini extracomunitari che chiedevano di rimanere nel territorio italiano, benché a scopi differenti; *b)* il diritto positivo non conteneva disposizioni idonee a risolvere la que-

⁵ Cfr. Cass. civ., sez. VI - 1, ord., 25 marzo 2015, n. 5926.

⁶ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi contro Repubblica italiana*, dove si è affermata l'incompatibilità con l'art. 3 della Cedu delle attività di respingimento effettuate in mare dalle autorità italiane nei confronti di alcuni cittadini eritrei provenienti dalla Libia, in considerazione del fatto il respingimento era avvenuto «senza alcuna forma di esame individuale dei ricorrenti, [attraverso] personale a bordo delle navi militari [che] non era affatto preparato per effettuare delle interviste a ciascuno dei ricorrenti; né i respinti avevano a disposizione degli interpreti o dei consulenti legali».

⁷ *Hard cases*, dunque, nel senso di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it. Bologna, 2010, 171 ss.

stione mediante l'esplicito riconoscimento della libertà di permanenza dello straniero in Italia; *c*) il silenzio del legislatore poteva essere interpretato come il riconoscimento dell'irrelevanza della posizione giuridica soggettiva dello straniero, ridimensionata ad un mero interesse di fatto privo di protezione ed insuscettibile di tutela giudiziale ai sensi dell'art. 24 Cost.; *d*) i giudici hanno rilevato come il silenzio del legislatore potesse essere qualificato come una lacuna della disciplina positiva, ma non dell'ordinamento giuridico; *e*) l'integrazione giudiziale della disciplina dell'attività amministrativa incideva sulle modalità attraverso cui gli apparati pubblici dovevano tenere conto delle condizioni individuali dei ricorrenti al fine di assumere una decisione nei loro confronti.

2. *La funzione equitativa della giurisprudenza e il necessario ricorso all'analogia iuris*

La tentazione più immediata è di qualificare i tre casi appena menzionati come espressivi dell'esigenza di una giustizia del caso concreto.

Si tratterebbe, dunque, di una giurisprudenza equitativa dove si colmano le lacune dell'ordinamento positivo mediante la ricerca di un punto di equilibrio libertà ed autorità⁸. Punto di equilibrio che implica, già in sede procedimentale, un equo temperamento fra le posizioni in conflitto.

Senonché, il riferimento al concetto di equità nell'ambito dei rapporti fra individuo ed amministrazione pone una serie di problemi che trovano il proprio fondamento nel rapporto fra amministrazione e legge, e, indirettamente, nello stesso ruolo del principio di legalità nella cornice dello Stato costituzionale di diritto.

Senza ripercorrere, in questa sede, l'intero dibattito intervenuto in materia⁹, basti osservare come i termini della questione non possano

⁸ Cfr. E. CHIODI, *Equità: regola costitutiva del diritto*, Torino, 2002, *passim*.

⁹ I punti nodali del dibattito teorico, anche con rinvio ad alcune tesi recessive diffuse soprattutto all'inizio del XX sec., sono riportati da F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 359 ss. Per una recente ricognizione del fenomeno cfr. anche G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2002, specie 43 ss.

sottrarsi alla duplice alternativa posta, decenni orsono, dai contributi di Cammeo e Miele¹⁰.

Secondo queste ricostruzioni, l'equità dell'azione amministrativa si risolverebbe nell'applicazione del principio di stretta necessità del provvedimento sfavorevole, in termini non dissimili dal canone di proporzionalità teorizzato da Romagnosi all'inizio del XIX sec.¹¹ Se nulla preclude al giudice di sindacare l'equità della decisione amministrativa *sub specie* di rispetto del principio generale di proporzionalità, è in ogni caso escluso che il giudice possa direttamente procedere ad un sindacato di equità sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 113 c.p.c.: ciò, in considerazione del fatto che lo stesso sindacato di legittimità implica il raffronto fra l'esercizio del potere amministrativo e norme prestabilite dall'ordinamento, anche nella forma dei principi cui rinvia l'art. 12 delle preleggi¹².

Da questo punto di vista, il sindacato di equità del giudice amministrativo si risolverebbe, in termini già efficacemente espressi da Pappalardo negli anni trenta dello scorso secolo,

nel trarre dall'ordinamento giuridico le norme che vi sono immanenti. Ma – ecco la differenza essenziale con il giudice [civile] di equità – trattasi appunto di norme preesistenti, alla cui osservanza il giudice è vincolato per tutti i casi¹³.

Solo in tal modo il sindacato di 'equità' condotto dal giudice amministrativo assicurerebbe quella uniformità di trattamento della disciplina dell'azione amministrativa che garantirebbe quantomeno la conformità

¹⁰ Cfr. rispettivamente F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1926, specie 27 ss.; G. MIELE, *Principii di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1960, 255 ss.

¹¹ Cfr. F. CAMMEO, *op. cit.*, 28.

¹² Cfr. G. MIELE, *op. cit.*, 255 ss.

¹³ Cfr. N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, 468 in nota.

delle singole decisioni amministrative alla predeterminazione legale della fattispecie decisionale¹⁴.

Non sfugge come, nei termini espressi da Pappalardo, tutta la creazione giurisprudenziale del diritto amministrativo ad opera del Consiglio di Stato, dei Tar, e della stessa giurisprudenza costituzionale, sia espressiva di una esigenza latamente equitativa¹⁵. È del resto indubbio come, prima della consolidazione dei principi dell'attività amministrativa ad opera della l. n. 241/1990, siano stati essenzialmente i giudici a colmare il vuoto di disciplina che caratterizzava l'attività di concretizzazione delle singole norme attributive del potere¹⁶.

Dal punto di vista della teoria dell'interpretazione, le menzionate pronunce mostrano come la dimensione 'equitativa' della giurisprudenza in cui vengano in gioco specifiche problematiche attinenti al diritto dell'immigrazione si risolva in un ricorso all'analogia *iuris*, individuando nel sistema giuridico di riferimento principi dai quali si ricavano canoni idonei a conformare l'esercizio della funzione amministrativa¹⁷.

La conformazione mediante il ricorso all'analogia *iuris* opera su due piani distinti, uno procedimentale ed uno sostanziale, dando così luogo a differenti ordini di problemi.

¹⁴ Cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 75 ss.

¹⁵ Alle stesse conclusioni giungeva F. MERUSI, *op. cit.*, 368 ss.

¹⁶ Cfr. S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.; P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 425 ss.; F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. Amm.*, 2012, 21 ss.

¹⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 268 ss.; M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica* (1941), ora in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002, 198 ss.

3. Analogia iuris e disciplina del procedimento amministrativo

La rilevanza procedurale del ricorso all'analogia *iuris* è quella più immediatamente percepibile da parte di chi abbia una qualche dimestichezza con il modo attraverso cui viene usualmente sottoposta a sindacato l'attività decisionale dei pubblici poteri.

Sin dall'epoca in cui si è profilata l'esistenza di norme d'azione, ossia di norme che disciplinano la procedura decisionale della p.a. e la forma degli atti amministrativi tipicamente individuati dal legislatore, si è avuta consapevolezza del fatto che, rispetto all'esercizio del potere pubblico, sia importante tanto il 'come' che il 'cosa' si decide in concreto¹⁸.

Di qui, la notissima giurisprudenza che – non solo in Italia – ha individuato una serie di standard decisionali applicabili alla procedura amministrativa, fra i quali spiccano soprattutto il diritto al contraddittorio e l'onere di motivazione delle decisioni sfavorevoli¹⁹.

La progressiva consolidazione dei menzionati standard nell'ambito delle varie leggi sull'attività e sul procedimento amministrativo ha implicato che molti dei canoni elaborati dalla giurisprudenza fossero trattati dal diritto positivo alla stregua di regole applicabili unicamente alle fattispecie contemplate dal legislatore.

È quindi discussa l'applicazione delle garanzie procedurali ad attività in cui la stessa procedura manca o è fortemente semplificata, come nel caso delle procedure d'urgenza o della congerie di attività materiali dell'amministrazione. Da questa visuale, il diritto dell'immigrazione rappresenta uno degli ambiti in cui l'esercizio delle potestà amministrative sottratte alla disciplina del procedimento e del provvedimento appare più frequente, a fronte dell'urgenza del provvedere o delle circo-

¹⁸ Cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa* (1942), rist. Padova, 1994, 8 ss., nonché F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 119 ss.

¹⁹ Cfr. la pionieristica analisi comparata di G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, *passim*.

stanze spazio-temporali in cui si manifesta la potestà pubblica: emblematico proprio il caso dei respingimenti in mare²⁰.

Sorge, dunque, il fondamentale problema giuridico attinente alla necessità di estendere anche a queste attività le garanzie assicurate rispetto all'ordinario esercizio del potere amministrativo, come il diritto del migrante di partecipare attivamente alla procedura di respingimento, e di opporsi al trattenimento nei c.i.e. ed alla successiva espulsione dal territorio italiano.

La questione riflette, a ben vedere, il più ampio tema del rapporto fra diritto dello Stato e condizioni del migrante. Se, all'inizio del secolo scorso, si poteva ragionevolmente ritenere che il diritto interno postulasse «l'esistenza di un diritto di massima dello straniero (che è persona) all'ingresso e attività sul territorio»²¹, le attuali caratteristiche del fenomeno legittimano un bilanciamento fra politica «dell'accoglienza» e «politica del rigore»: quest'ultima intesa dalla stessa giurisprudenza come necessità di «inserire nel tessuto sociale solo i numerosissimi lavoratori stranieri che offrano le migliori garanzie di positivo apporto e migliore inserimento nella collettività»²².

Da questo punto di vista, le stesse garanzie procedurali rappresenterebbero un immediato strumento di tutela delle libertà degli 'altri'²³ rispetto all'esercizio dei poteri di respingimento che i singoli Stati rivendicano a sé nel tentativo di gestire e contenere l'emergenza migratoria²⁴.

La situazione è invece diversa dal punto di vista esterno al sistema statale. Se, sempre all'inizio del secolo scorso, si poteva vigorosamente sostenere che, nel diritto internazionale, «il divieto d'ingresso e l'espulsione dello straniero si presentano sempre legittimi, legittimi

²⁰ Cfr. C. MORSELLI, *Il "potere militare" di respingimento in mare e il "diritto mobile" sugli immigrati*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 356 ss.

²¹ Cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, 139.

²² Queste le direttrici del d.lgs. n. 286/1998 secondo Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 4 agosto 2014, n. 8585.

²³ Cfr. M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 29 ss.

²⁴ Cfr. S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati*, Bologna, 2016, 71 ss.

senza necessità di addurre alcun particolare motivo... giustificandosi l'azione dello Stato in ogni caso in base al suo assoluto diritto di dominio sul territorio»²⁵, la prospettiva dovrebbe essere oggi rimeditata.

Lo straniero – in quanto individuo – aspira infatti ad ottenere il riconoscimento di un fondamentale bisogno di autodeterminazione e sopravvivenza rispetto ad emergenze umanitarie e belliche, ma anche rispetto a situazioni di povertà che legittimano la ricerca di condizioni economiche più favorevoli in altre parti della terra.

Questa aspirazione, che si compendia nell'esigenza di un riconoscimento della propria dignità di essere umano, non è priva di rilevanza giuridico-positiva, anche al netto di ulteriore questione di carattere etico o culturale²⁶.

In tal senso depongono le fonti di diritto internazionale, come i primi otto articoli della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e i primi cinque articoli della Cedu, oltre che il fondamentale riconoscimento del diritto «di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio» cui fanno riferimento tanto l'art. 13, comma 2, della stessa Dichiarazione quanto l'art. 12 della Carta africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli del 1981.

Il problema giuridico sotteso al riconoscimento delle garanzie procedurali a favore dello straniero rispetto all'esercizio di potestà pubbliche statuali diviene, in tale contesto normativo, un problema di 'geo-politica' delle regole dell'azione amministrativa²⁷, nell'ambito del quale si tratta di individuare un bilanciamento fra la libertà di emigrare ed i limiti che i singoli ordinamenti positivi pongono alla libertà di immigrare²⁸.

La questione non ha carattere formale e non si risolve in una generica aspirazione alla legalità procedurale come 'salvagente' dei diritti individuali, ma è condizionata, a monte, dalla gerarchia di valori stabili-

²⁵ Cfr. sempre D. DONATI, *op. cit.*, 138 s.

²⁶ Cfr. M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 135 ss.; U. VINCENTI, *Diritti umani e Trattato di Lisbona*, in ID., *Prima i doveri*, Napoli, 2011, 11 ss.

²⁷ In termini più ampi, cfr. M. BUSSANI, *op. cit.*, *passim*.

²⁸ Cfr. M. SAVINO, *op. cit.*, 32 s.

ta dal decisore politico²⁹. Ridurre le garanzie procedurali permette allo Stato che fronteggia il fenomeno migratorio implica il mantenimento di un determinato assetto di interessi economico-sociali, in quanto rappresentativo di una *civitas* storicamente determinata. Ampliare le garanzie determina, all'opposto, una maggiore tutela il *singulus* che intende determinare il proprio destino alla ricerca di un maggior benessere marginale³⁰.

La questione così impostata è suscettibile di differenti soluzioni giuridiche, dietro le quali si può scorgere la stessa rilevanza ideologico-politica del problema delle lacune dei singoli ordinamenti statuali.

Senza pretendere di ripercorrere, in questa sede, il secolare dibattito attorno alle caratteristiche delle lacune ed alle modalità attraverso cui può essere ammessa la loro soluzione, basti osservare come la strategia decisionale che implica il ricorso a norme generali di 'esclusione' o di 'inclusione' si traduca automaticamente in una scelta di esclusione o di inclusione dello straniero rispetto al sistema giuridico dello Stato che lo dovrebbe accogliere o respingere³¹.

L'esclusione delle garanzie procedurali a favore dello straniero – evidente nella sentenza del Giudice di Pace di Roma che ha preceduto la successiva ordinanza della Cassazione – denota un ragionamento *ex parte civitatis*, in cui si nega allo straniero il diritto a partecipare al procedimento, così salvaguardando la complessiva efficacia delle politiche e prassi di respingimento funzionali a neutralizzare l'emergenza migratoria degli ultimi anni. Non è solo negata la libertà "dell'altro", ma viene ostacolato lo stesso esercizio delle prerogative individuali che, nei rapporti con l'amministrazione, sono strumentali allo stesso riconoscimento delle condizioni di esercizio della libertà.

L'inclusione dello straniero al godimento delle garanzie procedurali che il singolo sistema giuridico assicura ai propri cittadini de-

²⁹ Appare dunque eccessiva l'enfasi sulla oggettiva razionalità delle norme procedurali posta, tra gli altri, da N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 9.

³⁰ Sul modo attraverso cui le scelte di valore condizionano l'assetto stesso delle istituzioni e delle procedure cfr. A. SEN, *L'idea di giustizia* (2009), trad. it. Milano, 2010, *passim*.

³¹ Cfr. N. BOBBIO, *op. cit.*, 237 ss.; M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 257 ss.

nota, al contrario, un ragionamento *ex parte singuli* che implica il riconoscimento di un diritto di libertà antecedente, sul piano logico-giuridico, all'esercizio della potestà amministrativa statale, e, dunque, la necessità di assicurare la sua tutela contro ogni manifestazione del potere unilaterale ed eteronomo della p.a.

La strategia argomentativa delle norme generali di inclusione o di esclusione appare, tuttavia, debole. Il problema non attiene tanto alla selezione dei criteri di valore che giustificano il ricorso alla norma di esclusione o di inclusione³², quantomeno laddove si ritenga che le fonti sovranazionali appena menzionate, cui fanno rinvio gli artt. 10, 11 e 117, comma 1, Cost., giustifichi l'estensione di determinate garanzie procedurali anche a favore del migrante.

L'aspetto più delicato concerne, semmai, lo stesso ambito di estensione delle garanzie procedurali assicurate nei confronti dei cittadini e degli stranieri, che non arrivano a regolare l'attività materiale dell'amministrazione, o procedimenti di massa e di presunta urgenza come quelli inerenti al respingimento degli stranieri.

La strategia argomentativa utilizzata dalla Corte di Cassazione nel caso menzionato mostra come la soluzione del problema debba essere individuata in una argomentazione condotta mediante principi³³, ossia attraverso canoni normativi dotati – nei termini già usati da Betti – di «un'eccedenza di contenuto deontologico»³⁴. Eccedenza che denota una capacità espansiva degli effetti dei principi anche nei casi non espressamente disciplinati dalla legge e – implicitamente – contro l'interesse pubblico di cui si fa garante, in concreto, l'amministrazione.

Non sembra un caso che tali strategie argomentative provengano da un soggetto istituzionalmente estraneo all'attuazione dell'interesse pubblico concreto, come il giudice chiamato a risolvere una controversia in una posizione di terzietà rispetto alle parti. E non sembra un caso che

³² Cfr. N. BOBBIO, *op. cit.*, 255.

³³ Anche in rapporto alla problematica delle lacune dell'ordinamento, cfr. D. DONATI, *Principii di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Padova, III ed., 1932, 111, che in questo scritto supera la sua adesione giovanile alla teoria della completezza dell'ordinamento.

³⁴ Cfr. E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 211.

questi canoni non siano fatti discendere dai «principi generali dell'ordinamento dello Stato» cui fa rinvio l'anodina disposizione dell'art. 12 delle preleggi³⁵, ma da principi di matrice sovrastatauale, rappresentati dalla Cedu e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo³⁶.

La menzionata pronuncia della Corte di Cassazione, infatti, non fa che portare alle estreme conseguenze quanto già stabilito dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo in un caso che aveva già opposto l'Italia ad un migrante che chiedeva il riconoscimento di fondamentali prerogative procedurali nell'ambito delle attività di soccorso e respingimento in mare.

Nella già ricordata sentenza *Hirsi*, infatti, la Corte di Strasburgo aveva riconosciuto «l'importanza di garantire alle persone interessate da una misura di allontanamento, misura le cui conseguenze sono potenzialmente irreversibili, il diritto di ottenere informazioni sufficienti per permettere loro di avere un accesso effettivo alle procedure e di sostenere i loro ricorsi», evidenziando come il diritto di partecipazione alla procedura fosse essenziale per garantire ai migranti «un controllo attento e rigoroso delle loro richieste prima di dare esecuzione alla misura di allontanamento»³⁷.

I termini dell'analogia *iuris* implicano, quindi, che a fronte della lacuna rappresentata dalla mancata disciplina delle garanzie procedurali nell'ambito dei procedimenti di respingimento degli stranieri si individuino nell'art. 13 della Cedu il principio che – assicurando una tutela effettiva delle libertà individuali nei confronti di ogni potere pubblico – impone anche il diritto dell'individuo ad esprimere la propria 'voce' nell'ambito della procedura di respingimento³⁸.

³⁵ Sul rinvio a principi generali dell'ordinamento «dello Stato» da parte dell'art. 12 delle preleggi cfr. N. BOBBIO, *op. cit.*, 270 ss. Per una recente ricognizione del problema cfr. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, 81 ss.

³⁶ Sul fenomeno dell'interpretazione conforme al diritto dell'Ue da parte del giudice interno, in chiave teorico-generale, cfr. sempre M. NISTICÒ, *op. cit.*, 159 ss.

³⁷ Cfr. la già menzionata sentenza *Hirsi*, punti 204 e 205.

³⁸ Sulla matrice teorico-culturale dei diritti di partecipazione procedimentale cfr. M. D'ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1 ss.

Ne emerge una concezione ‘personalistica’ dei rapporti fra individuo ed amministrazione, che permette di rivisitare anche la struttura delle norme procedurali (o d’azione) che disciplinano l’esercizio del potere pubblico: tali norme sono immediatamente strumentali alla tutela dei diritti di libertà riconosciuti dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali di riferimento, anziché del solo interesse pubblico.

La loro portata garantistica non può essere limitata mediante argomenti inerenti all’efficienza delle procedure decisionali, nella parte in cui essi si risolvano in una surrettizia tutela degli interessi dello Stato contro le prerogative individuali. Il loro rispetto rappresenta, al contrario, una componente indispensabile dell’efficacia dell’azione amministrativa, nella parte in cui permette di stabilire – già in sede procedimentale – un punto di equilibrio fra le prerogative dell’individuo e dell’autorità, fra *singulus* e *civitas* rappresentata dall’amministrazione.

È quindi il fine rappresentato dalla necessaria tutela della persona, in quanto soggetto giuridico titolare di una posizione originaria di dignità e libertà rispetto all’interferenza di ogni potere pubblico, a giustificare – ossia, a rendere doveroso – il ricorso al contraddittorio procedimentale. Solo a condizione che il contraddittorio sia previamente garantito l’amministrazione statale potrà decidere in senso favorevole o meno al migrante, assumendosi la responsabilità della scelta sulla base di atti motivati: atti che, nell’attuale contesto istituzionale, sono destinati a produrre effetti sia nell’ordinamento interno che nell’ordinamento sovranazionale, sulla base dei parametri rappresentati dagli artt. 10, 11 e 117 Cost., oltre che dalla Cedu e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’Uomo ed altre fonti connesse³⁹.

4. Analogia iuris e attribuzione dei poteri amministrativi

Quanto rilevato finora non esaurisce la dimensione problematica del fenomeno che si va esaminando, rappresentata in termini particolar-

³⁹ Sulla dimensione ‘responsabilistica’ della motivazione sia consentito rinviare ad A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, 2013, 237 ss.

mente efficaci dalle due sentenze del Consiglio di Stato richiamate in apertura di questo scritto.

In entrambi i casi, infatti, la questione giuridica non aveva ad oggetto il rispetto delle garanzie procedurali strumentali alla tutela della libertà di migrare, ma la sussistenza stessa di una posizione di garanzia della p.a. rispetto alla tutela delle prerogative soggettive dello straniero già presente in Italia.

Le lacune non riguardavano, in altri termini, le norme d'azione applicabili a garanzia di diritti riconosciuti da Costituzione e fonti internazionali, quanto le norme "di relazione" che, nel riconoscere un potere amministrativo, fissano al contempo i presupposti del suo esercizio in rapporto a posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento⁴⁰.

I due casi denotano come le lacune comportino l'irrelevanza giuridica della pretesa al provvedimento favorevole atteso dai due stranieri.

Nel primo, mancherebbe, infatti, una norma che permetta di superare gli automatismi insiti nel t.u. e di rivalutare la condotta successiva ad una condanna risalente nel tempo, così da avere un quadro complessivo dell'inserimento sociale dello straniero ai fini della sua permanenza in Italia. Nel secondo, mancherebbe una norma che consenta allo straniero di accedere a prestazioni sanitarie garantite dall'ordinamento statale (e regionale) ai soli stranieri regolarmente presenti in Italia, e non ai clandestini.

Queste lacune hanno almeno due implicazioni.

Esse denotano, innanzitutto, la sotto-protezione delle prerogative dello straniero rispetto a quelle dei cittadini. Questa disparità di trattamento potrebbe essere giustificata – da un punto di vista politico – sulla differenza fra *intra-neus* ed *extra-neus* rispetto al godimento di determinati diritti civili e prestazioni erogate dal sistema assistenziale. È meno pacifico che essa sia ammissibile da un punto di vista giuridico, anche ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost., che impone all'ordinamento repubblicano l'adozione di politiche ed azioni inclusive, volte a limitare ogni

⁴⁰ Cfr. sempre E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 6 ss., su cui cfr. anche G. FALCON, *Norme di relazione e norme di azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)* (1974), ora in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015, 1 ss.

tipo di diseguaglianza sociale, compresa quella che colpisce la persona straniera presente nel territorio⁴¹.

Va aggiunto come le lacune denotino una ulteriore disparità di trattamento fra stranieri che abbiano accesso ai benefici di legge e stranieri che siano esclusi da questi vantaggi per un mero *versari in re illicita*, come avviene nella situazione degli ‘irregolari’.

La logica della spettanza del provvedimento favorevole, o – secondo alcuni – del diritto di credito alla prestazione amministrativa mostra, in queste circostanze, un limite di fondo⁴². Prima ancora di stabilire se le posizioni di vantaggio nei confronti della p.a. abbiano la consistenza dell’interesse pretensivo, dell’aspettativa o del diritto soggettivo, è essenziale individuare i criteri attraverso cui il legislatore reputa determinare posizioni meritevoli o meno di tutela, rispetto al quadro costituzionale di riferimento e dei valori che esso esprime⁴³.

Ciò sposta l’analisi sulla linea di demarcazione fra interessi di mero fatto privi di qualsivoglia protezione giuridica ed interessi materiali protetti dall’ordinamento ai sensi dell’art. 24 Cost., siano essi qualificabili come interessi legittimi o diritti soggettivi.

La cornice problematica è sempre quella della concezione personalistica dei rapporti fra individuo ed amministrazione, ma, in questi casi, non viene in gioco l’immediata tutela di libertà fondamentali già riconosciute da Costituzione e fonti sovranazionali – come la libertà di migrare e di autodeterminazione individuale – quanto la tutela di posizioni soggettive subordinata alla positiva intermediazione del potere amministrativo, che si fa garante dell’attuazione di determinati valori giuridici.

Il riferimento al ruolo assunto dagli apparati pubblici nella soddisfazione delle pretese individuali evidenzia, al contempo, come la prospettiva personalistica trovi un potenziale limite nelle previsioni dell’art. 97

⁴¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Per uno Stato democratico-repubblicano*, Roma, 2016, specie 25 ss.

⁴² Sui fondamenti teorici e culturali delle due tesi, cfr. G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza* (2001), in ID., *op. cit.*, 369 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *L’astratta ed infelice idea. Disavventure dell’individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quaderni Fiorentini*, 1988, specie 612 ss.

⁴³ Sulla dimensione assiologica dell’esperienza giuridica cfr. E. OPOCHER, *Valore (fil. dir.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 111 ss.

Cost., nella parte in cui riserva alla legge la determinazione dei poteri e delle sfere di competenza e responsabilità della p.a. nell'attuazione delle singole politiche pubbliche.

Queste previsioni implicano, come noto, che le norme di relazione possano essere stabilite solo da organismi legittimati su base politico-rappresentativa, ossia dal Parlamento e, negli stretti limiti individuati dalla Costituzione, dal Governo⁴⁴. Tale operazione sarebbe coerentemente vietata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost., agli organismi appartenenti al circuito giurisdizionale, in virtù della loro subordinazione alla legge⁴⁵.

Ne deriva che, mentre non sussistono ostacoli alla creazione giurisprudenziale di nuove norme d'azione mediante il ricorso all'analogia «per determinare il modo di esercizio dei poteri stessi già espressamente attribuiti all'amministrazione»⁴⁶, la medesima operazione appare preclusa quando si tratti di individuare le norme di relazione che stabiliscono i limiti di attribuzione del potere pubblico e delle connesse responsabilità⁴⁷.

In questa cornice si possono valutare le argomentazioni attraverso cui il Consiglio di Stato ha stabilito i termini della relazione fra p.a. e straniero, bilanciando le prerogative individuali degli appellanti con le prerogative istituzionali dell'amministrazione, ossia i diritti ed i doveri delle parti in conflitto.

Nella vicenda relativa al diniego del permesso per cure mediche essenziali, il Consiglio di Stato ha invertito i termini del ragionamento del giudice di primo grado. Il rilievo – del tutto pacifico – che nessuna norma attribuisse alla p.a. il potere di rilasciare un permesso di soggiorno a carattere atipico non implicava l'assenza di un dovere generale di inter-

⁴⁴ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

⁴⁵ Cfr. R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 120 ss.

⁴⁶ Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910), in ID., *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, 183.

⁴⁷ Sul concetto di dovere nel diritto pubblico, cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, 1983, 91 ss. Una recente analisi del fenomeno, in chiave filosofico-giuridica, è offerta da L. MILAZZO, *Diritto, dovere, potere o dei "fantasmi giuridici"*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, Milano, 2006, 31 ss.

vento dell'amministrazione a tutela del diritto della salute dello straniero.

La rilevanza costituzionale del diritto alla salute come bene giuridico garantito dall'art. 32 Cost. imponeva infatti all'amministrazione di attivarsi – anche ai sensi dell'art. 3, comma 2, della Carta – per garantire con ogni mezzo possibile la tutela della persona in pericolo di vita, valorizzando in tal senso la portata generale dell'art. 35, comma 3, del t.u. L'espressa qualificazione di questa disposizione come «norma di chiusura» del sistema forniva dunque la base legale per il riconoscimento di una posizione di garanzia della p.a. a tutela del signor 'K.' (e di ogni altro soggetto che si trovasse in condizioni analoghe).

Da questa posizione di garanzia scaturiva il dovere istituzionale della p.a. di tutelare la salute del signor 'K.' con ogni mezzo lecito previsto dall'ordinamento, senza che, a questo scopo, potesse attribuirsi rilevanza giuridica alla distinzione introdotta dalla circolare regionale fra straniero 'regolare' ed 'irregolare'.

La conclusione appare del tutto coerente con la cornice costituzionale di riferimento e con la necessità di riservare soltanto alla legge la definizione della relazione giuridica fra Stato ed individuo. La circolare regionale, da questo punto di vista, non poteva essere considerata come fonte di un rapporto riservato alla legge, né come fattore limitativo del libero accesso di ogni individuo – senza distinzioni – alle cure mediche necessarie a salvargli la vita.

Vero è che, in quest'ottica, la circolare doveva ritenersi illegittima, onerando il signor 'K.' alla sua tempestiva impugnazione. Su questo essenziale punto della controversia il Consiglio di Stato non si sofferma, probabilmente spinto da esigenze *strictu sensu* equitative, di cui si è già profilata l'incompatibilità con le esigenze sottese alla disciplina del diritto e del processo amministrativo.

La disarmonia sistematica di questa conclusione potrebbe essere in ogni caso neutralizzata mediante due ordini argomentativi.

Il primo argomento imporrebbe di qualificare la pretesa del ricorrente ad essere inserito nella lista dei soggetti ammessi a trapianto come un diritto soggettivo assoluto, incomprimibile da parte della p.a. una volta

dimostrata la necessità terapeutica dell'intervento⁴⁸. Ne deriva che, sul piano delle tutele giurisdizionali garantite dall'art. 24 Cost., chiunque si trovasse nelle condizioni del signor 'K.' dovrebbe chiedere al giudice ordinario l'immediata tutela delle proprie prerogative soggettive, mediante misure cautelari anticipate ai sensi dell'art. 700 c.p.c. Sia in questa fase processuale che nell'eventuale giudizio di cognizione, pertanto, il g.o. avrebbe il dovere di disapplicare ogni atto amministrativo lesivo di diritti garantiti dall'art. 35, comma 3, del t.u. e dall'art. 32 Cost.⁴⁹.

Un secondo argomento imporrebbe, invece, di considerare radicalmente nulli, per difetto assoluto di attribuzione ai sensi dell'art. 21 *septies* della l. n. 241/1990 connesso alla violazione della riserva di legge stabilita dall'art. 97, comma 2, Cost., tutti gli atti amministrativi finalizzati a circoscrivere l'ambito di tutela del diritto alla salute, valorizzando distinzioni fra stranieri 'regolari' ed 'irregolari' o altri criteri comunque in contrasto con il divieto di discriminazione sotteso alla disciplina dell'art. 3, comma 2, Cost.⁵⁰. Va da sé che la nullità dell'atto potrebbe essere rilevata in ogni stato e grado di qualsiasi giudizio in cui venga in rilievo la sua applicazione.

Appare più delicata la questione relativa al mancato rinnovo del permesso di soggiorno del signor M.A., straniero già condannato per produzione e spaccio di stupefacenti e privo dei requisiti per il rinnovo del permesso di soggiorno in forza dell'automatismo previsto dall'art. 4, comma 3, del t.u.

In termini del tutto lineari, infatti, il giudice di primo grado aveva preso atto della insussistenza dei presupposti per una valutazione della

⁴⁸ Così, ad esempio, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 16 maggio 2016, n. 1325; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 dicembre 2014, n. 2957, che coerentemente hanno negato la propria giurisdizione in materia a favore del g.o.

⁴⁹ Cfr. Cass. civ., sez. VI, 3 giugno 2015, n. 11487. Con riferimento alla giurisdizione esclusiva del g.a., cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 313.

⁵⁰ In tal senso, cfr. anche Corte cost., 17 luglio 2001, n. 152, in cui si è espressamente riconosciuto come anche lo straniero irregolarmente presente in Italia goda di una piena ed immediata tutela del proprio diritto alla salute, sub specie di diritto ad accedere a tutte le cure essenziali alla sua sopravvivenza, nei termini sottesi all'art. 35, comma 3, del t.u., da considerare come ricognitivo del principio stabilito dall'art. 32 Cost.

più ampia condotta del signor M.A., mancando una norma che abilitasse l'amministrazione a formulare un simile giudizio.

Diversamente, il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale norma fosse esistente, e risultasse dalla connessione logica e sistematica dell'art. 4, comma 3 e dell'art. 5, comma 5, primo periodo, del t.u., imponendo al giudice ed alla stessa p.a. di tenere conto dei «nuovi elementi» sopravvenuti alla condanna riportata da M.A. nell'ormai lontano 2003.

Il Consiglio di Stato ha quindi scientemente evitato di sottoporre alla Corte costituzionale l'ennesima q.l.c. delle previsioni dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286/1998, optando per un'interpretazione conforme a Costituzione⁵¹ e della Cedu⁵² della disciplina di legge ed ampliando l'ambito dei doveri di intervento della p.a. a garanzia degli interessi –

⁵¹ Deve osservarsi come la giurisprudenza costituzionale, in materia, non sia del tutto uniforme. Già in passato – Corte cost., 7 maggio 2008, n. 148 – la Corte aveva ritenuto costituzionalmente legittimo l'automatismo previsto dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 289/1998. In alcune sentenze successive, benché inerenti ad altre fattispecie, la Corte ha invece osservato come gli automatismi previsti dalla legislazione debbano essere il risultato di un bilanciamento fra i vari interessi in gioco, non potendo incidere in maniera sproporzionata ed irragionevole sul godimento dei diritti fondamentali dello straniero (cfr. Corte cost., 2011, n. 245; Corte cost., 2011, n. 299). La medesima Corte ha ritenuto inoltre che gli automatismi non possano fondarsi su presunzioni assolute, specie «[...] se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'«id quod plerumque accidit», sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta «tutte le volte in cui sia 'agevole' formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»» (Corte cost., 6 luglio 2012, n. 172).

⁵² Per quanto non espressamente richiamata dal Consiglio di Stato, viene in rilievo la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, II sez., *Cherif*, nella quale si era espressamente riconosciuto come la disciplina delle espulsioni dello straniero condannato per determinate tipologie di reato dovesse essere espressiva di «un bisogno sociale imperioso e, segnatamente, proporzionat[a] allo scopo legittimo perseguito». Per quanto maggiormente interessa, fra i requisiti di proporzionalità della misura espulsiva e di conformità della disciplina legale al sistema Cedu figuravano «la durata del soggiorno dell'interessato nel paese dal quale deve essere espulso; il lasso di tempo trascorso dalla perpetrazione del reato e la condotta del ricorrente durante tale periodo». Nel caso specifico, era proprio la condotta successiva ad una condanna per reati in materia di stupefacenti ad aver confermato la pericolosità sociale dello straniero, nei confronti del quale erano stati avviati nuovi procedimenti penali, ed erano stati accertati costanti legami con movimenti integralisti.

strumentali e finali – dello straniero. Se, infatti, questi non ha un diritto incondizionato ad ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno, trattandosi di una situazione soggettiva a conformazione amministrativa, ciò non toglie che abbia un interesse a che la p.a. valuti integralmente la sua personalità, anche con riguardo alla condotta di vita tenuta dopo la condanna⁵³.

Il punto più delicato della sentenza non riguarda, tuttavia, la definizione della norma attributiva del potere sulla base di un'interpretazione conforme a Costituzione e Cedu dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 289/1998, posto che tale attività sembra rispettosa della riserva di legge contemplata dall'art. 97, comma 2, Cost., quanto il fatto che il giudice abbia equiparato la condizione del soggetto riabilitato con sentenza del Tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art. 683 c.p.p. a quella di chi pur potendo – come M.A. – non abbia fatto tale richiesta.

Non sfugge come, nel primo caso, la riabilitazione abbia l'effetto giuridico di estinguere il reato, il che consente ad essa di assumere una piena rilevanza giuridica ai fini del giudizio di pericolosità sociale richiesto dall'art. 5, comma 5, del t.u. Tale effetto non può essere invece attribuito al mero decorso del termine quinquennale dalla condanna, senza che lo straniero abbia chiesto ed ottenuto la riabilitazione.

Da questo specifico punto di vista, si ripropone quindi la questione inerente alla violazione della riserva di legge stabilita dalla Costituzione, pienamente rispettata laddove l'art. 4, comma 3, viene interpretato con rinvio alla disciplina della riabilitazione stabilita dalla legislazione penale integrativa del precetto amministrativo, e violata dal Consiglio di Stato attraverso l'analogia *iuris* che lo ha condotto ad equiparare la posizione di M.A. a quella del riabilitato.

Anche sul punto la pronuncia non contiene chiarimenti idonei a risolvere la questione in termini lineari, mossa probabilmente dalle già ravvisate esigenze equitative di cui si è ampiamente discusso anche con riferimento ad altri casi.

L'unico argomento che consentirebbe di equiparare le due situazioni, giustificando una interpretazione estensiva ed *in bonam partem* de-

⁵³ Cfr. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 1 ss.

gli artt. 178 e 179 c.p., potrebbe essere ravvisata nel riconoscimento di un diritto soggettivo perfetto di M.A. – e di chiunque si venisse a trovare nelle medesime condizioni – ad ottenere la riabilitazione, cosicché il fatto che l'appellante non abbia chiesto tale pronuncia, pur avendone i requisiti, non impedirebbe di assimilare la sua posizione a quella del soggetto riabilitato⁵⁴. Tale conclusione sembra però inibita dal carattere costitutivo della sentenza del Tribunale di sorveglianza⁵⁵.

Ne consegue che, proprio nella prospettiva personalistica che caratterizza la giurisprudenza, non potendosi ravvisare un diritto dello straniero ad ottenere la riabilitazione, deve ritenersi che il Consiglio di Stato non possa ridefinire i termini della relazione fra amministrazione e cittadino nei termini avvenuti nel caso discusso.

Solo dopo la riabilitazione l'individuo può dirsi titolare di un diritto a che la propria condizione venga valutata ai fini del rinnovo del permesso, cui si correla un dovere di intervento dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost. Ogni differente interpretazione appare irragionevole, nella parte in cui equipara una mera aspettativa ad un diritto soggettivo perfetto.

⁵⁴ Nella dottrina penalistica, l'esistenza di un diritto alla riabilitazione appare unanime, per quanto sia discusso se tale diritto discenda direttamente dalla legge e sia subordinato ad un mero accertamento giudiziale o – secondo la tesi preferibile – se sia comunque subordinato ad una valutazione giudiziale che rende la posizione del richiedente assimilabile ad una aspettativa. Cfr. G. CERQUETTI, *Riabilitazione*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 331 ss.; M. GARAVELLI, *Riabilitazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997, 159 ss.

⁵⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 3 settembre 2015, n. 35914; Cass. pen., sez. I, 9 ottobre 2014, n. 42066. Coerentemente, parte della giurisprudenza amministrativa non attribuisce effetto alla mera presentazione dell'istanza di riabilitazione, né *a fortiori*, alla condizione del soggetto potenzialmente in grado di accedere al beneficio: cfr. Tar Liguria, sez. II, 2 dicembre 2016, n. 1194; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 4 maggio 2012, n. 784.

5. *La tutela giudiziale del migrante entro la cornice sistematica del diritto amministrativo contemporaneo*

Alcuni anni fa si è posta la necessità di tornare ad una interpretazione sistematica del diritto amministrativo, funzionale a dissipare la frammentarietà della disciplina settoriale dell'attività amministrativa nell'ambito di una cornice unitaria⁵⁶. Tale cornice dovrebbe essere rappresentata da una serie di principi trasversali ai vari ambiti di intervento del legislatore, individuati sul piano del diritto positivo dalla l. n. 241/1990 e, sul piano interpretativo, da un'interpretazione costituzionalmente orientata delle singole leggi, in conformità ai criteri individuati dall'art. 97 Cost., oltre che – si deve aggiungere – dai canoni fondamentali dell'azione amministrativa riconosciuti da fonti sovranazionali come l'art. 41 della Carta di Nizza e l'art. 6 della Cedu.

L'intento è senz'altro condivisibile, quantomeno laddove si ritenga che, fra i compiti della scienza giuridica, vi sia pure quello di suggerire agli operatori linee di condotta conformi al valore deontico del diritto in un determinato contesto storico ed istituzionale, contribuendo a risolvere le aporie e le stesse lacune della disciplina positiva. Va nondimeno osservato come l'armonizzazione fra le regole (del diritto amministrativo speciale) ed i principi (del diritto, anche amministrativo), sia strutturalmente problematica, perché la vaghezza stessa dei principi impone all'interprete dei bilanciamenti dagli esiti non sempre prevedibili, tali da minare quella stessa stabilità delle relazioni giuridiche cui tende ogni visione sistematica del fenomeno.

Il caso del diritto dell'immigrazione appare, in tal senso, eloquente, come sono eloquenti le sentenze esaminate ed il tentativo di ricondurre a sistema le decisioni dei giudici.

Uno degli obiettivi impliciti di questo scritto era verificare la tenuta di concetti ed argomenti tipici del diritto amministrativo alle problema-

⁵⁶ Cfr. principalmente M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica del diritto amministrativo attuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, 347 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 11 ss.; A. TRAVI, *Lo studio del diritto pubblico dal punto di vista dell'amministrativista*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, 329 ss. Più scettica la posizione di S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, 597 ss.

tiche migratorie, che sfuggono alle divisioni nominalistiche fra differenti ambiti disciplinari. Sembra di aver dimostrato come i problemi del diritto dell'immigrazione, pur essendo occasionati da rapporti conflittuali fra stranieri ed autorità amministrative, non possano essere risolti ricorrendo alle (sole) norme di relazione ed azione stabilite dalla legislazione positiva (come il d.lgs. n. 289/1998 e la l. n. 241/1990), ma impongano di fare riferimento a fonti costituzionali e sovranazionali, anche nell'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale o dalla Corte Edu.

Ne deriva che lo stesso tentativo di ricondurre a sistema il diritto dell'immigrazione impone, a monte, di definire il sistema normativo, istituzionale e culturale di riferimento, individuabile nell'ordinamento composito risultante dall'iterazione fra Stato ed organizzazioni internazionali, come Ue, Consiglio d'Europa, Onu⁵⁷.

Il diritto amministrativo e le sue regole divengono, in questa chiave di lettura, strumenti di attuazione di politiche pubbliche statuali conformati, e conformabili, da principi riconducibili ad una pluralità di ordinamenti. Nel contesto del pluralismo istituzionale e giuridico, assunto come premessa dell'attività di sistematizzazione, ogni proposta ricostruttiva non può quindi prescindere da una preliminare individuazione e graduazione dei valori in gioco, ossia dei canoni assiologici entro cui collocare la singola proposta ricostruttiva.

Nel diritto dell'immigrazione, la questione dei valori di riferimento è essenziale, a fronte del fatto che – quale che sia l'approccio ideologico di ciascuno⁵⁸ – le migrazioni di massa non sono il frutto di scelte edonistiche individuali, ma di necessità storiche derivanti dallo squilibrio delle condizioni di vita sussistenti fra Paesi occidentali (cui va ad-

⁵⁷ Cfr. G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 16 ss.

⁵⁸ Per una sintetica ma efficace ricostruzione del dibattito fra liberal-cosmopolitici e liberal-nazionalisti, gli unici favorevoli al riconoscimento di una piena libertà di migrare ed immigrare, gli altri propensi a favorire una chiusura dei confini, cfr. M. SAVINO, *op. cit.*, 2 s.

dossata quantomeno la responsabilità storica del colonialismo) ed ampie porzioni del continente africano, asiatico e sudamericano⁵⁹.

La necessità di regolare in chiave garantistica i rapporti fra autorità e libertà che, secondo le concezioni tradizionali, sono la giustificazione culturale e scientifica del diritto amministrativo nell'ambito dello Stato costituzionale di diritto devono essere necessariamente rivisitate in una differente prospettiva valoriale. Il riferimento alla necessità di riconoscere “le libertà degli altri” rischia, sotto questo profilo, di essere riduttivo, laddove si convenga sul fatto che, nella prospettiva del migrante, la libertà non sia né quella degli ‘antichi’, né quella dei ‘moderni’⁶⁰, ma rispecchi, più brutalmente, l’esigenza dell’individuo di sottrarsi al dominio di una natura divenuta ostile per questioni climatiche, o di condizioni politico-sociali che mettono a repentaglio la sua stessa sopravvivenza.

La libertà di migrare, da questo punto di vista, appare nella sua essenza come una necessità – quand’anche putativa – di fuga, a fronte del quale uno Stato che si trova nelle condizioni geo-politiche dell’Italia non può che divenire garante di un primo soccorso dello straniero, oltre che del suo trattamento dignitoso entro i confini dell’ordinamento che lo accoglie.

La dialettica autorità-libertà risulta, in tal senso, obsoleta, e si presta ad essere rivisitata nell’ottica, comunque riconducibile agli artt. 2 e 3, comma 2, della Cost., di un rapporto di garanzia fra apparato pubblico ed individuo, nell’ambito del quale deve essere necessariamente contestualizzata la stessa struttura e funzione delle norme di relazione e delle norme d’azione.

Le norme di relazione risultano costitutive della posizione di garanzia della p.a. rispetto alla protezione del bene giuridico rappresentato dalla vita e dalla dignità dello straniero, dalla quale scaturisce un dovere di tutela di qualunque individuo versi in stato di necessità, con ogni

⁵⁹ Cfr. V. CALZOLAIO, T. PIEVANI, *Libertà di migrare. Perché ci spostiamo da sempre ed è meglio così*, Torino, 2016, 110 ss., dove si riferisce il dato (fonte Onu-Unhcr) di 59,5 milioni di immigrati forzati – per ragioni climatiche, politiche, economiche – nel solo 2014, contro i 51,2 milioni del 2013.

⁶⁰ Cfr. M.L. SALVADORI, *Democrazia. Storia di un’idea tra mito e realtà*, Roma, 2015, 90 s.

mezzo messo a disposizione dell'ordinamento per garantire la rimozione degli ostacoli che impediscono la sua autodeterminazione e lo sviluppo della sua personalità⁶¹.

Il nucleo fondamentale dei singoli diritti è dunque garantito dallo Stato, nei termini resi evidenti dal caso del signor I.A., doverosamente soccorso dall'esercito, come pure dal caso del signor 'K.', doverosamente curato dalla sanità pubblica. Le modalità attraverso cui giungere a questi risultati sono invece rimesse alla discrezionalità del legislatore domestico e, nei termini residui, della stessa pubblica amministrazione.

Le norme d'azione continuano, in tal senso, a rappresentare lo strumento giuridico attraverso cui si deve articolare l'attività amministrativa conforme a diritto, con l'essenziale differenza per cui il loro rispetto costituisce la misura della tutela accordata dall'ordinamento alla dignità dello straniero. La dignità di I.A., salvato dalla deriva nel Mediterraneo, postulava che anche nelle fasi immediatamente successive al soccorso fosse garantita la conoscenza degli strumenti giuridici a tutela del rifugiato. La dignità del signor 'K.' imponeva all'amministrazione di garantire l'immediato accesso al trapianto di rene, senza passare per l'umiliante richiesta di un permesso di soggiorno atipico, funzionale a parificare la sua condizione di 'irregolare' a quella di 'regolare'.

Non si è volutamente citato il caso di M.A., le cui sorti sembrano peraltro confermare quanto finora osservato. A ben guardare, infatti, il rapporto fra lo straniero e la Questura che aveva negato il rinnovo del permesso di soggiorno in forza di specifici precedenti penali va qualificato nei termini della tradizionale dialettica autorità-libertà, perché lo stato di necessità che legittima la fuga dello straniero dal Paese d'origine viene meno a seguito del suo radicamento economico-sociale nel Paese che lo accoglie, imponendogli di assumere la responsabilità individuale delle conseguenze delle proprie azioni.

⁶¹ Per tali ragioni, si ritiene preferibile l'utilizzo del concetto di dovere a quello – per alcuni più pregnante – di obbligo: la natura irrelata del dovere implica, infatti, secondo la chiave di lettura prescelta, che l'attivazione degli apparati pubblici a tutela del migrante non sia condizionata né da una sua richiesta, né da particolari condizioni soggettive, ma discenda direttamente dal ruolo assunto dalla p.a. nel sistema giuridico di riferimento, e dallo stesso dovere di intervento e soccorso dell'amministrazione, che – se si vuole – può essere giustificato anche in una prospettiva solidaristica.

Vero è che nessun cittadino italiano – si pensi ad un ipotetico concorrente nel reato commesso da M.A. – può essere espulso dal Paese in forza degli effetti extrapenali di una condanna per produzione e spaccio di stupefacenti. Da un punto di vista ideologico-politico, la scelta potrebbe essere ritenuta razionale – nei termini della stessa Corte costituzionale e della Corte Edu – in quanto preordinata a bilanciare la sicurezza pubblica con la libertà di autodeterminazione dell'individuo⁶². Da un punto di vista sistematico la scelta non convince, quantomeno laddove tratta in maniera differenziata, sulla sola base del requisito della cittadinanza – ossia di un elemento accidentale, privo di rilevanza ai fini dell'integrazione del delitto di produzione e spaccio di stupefacenti – le conseguenze extrapenali dell'illecito.

Non serve, tuttavia, l'ancoraggio a valori come la dignità dell'uomo per rilevare come questa disciplina, e le decisioni amministrative tenute ad attuarla nei termini più rispettosi del principio di legalità, finisca per costringere i funzionari pubblici «a sparare ai passeri con i cannoni»⁶³.

Il che potrebbe quantomeno favorire interventi di riforma del t.u.

⁶² In tal senso, cfr. Corte cost., 7 maggio 2008, n. 148, dove si osservava come «l'inclusione di condanne per qualsiasi reato inerente agli stupefacenti tra le cause ostative all'ingresso e alla permanenza dello straniero in Italia non appare manifestamente irragionevole qualora si consideri che si tratta di ipotesi delittuose spesso implicanti contatti, a diversi livelli, con appartenenti ad organizzazioni criminali o che, comunque, sono dirette ad alimentare il cosiddetto mercato della droga, il quale rappresenta una delle maggiori fonti di reddito della criminalità organizzata».

⁶³ Cfr. F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, 354.

DIVIETO DI INGRESSO ED ESPULSIONE DELLO STRANIERO DAL TERRITORIO DELLO STATO PER MOTIVI DI TERRORISMO: LA SICUREZZA NAZIONALE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Antonino Ali

SOMMARIO: 1. *Espulsione e respingimento come misura anti-terrorismo: la tutela della sicurezza nazionale e il diritto dell'Unione europea.* 2. *L'espressione «sicurezza nazionale» nei trattati dell'Unione europea.* 3. *Divieto di ingresso per un cittadino dell'Unione nel territorio di uno Stato membro.* 4. *La revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione di un rifugiato per motivi di sicurezza nazionale.* 5. *La sicurezza nazionale «europea».*

1. Espulsione e respingimento come misura anti-terrorismo: la tutela della sicurezza nazionale e il diritto dell'Unione europea

I respingimenti alla frontiera e le espulsioni c.d. amministrative di cittadini stranieri rientrano tra i provvedimenti più comunemente usati in Europa per fronteggiare il fenomeno del terrorismo attraverso l'allontanamento di determinati individui ritenuti a rischio.

È noto che gli Stati membri dell'Unione europea, Italia inclusa, hanno fatto largo uso di queste misure di carattere preventivo e che, in particolare, vi è stato un incremento dei provvedimenti a seguito degli episodi di terrorismo che hanno colpito gli Stati Uniti d'America e l'Europa nel corso degli ultimi quindici anni.

A queste misure se ne sono aggiunte altre quali, ad esempio, il rifiuto della cittadinanza o, in alcuni Stati, la revoca della stessa, misura

quest'ultima che solleva delicati problemi di compatibilità con le regole del diritto internazionale¹.

Questo contributo prende in esame, sotto il profilo della compatibilità con il diritto dell'Unione europea, alcuni casi relativi di espulsione o di respingimento di stranieri (in un caso di un cittadino europeo, nell'altro di uno stato terzo) nell'ipotesi in cui gli Stati membri invochino ragioni attinenti alla sicurezza nazionale.²

L'analisi relativa alle misure relative alla lotta al terrorismo internazionale con il fine di proteggere la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico nel contesto del diritto UE non può che partire da quanto codificato all'art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE). In base a tale disposizione l'Unione europea

rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della *sicurezza nazionale*. In particolare, la *sicurezza nazionale* resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro³.

La disposizione è la conseguenza dell'accordo raggiunto nel Consiglio europeo di Bruxelles del 21-22 giugno 2007 (v. Conclusioni della Presidenza). La prima parte di essa era già presente nell'art. I-5, paragrafo 1, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Nel Trattato di Lisbona si è inteso rafforzare ulteriormente il principio aggiungendo l'inciso che «in particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

¹ Sul tema si rinvia a L. PANELLA, *Sulla revoca della cittadinanza come misura degli Stati per combattere il fenomeno dei foreign fighters*, in <http://www.federalismi.it/document/25092015122719.pdf>, 25 settembre 2015.

² I contributi sul rapporto tra diritto UE e sicurezza nazionale non sono particolarmente numerosi. Per un'impostazione di ordine generale si rinvia a S. PEERS, *National Security and European Law*, in *Yearbook of European Law*, 1996, p. 363 ss.

³ Il corsivo è nostro. V. M.C. BARUFFI, *Commento all'art. 4 TUE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'UE*, seconda ed., Padova, 2014, p. 14. Un'autorevole dottrina (G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, p. 12 ss.) sottolinea che «[t]ali disposizioni, che tendono a preservare un minimo di poteri agli Stati membri, sembrano avere, in realtà, una funzione di carattere essenzialmente politico, in quanto esprimono un atteggiamento di cautela da parte degli Stati membri nei confronti di ulteriori sviluppi del processo di integrazione».

Sembrirebbe a prima vista esclusa qualunque interferenza da parte del diritto UE nelle suddette materie di competenza «permanentemente riservata» agli Stati⁴.

L'esercizio delle competenze attribuite all'Unione europea può essere oggetto di limitazioni per ragioni di sicurezza nazionale, di pubblica sicurezza e di ordine pubblico. Così, ad esempio, nel diritto primario dell'Unione l'art. 36 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prevede il divieto di restrizioni quantitative tra gli Stati membri all'importazione o all'esportazione non pregiudica l'adozione da parte degli stessi di divieti o di restrizioni giustificati da motivi

di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale.

La disposizione stabilisce, inoltre, che «tali divieti e restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri». Anche nel campo della libera circolazione dei lavoratori, dei servizi e dei capitali più volte è ribadita la possibilità di limitare l'esercizio dei diritti per motivi «di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica» (artt. 45, 52, 65 TFUE). Nel titolo V del TFUE, «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia», infine, pur ribadendosi all'art. 67, paragrafo 2, TFUE che l'UE

garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi,

si afferma all'art. 72 TFUE che il Titolo V «non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna».

In apparenza gli Stati sembrano godere di ampi margini di deroga ai diritti attribuiti dai trattati per motivi di ordine pubblico o di pubblica

⁴ G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 12 ss.

sicurezza⁵. Tuttavia, come già esplicitato in diverse disposizioni del diritto primario, del diritto secondario e, soprattutto, in una copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia, le deroghe previste dai Trattati riguardano «ipotesi eccezionali e chiaramente delimitate». Non esiste una riserva di carattere generale nei Trattati che consenta l'adozione di provvedimenti per motivi di pubblica sicurezza. Ritenere ogni disposizione del diritto UE soggetta a una riserva generale, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dai Trattati «rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto comunitario»⁶.

Inoltre, pur disponendo di una certa discrezionalità, le autorità nazionali, quando adottano misure per motivi di pubblica sicurezza, non devono eccedere quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito in ossequio al principio di proporzionalità⁷.

Si può ritenere fondatamente che l'inserimento della clausola citata contenuta nell'art. 4, paragrafo 2, TUE non abbia modificato questo assetto. Con il Trattato di Lisbona si è intesa ribadire la competenza degli Stati membri ad occuparsi di ordine pubblico e, in particolar modo, della sicurezza nazionale.

2. L'espressione «sicurezza nazionale» nei trattati dell'Unione europea

Ciò che appare interessante osservare è che l'espressione «sicurezza nazionale» compare per la prima volta nei Trattati dell'Unione europea solo a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona. Oltre all'art. 4, paragrafo 3, TUE su citato, l'espressione sicurezza nazionale compare nell'art. 73 TFUE ove si afferma che

⁵ V. M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano 2012, passim e, in particolare, sulla nozione di ordine pubblico e sulla discrezionalità degli Stati, p. 177 ss.

⁶ V. per tutte, Corte di giustizia, sentenza del 15 maggio 1986, *Marguerite Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, EU:C:1986:206, §26.

⁷ Corte di giustizia, sentenza del 26 ottobre 1999, *Sirdar*, C-273/97, EU:C:1999:523 §§ 26-27.

gli Stati membri hanno la facoltà di organizzare tra di loro e sotto la loro responsabilità forme di cooperazione e di coordinamento nel modo che ritengono appropriato tra i dipartimenti competenti delle rispettive amministrazioni responsabili per la salvaguardia della *sicurezza nazionale*⁸.

Inoltre, l'art. 346 TFUE, che riproduce con lievi modifiche l'art. 296 del Trattato della Comunità europea (TCE), utilizza l'espressione «interessi essenziali della propria sicurezza» in relazione al fatto che

- a) nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza;
- b) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari.

Viene utilizzata così una espressione che sembra voler restringere la nozione nebulosa di «sicurezza nazionale», fornendo un'accezione più ristretta focalizzata sugli *interessi essenziali della sicurezza dello Stato*⁹

⁸ Il corsivo è nostro. Nella Dichiarazione n. 20 relativa all'art. 16 del TFUE (relativo al diritto alla protezione dei dati di carattere personale) la Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona sottolinea che «ogni qualvolta le norme in materia di protezione dei dati personali da adottare in base all'articolo 16 possano avere implicazioni dirette per la *sicurezza nazionale*, si dovrà tenere debito conto delle caratteristiche specifiche della questione» e si «rammenta che la legislazione attualmente applicabile (vedasi in particolare la direttiva 95/46/CE) prevede deroghe specifiche al riguardo».

⁹ Come già sottolineato in altra sede (sia consentito il rinvio al nostro *Il diritto dell'Unione europea e la tutela della sicurezza nazionale degli Stati membri. Osservazioni a margine di alcuni casi esaminati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in U. GORI, L. MARTINO, *Intelligence e interesse nazionale*, Roma, p. 589 ss.), sono numerose le opinioni di coloro che hanno sottolineato la difficoltà di una definizione stabile di questa espressione e di quella di «interesse nazionale» v. per tutti V.E. PARSI, *Interesse nazionale e globalizzazione. I regimi democratici nelle trasformazioni del sistema post-westfaliano*, Milano, 1998.

e dei conseguenti fenomeni di *over-stretching* del concetto di sicurezza nazionale¹⁰.

L'espressione «sicurezza nazionale» di chiara influenza anglosassone (*national security*) era poco utilizzata fino a tempi recenti anche nell'ordinamento italiano¹¹, che preferiva quelle di «pubblica sicurezza», «sicurezza dello Stato»¹² o «sicurezza della Repubblica»¹³.

Alcuni recenti casi della Corte di giustizia possono aiutare a com-

¹⁰ Giova anche evidenziare che l'art. 276 TFUE esclude la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea «a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna» nell'esercizio delle attribuzioni relative alle disposizioni dei capi 4 e 5 della parte terza, titolo V concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

¹¹ Nella Costituzione l'espressione compare nell'art. 126 dove si afferma che «con decreto motivato del Presidente della Repubblica sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge. Lo scioglimento e la rimozione possono altresì essere disposti per ragioni di *sicurezza nazionale*» (il corsivo è nostro).

¹² In base alla lett. d) del 2° comma dell'art. 117 della Costituzione lo Stato esercita potestà legislativa esclusiva nella materia della «difesa e Forze armate; *sicurezza dello Stato*; armi, munizioni ed esplosivi» (il corsivo è nostro).

¹³ Vedi in questo senso la legge 3 agosto 2007, n. 124, Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto (GU n. 187 del 13.08.2007). Gli artt. 6 e 7, in particolare, nel definire i compiti delle Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE) e dell'Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI), forniscono indirettamente una definizione di sicurezza nazionale. Inoltre, si rammenta che l'art. 38 dispone che, entro il mese di febbraio di ogni anno, il Governo trasmette al Parlamento una relazione scritta, riferita all'anno precedente, sulla politica dell'informazione per la sicurezza e sui risultati ottenuti (comma 1) e in allegato il documento di *sicurezza nazionale*, concernente le attività relative alla protezione delle infrastrutture critiche materiali e immateriali nonché alla protezione cibernetica e alla sicurezza informatica (comma 1 bis, aggiunto dall'art. 9, comma 1, legge 7 agosto 2012, n. 133, pubblicata sulla G.U. del 10 agosto 2012, n. 186) (il corsivo è nostro). Giova segnalare che nel sito internet del «Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica» compare l'espressione sicurezza nazionale: <http://www.sicurezzanazionale.gov.it>. Abbastanza frequente è, inoltre, l'utilizzo dell'espressione «sicurezza nazionale» nelle Relazioni sulla politica dell'informazione per la sicurezza del Governo al Parlamento in base all'art. 38 della legge n. 124 del 2007.

prendere una parte della dinamica dei rapporti tra sicurezza nazionale e il diritto dell'Unione europea. Non potendo esaminare il quadro giurisprudenziale sempre più ricco in questa materia, soffermeremo l'attenzione su alcuni casi che hanno riguardato, da un lato, l'espulsione dal territorio di uno Stato membro UE di uno straniero con doppia cittadinanza (una delle quali di uno Stato membro UE) e, dall'altro, la revoca del permesso di soggiorno ad un rifugiato. In entrambi i casi le ragioni addotte dalle autorità a sostegno dei loro provvedimenti atenevano alla sicurezza nazionale degli Stati membri per finalità di anti-terrorismo.

3. Divieto di ingresso per un cittadino dell'Unione nel territorio di uno Stato membro

Il caso affrontato dalla Grande sezione della Corte di giustizia, *ZZ contro Secretary of State for the Home Department*¹⁴, riguarda una domanda di pronuncia pregiudiziale del 2011 dei giudici del Regno Unito della *Court of Appeal (England & Wales) Civil Division* sull'interpretazione dell'art. 30, paragrafo 2 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri¹⁵, in particolare, alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»).

Il rinvio scaturiva dal contenzioso che si era determinato a seguito della decisione delle autorità inglesi (*Secretary of State for Home Department*) di vietare l'ingresso nel territorio del Regno Unito al signor ZZ con doppia cittadinanza francese e algerina, residente legalmente dal 1990 al 2005 nel Regno Unito, con diritto di soggiorno permanente dal 2004 nel Regno Unito e sposato con una cittadina del Regno Unito

¹⁴ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 4 giugno 2013, *ZZ contro Secretary of State for the Home Department*, C-300/11, EU:C:2013:363. Per un commento v. F. GUELLA, *La disclosure nell'effettività della tutela giurisdizionale e le ragioni «riservate» di sicurezza nazionale nell'allontanamento dei cittadini stranieri*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, pp. 1293 ss.

¹⁵ In GUUE L 158 del 30 aprile 2004.

con la quale aveva avuto otto figli. Nel marzo 1995 ZZ richiedeva di diventare cittadino britannico, ma la sua richiesta veniva respinta nel 1999 per ragioni di sicurezza nazionale¹⁶. Al rientro da un viaggio in Algeria nel settembre del 2006 il *Secretary of State* aveva deciso di revocare il diritto di soggiorno e disponeva il divieto di ingresso nel territorio ritenendo per ragioni di pubblica sicurezza¹⁷. Lo stesso giorno ZZ veniva rimpatriato in Algeria. Secondo le autorità di sicurezza britanniche, il signor ZZ era stato coinvolto nel Gruppo islamico armato (GIA) e implicato in attività terroristiche tra il 1995 e il 1996.

ZZ decideva di impugnare il provvedimento che gli impediva l'ingresso nel territorio del Regno Unito. Si apriva così un contenzioso davanti alla Commissione speciale per i ricorsi in materia di immigrazione SIAC (*Special Immigration Appeals Commission*). Davanti a questo organo giurisdizionale possono essere impuginate le decisioni di respingimento, di rifiuto della cittadinanza, di espulsione dal territorio, di revoca della cittadinanza adottate per ragioni di sicurezza nazionale. In considerazione della necessità di tutelare la segretezza delle prove utilizzate a sostegno delle decisioni in questo campo l'articolo 6 della legge del 1997 (*Special Immigration Appeals Commission Act 1997*)¹⁸ istitutiva della SIAC prevede che l'*Attorney General* possa designare un avvocato speciale per rappresentare gli interessi di un ricorrente in tutte

¹⁶ La richiesta di cittadinanza sarebbe stata successivamente respinta altre due volte. V. la decisione SIAC del 30 luglio 2008, http://siac.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/outcomes/ZZ_Draft.pdf.

¹⁷ In relazione alle identiche problematiche che sorgono in relazione al diniego dello status di soggiornante di lungo periodo e l'allontanamento dal territorio dei cittadini di Stati terzi sulla base degli articoli 6, 12 e 17 della direttiva 2003/109 v. P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli «stranieri lungo soggiornanti» fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, p. 31 ss., in S. AMADEO, F. SPITALERI, *Le garanzie dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 40-41. Più in generale sui presupposti per l'allontanamento degli «stranieri cittadini europei» v. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2014, p. 241 ss. e M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione europea*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 429 ss. e ID., *L'allontanamento dello straniero nel diritto internazionale*, ibidem, p. 409 ss.

¹⁸ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/68/contents>.

le udienze nelle quali il ricorrente e i suoi rappresentanti legali siano esclusi¹⁹.

Nel caso di specie, il *Secretary of State* aveva infatti negato la comunicazione a ZZ degli elementi sui quali si fondava l'opposizione al suo ricorso ed erano stati nominati due avvocati speciali per rappresentare gli interessi di ZZ che, da un lato, si consultavano con ZZ sugli «elementi probatori non secretati» e, dall'altro, con il *Secretary of State* sugli «elementi probatori secretati». Una parte dei procedimenti davanti alla SIAC avveniva senza la presenza di ZZ, ma con quella degli avvocati speciali e a porte chiuse.

Nella decisione non secretata la SIAC affermava che il comportamento individuale di ZZ rappresentava una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società, vale a dire la pubblica sicurezza, e che tale interesse prevaleva sul diritto del ricorrente e dei suoi familiari di vivere insieme nel Regno Unito. Veniva così respinto il ricorso di ZZ davanti alla Commissione speciale.

ZZ interponeva appello e la Court of Appeal sollevava la questione pregiudiziale alla Corte domandando:

se l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, letto alla luce segnatamente dell'articolo 47 della Carta, debba essere interpretato nel senso di richiedere che un giudice nazionale, investito del ricorso di un cittadino dell'Unione contro una decisione di diniego d'ingresso adottata a norma dell'articolo 27, paragrafo 1, della medesima direttiva, si assicuri che sia resa nota all'interessato la sostanza dei motivi di pubblica sicurezza sottesi a detta decisione quando l'autorità nazionale competente asserisce, dinanzi a detto giudice, che motivi attinenti alla sicurezza dello Stato ostano a una tale divulgazione²⁰.

¹⁹ Sul rapporto tra sicurezza nazionale e prove secretate v. D. BIGO, S. CARRERA, N. HERNANZ, A. SCHERRER, *National security and secret evidence in legislation and before the courts: exploring the challenges*, European Parliament, Study for the LIBE Committee, 2014 e D. COLE, F. FABBRINI, A. VEDASCHI, *Secrecy, national security and the vindication of constitutional law*, Cheltenham, 2013.

²⁰ In particolare il giudice inglese domandava se questa interpretazione si imponesse anche alla luce dell'art. 346, paragrafo 1, lettera a) TFUE. L'articolo veniva anche richiamato anche dal governo italiano intervenuto italiano nel procedimento. Tuttavia, la Corte non ha reputato di dover rispondere a questa opzione interpretativa.

La Corte in maniera molto sintetica ha risposto affermando la necessità che

il giudice nazionale competente si assicuri che la mancata comunicazione all'interessato, da parte dell'autorità nazionale competente, della motivazione circostanziata e completa [...] nonché degli elementi di prova pertinenti, sia limitata allo stretto necessario e che, in ogni caso, sia comunicata all'interessato la sostanza di detti motivi in una maniera che tenga debito conto della necessaria segretezza degli elementi di prova.

È interessante notare che il Governo italiano, intervenuto nel procedimento, aveva sottolineato, richiamando gli articoli 4, paragrafo 2, TUE e 346, paragrafo 1, lettera a), TFUE, che «della sicurezza dello Stato siano responsabili unicamente gli Stati membri» e, dunque, la questione sollevata avrebbe riguardato una materia disciplinata dal diritto nazionale al di fuori delle competenze dell'Unione²¹. La Corte obiettava a quest'ultimo argomento ricordando che

sebbene spetti agli Stati membri decidere le misure idonee a garantire la loro sicurezza interna ed esterna, la mera circostanza che una decisione riguardi la sicurezza dello Stato non può comportare l'inapplicabilità del diritto dell'Unione²².

L'obiezione della Corte, di fatto, ridimensiona la portata dell'affermazione contenuta nell'art. 4, paragrafo 2, TUE, precedentemente analizzata, in quanto ribadisce che anche nei campi di competenza statale possono esservi delle interferenze e dei limiti dovuti all'applicazione del diritto UE.

²¹ § 35 della sentenza.

²² V. sul punto Corte di giustizia, sentenza del 15 dicembre 2009, *Commissione/Italia*, C-387/05, § 45, ECLI:EU:C:2009:781.

4. La revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione di un rifugiato per motivi di sicurezza nazionale

Altrettanto interessante ed attuale è caso recente affrontato dalla Corte di giustizia nel 2015 in relazione alle condizioni per la revoca dello *status* di rifugiato²³. Il caso riguardava un cittadino turco di origine curda, a cui era stato riconosciuto lo *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, in considerazione delle attività politiche che egli svolgeva in esilio a favore del «Partito dei lavoratori del Kurdistan» (PKK), nonché della persecuzione politica di cui rischiava di essere vittima nel caso di ritorno in Turchia. Dal 1993 il sig. T. aveva goduto di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato, successivamente revocato nel 2006 in considerazione dei cambiamenti avvenuti in Turchia e dell'assenza di un rischio di persecuzione. La decisione veniva annullata e il sig. T. manteneva lo *status* di rifugiato e continuava a svolgere attività a sostegno del PKK. Questo non impediva però che il sig. T. venisse condannato a una pena pecuniaria per violazione dei divieti di attività in favore del PKK vietate in Germania a partire dal 1993. La sentenza passava in giudicato e nel 2012 le autorità tedesche disponevano l'espulsione del cittadino turco per le attività di sostegno a favore del PKK e della sua pericolosità, stabilendo inoltre limitazioni alla libertà di circolazione e di conseguenza la decadenza del permesso di soggiorno. Tuttavia, in considerazione della presenza sul territorio tedesco della moglie e degli otto figli, di cui cinque di nazionalità tedesca, l'espulsione veniva sospesa. Il ricorso del Sig. T. veniva respinto in primo grado dal *Verwaltungsgericht Karlsruhe* e successivamente veniva interposto appello al *Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg* (tribunale amministrativo superiore del Baden-Württemberg), il quale decideva di sospendere il giudizio affinché la Corte di giustizia dell'Unione europea si pronunciasse su alcune questioni interpretative in questa intricata vicenda.

²³ Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2015, *H.T. contro Land Baden-Württemberg*, C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413. Per un commento v. F. BIONDI DAL MONTE, *Terrorismo, ordine pubblico e sicurezza nazionale nell'Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, p. 788 ss.; più in generale sulla sicurezza dello Stato e la protezione dei rifugiati v. J.C. MURILLO, *The Legitimate security interests of the State and international refugee protection*, in *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2009.

In particolare, il giudice tedesco aveva sottoposto alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali che riguardavano l'art. 24 («Permesso di soggiorno») e l'art. 21 («Protezione dal respingimento») della direttiva 2004/93/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta²⁴.

Il giudice del rinvio chiedeva se, e a quali condizioni, l'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83 potesse autorizzare uno Stato membro a revocare il permesso di soggiorno di un rifugiato sebbene quest'ultimo articolo non prevedesse esplicitamente tale evenienza. In caso affermativo, il giudice domandava se la revoca del permesso di soggiorno sia autorizzata unicamente in applicazione dell'articolo 21, paragrafi 2 e 3 della richiamata direttiva, nel caso in cui il rifugiato non sia più protetto contro il respingimento, o anche in forza dell'articolo 24, paragrafo 1, della stessa.

A tale riguardo la Corte osserva che l'art. 21, paragrafo 1, della direttiva in esame, ribadisce il principio di «non *refoulement*»²⁵. In parti-

²⁴ In GUUE del 20 settembre 2004, L 304, p. 12.

²⁵ L'articolo 33 («Divieto d'espulsione e di rinvio al confine») della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati dispone che: «1. Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. 2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la *sicurezza del paese* in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, *una minaccia per la collettività di detto paese*». L'art. 32, paragrafo 1 (rubricato «Espulsione»), in particolare, aggiunge che: «Gli Stati contraenti non espelleranno un rifugiato residente regolarmente sul loro territorio, se non per motivi di *sicurezza nazionale o di ordine pubblico*». Il Protocollo relativo allo status dei rifugiati del 31 gennaio 1967, entrato a sua volta in vigore il 4 ottobre 1967, al paragrafo 1, rubricato «Documento di viaggio», prevede, inoltre: «Gli Stati contraenti concederanno ai rifugiati residenti regolarmente sul loro territorio dei documenti di viaggio destinati a permettere loro di viaggiare al di fuori di detto territorio, a meno che imperiosi motivi di *sicurezza nazionale o di ordine pubblico* vi si oppongano (...)». Sul divieto di *refoulement* la letteratura è vastissima, si rinvia a

colare, l'articolo 21, paragrafo 3, della direttiva prevedeva «la facoltà di revocare, di cessare o di rifiutare il rinnovo o il rilascio di un permesso di soggiorno di un (o a un) rifugiato» in due casi (paragrafo 2):

- a) vi siano ragionevoli motivi per considerare che detta persona rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato membro nel quale si trova; o
- b) che, essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, detta persona costituisca un pericolo per la comunità di tale Stato membro.

La Corte sottolinea che, pur in assenza di disposizioni che esplicitamente autorizzano gli Stati membri a revocare il permesso di soggiorno, diversi argomenti militano in favore di detta possibilità quando sussistono imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico²⁶. Motivi questi ultimi che erano stati previsti a livello normativo solo in caso di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno.

Come osservato dalla Corte, con riferimento a quanto segnalato dall'Avv. Generale Sharpston nelle sue Conclusioni²⁷, quest'ultima possibilità era stata prevista su richiesta della Germania a seguito degli attacchi dell'11 settembre 2001

al fine di offrire agli Stati membri la possibilità di limitare, a talune particolari condizioni, la circolazione dei cittadini degli Stati terzi all'interno dello spazio Schengen, allo scopo di combattere il terrorismo e di contrastare in tal modo le minacce alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico.

La Corte, pertanto, interpreta la direttiva 2004/83 nel senso che un permesso di soggiorno, una volta rilasciato a un rifugiato, può essere revocato, in forza dell'articolo 24, paragrafo 1, per motivi imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico.

Si può, a tale riguardo, ritenere che questa interpretazione si ponga

A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 209 ss.

²⁶ V. § 52 della sentenza del 24 giugno 2015, *H.T. contro Land Baden-Württemberg*, C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413.

²⁷ V. § 68 delle conclusioni presentate l'11 settembre 2014.

in linea con l'art. 32, paragrafo 1 rubricato «Espulsione», della stessa Convenzione di Ginevra, per il quale «gli Stati contraenti non espelleranno un rifugiato residente regolarmente sul loro territorio, se non per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico».

Per quanto riguarda il quesito se il sostegno fornito da un rifugiato a un'associazione terroristica possa costituire un imperioso motivo di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, la Corte sottolinea che l'attività di supporto a un'organizzazione iscritta nell'allegato della posizione comune 2001/931/PESC²⁸ può configurare uno dei siffatti motivi anche quando si verifica solo una delle condizioni indicate alle lettere a) e b) dell'art. 21, paragrafo 2 (v. *supra*).

Per giungere a questa interpretazione la Corte esamina le nozioni di pubblica sicurezza, sicurezza nazionale e ordine pubblico in relazione al terrorismo internazionale.

È interessante notare come la Corte evidenzi che le nozioni di sicurezza nazionale²⁹ e di ordine pubblico siano state oggetto di interpretazione in relazione ad altri contesti e, in particolare, con riferimento agli artt. 27 e 28 della direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri³⁰.

Nonostante le differenti finalità di quest'ultima direttiva rispetto alla 2004/83, la Corte sottolinea «che la portata della protezione che una comunità intende accordare ai suoi interessi fondamentali non può variare a seconda dello status giuridico della persona che lede tali interessi». Pertanto, si può ben guardare alla nozione di pubblica sicurezza interpretata in quel contesto ed applicarla in quello esaminato dalla Corte. Si ribadisce così che nella nozione di pubblica sicurezza ricade

²⁸ Posizione comune del Consiglio, del 27 dicembre 2001, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo (GUUE L 344, p. 93). L'allegato alla posizione comune è stato modificato dalla decisione 2014/72/PESC del Consiglio (GUUE L 40, p. 56) ed è stato inserito il *Partiya Karkerên Kurdistan* («Partito dei lavoratori del Kurdistan» – «PKK», alias «KADEK», alias «KONGRA-GEL»), v. punto 16 dell'elenco.

²⁹ Emerge dalle sentenze della Corte una sostanziale equivalenza delle espressioni «sicurezza nazionale» e «pubblica sicurezza».

³⁰ In GUUE L 229 del 29 giugno 2004.

tanto la sicurezza interna di uno Stato membro quanto la sicurezza esterna e come

il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari, possono ledere la pubblica sicurezza³¹.

I giudici richiamano, inoltre, la medesima giurisprudenza per sottolineare che la nozione di «motivi imperativi di pubblica sicurezza» comprende un pregiudizio alla pubblica sicurezza di una gravità particolarmente elevata e sottolineata dall'impiego dell'espressione «motivi imperativi».

La Corte, richiamando la giurisprudenza sugli articoli 27 e 28 della direttiva 2004/38³², evidenzia che la nozione di ordine pubblico presuppone «oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società».

La Corte, inoltre, richiama il considerando 28 della direttiva 2004/83 per segnalare che le nozioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza possono essere invocate nel caso in cui un cittadino di un paese terzo faccia parte di un'organizzazione che sostiene il terrorismo internazionale o la supporti.

I giudici, tuttavia, non fanno discendere un automatismo tra l'appartenenza o il supporto a un'organizzazione terroristica e la revoca del permesso di soggiorno. L'autorità nazionale deve, procedere all'esame

³¹ Corte di giustizia, sentenza del 23 novembre 2010, *Land Baden-Württemberg c. Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, §§ 43-44. V. in tempi recenti in relazione al trattenimento di un richiedente asilo quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico la sentenza del 15 febbraio 2016, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84 e, in particolare, §§ 65-66 sulla nozione di ordine pubblico e di pubblica sicurezza.

³² Disposizioni relative alle limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica. V. Corte di giustizia sentenza *Byankov*, C-249/11, EU:C:2012:608, § 40.

dei fatti specifici dei quali è a conoscenza, al fine di stabilire se il sostegno all'organizzazione terroristica assuma il carattere di un'assistenza alla raccolta di fondi e di una regolare partecipazione a eventi organizzati da tale organizzazione. In altri termini, la circostanza che una persona abbia sostenuto un'organizzazione di quelle iscritte nell'elenco di cui all'allegato della posizione comune 2001/931, non può avere quale conseguenza automatica la revoca del suo permesso di soggiorno a norma dell'art. 24 della direttiva 2004/83³³.

È nell'ambito del controllo giurisdizionale della valutazione effettuata dall'autorità nazionale che bisogna verificare l'intensità del sostegno all'organizzazione

ricercando in particolare se abbia commesso egli stesso atti terroristici, se e in quale misura sia stato coinvolto nella pianificazione, nell'adozione di decisioni o nella direzione di altre persone al fine della commissione di atti di questo tipo, e se e in qual misura abbia finanziato tali atti o procurato ad altre persone i mezzi per commetterli.

5. *La sicurezza nazionale «europea»*

I casi esaminati confermano l'incidenza del diritto dell'Unione europea sulla definizione del concetto di sicurezza nazionale e sull'utilizzo delle clausole per limitare i diritti garantiti dall'ordinamento dell'UE.

Se, infatti, non è in discussione la competenza in ordine alle misure idonee a garantire la sicurezza interna ed esterna degli Stati membri, non può essere esclusa l'applicazione del diritto sovranazionale e la competenza dei giudici nazionali e della Corte di giustizia a verificare il corretto utilizzo delle clausole di deroga e garantire il rispetto della Carta dei diritti fondamentali. Questo è avvenuto in tempi recenti tanto nel caso *ZZ contro Secretary of State for the Home Department* che in *H.T. contro Land Baden-Württemberg*.

Nel primo caso la mancata comunicazione della motivazione circostanziata dei motivi che hanno comportato il divieto di ingresso nel ter-

³³ V., in particolare, i paragrafi 86-88 della sentenza.

ritorio di uno Stato membro a un cittadino dell'Unione europea per motivi di pubblica sicurezza/sicurezza nazionale è ammissibile purché sia limitata allo stretto necessario e venga comunicata all'interessato la sostanza di detti motivi tutelando «la necessaria segretezza degli elementi di prova».

Nel secondo caso, la Corte, da un lato, intende la normativa in materia di rifugiati fornendo un'interpretazione che, in assenza di un'espressa previsione, autorizza gli Stati a revocare il permesso di soggiorno quando sussistono imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico. Dall'altro, i giudici sottolineano che le autorità competenti devono valutare individualmente gli elementi di fatto specifici relativi alle azioni dell'associazione e del rifugiato, escludendo che si possa procedere automaticamente alla revoca.

In entrambi i casi la Corte di giustizia deve raggiungere un bilanciamento tra le esigenze di tutela della sicurezza e la garanzia dei diritti fondamentali. Questa operazione è sempre più frequente anche alla luce del fatto che l'espansione progressiva delle competenze dell'Unione europea nel corso del processo di integrazione ha determinato con sempre maggior frequenza la possibilità dell'applicazione del diritto UE in vicende che solo apparentemente spettano al diritto interno degli Stati.

In questa sede si è focalizzata l'attenzione al settore delle misure anti-terrorismo di carattere preventivo, ma esistono altri settori in cui si registrano con sempre maggior frequenza notevoli frizioni tra l'applicazione del diritto UE e il ricorso degli Stati alla clausola della sicurezza nazionale quale manifestazione più classica della loro sovranità. Questa delicata opera di bilanciamento conduce di fatto all'uniformazione dei criteri di applicazione della clausola di sicurezza nazionale e in ultima analisi del concetto stesso di sicurezza nei casi di interazione con l'ordinamento dell'Unione europea³⁴.

³⁴ Sull'utilizzo della clausola di sicurezza nazionale nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo v. lo studio preparato dalla Research division del Consiglio d'Europa, *National security and European case-law*, in <https://rm.coe.int/CoERM/PublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168067d214>, 2013; v., inoltre, I. CAMERON, *National Security and the European Convention of Human Rights*, The Hague, 2000.

I “CIRCUITI” DELLA GIUSTIZIA E IL PERSEGUIMENTO DEL *BEST INTEREST* DEL MINORE STRANIERO NON ACCOMPAGNATO

Marta Tomasi

SOMMARIO: *1. I minori stranieri non accompagnati come catalizzatori di vulnerabilità e il ruolo dei servizi della Giustizia nella tutela dei loro diritti. 2. Fisiologici punti di tangenza fra dimensione esistenziale dei minori stranieri non accompagnati e servizi della Giustizia: a caccia dell'effettività delle tutele. 2.1. Il difficile coordinamento fra norme e istituzioni. 2.2. Potenzialità e disfunzioni dell'istituto della tutela. 2.3. L'accertamento dell'età. 3. I diritti dei minori stranieri non accompagnati nelle prassi del processo penale. Cenni. 4. Spunti conclusivi: vie di convergenza fra sistematizzazione e personalizzazione delle tutele.*

1. I minori stranieri non accompagnati come catalizzatori di vulnerabilità e il ruolo dei servizi della Giustizia nella tutela dei loro diritti

L'esigenza di rivolgere alle questioni relative al minore straniero non accompagnato (MSNA) particolare attenzione all'interno del nostro ordinamento deriva da una convergenza di fattori che contribuisce a rendere la tematica particolarmente delicata e il perseguimento dell'obiettivo della realizzazione del *best interest* di questi soggetti particolarmente ostico.

In primo luogo, si rileva come nella posizione di questi esseri umani si sommino almeno due profili di vulnerabilità: quello dovuto alla minore età e quello derivante dalla frequente condizione di irregolarità nella quale si trovano sul territorio nazionale.

La posizione giuridica del minore straniero extracomunitario si colloca, di conseguenza, all'incrocio tra due corpi normativi, ispirati a criteri orientatori di segno, almeno in parte, opposto: su un fronte, la disciplina orientata alla regolamentazione del fenomeno migratorio, volta a bilanciare i diritti degli stranieri con interessi che ad essi possono con-

trapporsi, come, ad esempio, esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato. Sull'altro, l'insieme di norme volte alla tutela del minore e, dunque, a realizzare un obiettivo di protezione di un soggetto universalmente riconosciuto nella sua intrinseca condizione di vulnerabilità. L'assenza di legami familiari¹ acuisce evidentemente la criticità di questa condizione, rendendo i MSNA maggiormente esposti a rischi di marginalità sociale e a forme di sfruttamento. Come è stato efficacemente sostenuto:

il minore straniero può essere definito con una certa approssimazione, come un costrutto sociale, ossia il prodotto dell'interrelazione tra le costruzioni e le rappresentazioni sociali del minore e dello straniero; entrambe sono caratterizzate da una forte ambivalenza che si traduce nel binomio tra tutela e controllo e in sostanza tra inclusione ed esclusione².

Il secondo elemento che contribuisce a mettere in evidenza l'elevato grado di sensibilità dei temi in questione è di carattere quantitativo: i dati più aggiornati, riportati a settembre 2016 dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, fanno riferimento a 14.225 MSNA dei quali è stata censita la presenza sul territorio nazionale. Il rapporto semestrale di agosto, redatto in ottemperanza a quanto imposto dalle previsioni di legge³, evidenzia il recente costante incremento delle presenze censite: il numero di MSNA presenti al 31 agosto 2016 superava del 55% le presenze registrate l'anno precedente e del 19% le presenze di aprile dello stesso anno.

¹ Tale dato, peraltro, va verificato caso per caso, in particolare se si considera che la più ricorrente definizione di MSNA si riferisce a minori stranieri privi di assistenza legale, con la conseguenza che rientrano in questa categoria anche minori ospitati presso componenti del nucleo familiare. Per due definizioni differenti di MSNA si veda, *infra*, la nota 3.

² G. PETTI, *Il male minore. La tutela dei minori stranieri come esclusione*, Verona, 2004, 42.

³ La redazione dei report è prevista dall'articolo 33 del d.lgs. n. 286/1998, dall'art. 19, co. 5 del d.lgs. n. 142/2015, nonché dagli artt. 2 e 5 del D.P.C.M. n. 535/1999.

Un terzo profilo di criticità deriva dalle difficoltà che si incontrano nel tentativo di tracciare i confini della multiforme categoria dei minori stranieri non accompagnati⁴. Su questa attività incidono due variabili.

La prima è legata al problematico inquadramento della situazione familiare del minore: a partire dal 2008 la Direzione Generale dell’immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali svolge il compito di ricercare i familiari dei MSNA⁵, avvalendosi anche della collaborazione dell’Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, incaricata dello svolgimento di un’analisi socio-economica del contesto di provenienza del minore (*family tracing and assessment*). I risultati delle indagini familiari – che molto spesso si rivelano di complessità estrema – forniscono elementi preziosi nel perseguimento del superiore interesse del minore e, in particolare, nell’individuazione delle più opportune soluzioni di lungo periodo (calibrare i percorsi di accoglienza e integrazione in Italia o valu-

⁴ Le definizioni che si possono incontrare non sono univoche. Per esempio, mentre il d.lgs. n. 142/2015 specifica che il minorenne non accompagnato è «lo straniero di età inferiore agli anni diciotto che si trova, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, privo di assistenza e rappresentanza legale», in un’ottica maggiormente inclusiva, il Commento Generale n. 6 alla Convenzione ONU sui Diritti dell’Infanzia e dell’Adolescenza del 3 giugno 2005 “Trattamento dei bambini separati dalle proprie famiglie e non accompagnati, fuori dal loro paese d’origine” specifica che nell’espressione “minorenni non accompagnati” sono compresi i “minorenni soli” («Minori separati dai genitori o da altri parenti privi quindi delle cure di un adulto che, per legge o per consuetudine, ha tale responsabilità») e i “minorenni separati” («Minori separati dai genitori o da altri parenti che, per legge o per consuetudine, si sono presi cura di loro ma non necessariamente da altri parenti»). Sull’evoluzione della nozione nella legislazione italiana e per una panoramica delle diverse definizioni della categoria, si veda, per esempio G. CAMPANI, Z. LAPOV, F. CARCHEDI, *Le esperienze ignorate: giovani migranti tra accoglienza, indifferenza, ostilità*, Milano, 2002, 21 ss. e, di recente, G. PILUSO, *Il rischio di “default” per la ragion di Stato? La disciplina sui “minori stranieri non accompagnati” e la recente attuazione delle direttive comunitarie, con particolare riguardo alla realtà dei comuni siciliani*, in *Federalismi.it*, 10/2016, 6.

⁵ A norma dell’art. 2, co. 2, lett. f, del D.P.C.M. n. 535/99, la Direzione generale «svolge compiti di impulso e di ricerca al fine di promuovere l’individuazione dei familiari dei minori presenti non accompagnati, anche nei loro Paesi di origine o in Paesi terzi, avvalendosi a tal fine della collaborazione delle competenti amministrazioni pubbliche e di idonei organismi nazionali ed internazionali».

tare l'opportunità di un rimpatrio volontario assistito con relativo progetto di reintegrazione).

Il secondo punto nodale è legato alla centralità della questione relativa al funzionamento e all'effettività delle procedure utili ad accertare l'età anagrafica di un soggetto. Evidentemente, l'identificazione della persona come MSNA può produrre conseguenze di estremo rilievo dal punto di vista del trattamento della stessa, essendo questa la chiave di accesso ad un regime giuridico di certo favore. Differenti sono infatti le possibili ripercussioni in punto di applicazione delle regole di diritto dell'immigrazione, di diritto amministrativo e di diritto penale⁶.

In questo intrico di problematiche di diversa rilevanza e portata, un dato fermo riguarda l'elevata frequenza con la quale il MSNA entra in contatto con l'ambito della Giustizia. Si tratta di un aspetto che rappresenta non tanto un incidente episodico ed eventuale, quanto un elemento fisiologico e imprescindibile della vita del minore straniero non accompagnato nel nostro ordinamento.

2. Fisiologici punti di tangenza fra dimensione esistenziale dei minori stranieri non accompagnati e servizi della Giustizia: a caccia dell'effettività delle tutele

Dal punto di vista della fisiologia dell'ordinamento, i servizi della Giustizia giocano un ruolo fondamentale nel proteggere e tutelare la figura del minore, essendo coinvolti in una molteplicità di fasi determinanti per la realizzazione di tale obiettivo e intervenendo come regia rispetto alle azioni che spettano ai diversi soggetti incaricati della accoglienza e cura dei MSNA⁷.

⁶ Su questi profili si tornerà più estesamente nel prosieguo.

⁷ In questo senso, si pensi per esempio alla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo *Scozzari e Giunta c. Italia* (13 luglio 2000), che, in tema di affidamento, ha introdotto il principio secondo il quale i Tribunali per i Minorenni hanno il dovere di vigilare sull'operato dei servizi sociali, non conformandosi in maniera incondizionata alle relazioni presentate (per un commento, A. SONAGLIONI, *Monito della Corte di Strasburgo i tribunali per i minorenni: maggiore vigilanza sul lavoro dei Servizi sociali e dei soggetti affidatari*, in *Minori Giustizia*, 3, 2000, 149-164).

Un approccio olistico all’idea di presa in carico dei MSNA da parte delle istituzioni comporta, infatti, non solo l’operatività dei meccanismi di accesso alla protezione internazionale o umanitaria, di competenza dell’autorità amministrativa o di quella giudiziaria civile in caso di ricorso avverso decisioni negative delle Commissioni, ma anche il ricorso agli istituti che garantiscono la tutela di tutti gli altri diritti della persona di minore età, la cui attivazione è di competenza dell’autorità giudiziaria, attualmente individuata nel Giudice tutelare e nel Tribunale per i minorenni.

Alcuni fattori, però, contribuiscono a rendere difficoltosa, nella pratica quotidiana, l’effettività della tutela che l’ordinamento si prefigge di garantire. Fra questi, si possono menzionare le ricorrenti difficoltà di raccordo fra norme di diversa produzione e fra diverse autorità e, in particolare, fra uffici giudiziari minorili, il carattere obsoleto del modello sul quale è incentrato l’istituto della tutela e, come in parte anticipato, i ritardi e le incertezze che affliggono il procedimento di accertamento dell’età anagrafica⁸.

Una rapida disamina di questo tessuto articolato e complesso costituisce un prezioso banco di prova per verificare come, in particolare nell’assistenza e nella gestione dei MSNA, sia necessario abbandonare la logica emergenziale della contingenza e muovere verso la costruzione di politiche di sistema che siano effettivamente in grado di far fronte a un fenomeno ormai evidentemente strutturale e consolidato. D’altro canto, queste azioni sistematiche dovrebbero essere consapevoli della specificità della materia e, dunque, del dovuto interesse alla personalizzazione degli interventi.

2.1. Il difficile coordinamento fra norme e istituzioni

La molteplicità di norme, provenienti da fonti diverse e di diverso valore, che intervengono in questo ambito esita in una realtà applicativa complessa e spesso frammentaria.

⁸ Il quadro d’insieme che emerge da questi profili problematici si legge fra le righe del documento di proposta *Verso un sistema di tutela dei MSNA*, approvato dall’Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza il 20 novembre 2015.

I punti di riferimento originari possono essere trovati, oltre che nell'art. 10 della Costituzione, nella norma cardine contenuta nell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, relativa al perseguimento del suo superiore interesse⁹ e nell'art. 3 della Risoluzione del Consiglio d'Europa del 26 giugno 1997, secondo il quale

i minorenni non accompagnati indipendentemente dal loro *status* giuridico, dovrebbero aver diritto alla protezione e alle cure elementari necessarie, in conformità del diritto interno dello Stato membro in questione.

Nell'ordinamento italiano a questo obbligo si dà adempimento per mezzo delle norme sull'apertura della tutela, contenute nel codice civile, sulle quali si tornerà a breve, di quelle previste dalla legge n. 184/1983 in tema di affidamento e adozione, di quelle del Testo Unico sull'Immigrazione e di quelle, più recenti, previste dal d.lgs. n. 142/2015¹⁰.

Là dove sia rilevata la presenza di un MSNA sul territorio, il primo soggetto chiamato a intervenire è il Ministero dell'Interno. Ai sensi dell'art. 9 della legge n. 184/1983, chiunque trovi un minore non accompagnato – ma anche lo stesso minore – può recarsi presso la pubblica autorità affinché questa, ex art. 403 c.c., proceda alla collocazione del minore in luogo sicuro, in attesa di una collocazione definitiva¹¹.

Alla collocazione provvisoria del minore in una struttura di accoglienza conseguiva inizialmente l'applicazione dell'art. 3 della legge

⁹ L'art. 3, co. 1 prevede infatti che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

¹⁰ Sulle modifiche introdotte dal decreto si veda J. MOYERSON, *Nuove norme in materia di minori stranieri, in particolare non accompagnati, richiedenti e non richiedenti protezione internazionale*, in *Minorigiustizia*, 4, 2015, 68-74.

¹¹ In particolare, co. 1 «I pubblici ufficiali, gli incaricati di un pubblico servizio, gli esercenti un servizio di pubblica necessità, debbono riferire al più presto al tribunale per i minorenni sulle condizioni di ogni minore in situazione di abbandono di cui vengono a conoscenza in ragione del proprio ufficio» e co. 4 «Chiunque, non essendo parente entro il quarto grado, accoglie stabilmente nella propria abitazione un minore, qualora l'accoglienza si protragga per un periodo superiore a sei mesi, deve, trascorso tale periodo, darne segnalazione al giudice tutelare».

n. 184/1983 che pone l'esercizio provvisorio dei poteri tutelari in capo al legale rappresentante della struttura di accoglienza sino a che non sia nominato un tutore dall'autorità giudiziaria. Questa norma, che in sede di applicazione aveva generato non poche problematiche, è stata integrata dalle previsioni della legge n. 149/2001 che ha chiarito che l'incarico di tutore non possa essere rivestito in via definitiva da tali soggetti o da coloro che, anche gratuitamente, prestino la loro attività a favore delle comunità familiari o degli istituti di assistenza. Inoltre, in base a quanto previsto dall'art. 19, co. 6 del d.lgs. n. 142/2015 «[n]on possono essere nominati tutori individui o organizzazioni i cui interessi sono in contrasto anche potenziale con quelli del minore».

La previsione generale relativa alla collocazione in luogo sicuro, di per sé applicabile a tutti i presunti minorenni “in stato di abbandono”, trova specificazione ulteriore in riferimento ai minori stranieri non accompagnati. A fronte del divieto di espulsione del minorenne, introdotto dall'art. 19, co. 2, lett. a) del d.lgs. n. 286/1998 (Testo Unico dell'Immigrazione), è previsto che l'autorità di pubblica sicurezza dia immediata comunicazione della presenza di un minore straniero non accompagnato al giudice tutelare per l'apertura della tutela e per la nomina del tutore, a norma degli articoli 343 e seguenti del Codice civile, al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni e al Tribunale per i minorenni per la ratifica delle misure di accoglienza predisposte¹². La segnalazione dovrà pervenire anche al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, «con mezzi idonei a garantirne la riservatezza», al fine di assicurare il censimento e il monitoraggio della presenza dei minori non accompagnati¹³. Il quadro delle segnalazioni dovute è completato dall'art. 2, co. 7, Testo Unico dell'Immigrazione, ai sensi del quale

l'autorità giudiziaria, l'autorità di pubblica sicurezza e ogni altro pubblico ufficiale hanno l'obbligo di informare la rappresentanza diplomatica o consolare più vicina del Paese a cui appartiene lo straniero in ogni caso in cui essi abbiano proceduto ad adottare nei confronti di costui provvedimenti in materia di (...) tutela dei minori

¹² Art. 19, co. 5, d.lgs. n. 142/2015.

¹³ *Ibidem.*

salvo ovviamente il caso in cui si tratti di minore richiedente la protezione internazionale.

Queste norme, che forniscono solo un basilare punto di avvio per una macchina articolata e complessa, consentono però di percepire come la tutela dei MSNA non possa che passare per una rete di competenze interconnesse. È necessaria, insomma, una corralità di interventi che, solo se coordinati in maniera efficiente, consentono il raggiungimento di una tutela che, necessariamente, si estende oltre l'ottenimento di un valido titolo di soggiorno, per garantire un diritto pieno alla rappresentanza, alla protezione e alla promozione individuale.

Un coacervo di norme, quello descritto, che coinvolge diversi attori, coprotagonisti nell'intento di realizzare il miglior interesse del minore.

Accanto a tutte le attività condotte dalle autorità amministrative¹⁴, come si è sottolineato, e per quanto qui più interessa, un ruolo fondamentale è rivestito: i) dal giudice tutelare, incaricato dell'apertura della tutela, che, almeno per i richiedenti protezione internazionale, dovrà avvenire nelle quarantotto ore successive alla comunicazione alla questura¹⁵, e, eventualmente, dell'affidamento¹⁶; ii) dal Tribunale dei minori, incaricato dell'accertamento dell'età nei casi dubbi, dell'affidamento nel caso in cui manchi il consenso dei genitori o del tutore¹⁷, dei provvedimenti relativi all'ottenimento di un titolo valido di soggiorno, delle eccezionali ipotesi nelle quali sia possibile emanare un provvedimento di espulsione¹⁸, dell'attivazione di canali di comunicazione con le autorità dello Stato di origine, anche ai fini della verifica dello stato di abbandono.

¹⁴ Fra le quali particolare importanza rivestono tutti quei rilievi dei quali sono investite le autorità di pubblica sicurezza necessari ai fini dell'accertamento dell'identità del minore (di cui all'art. 5, co. 3, d.P.C.M. n. 535/1999) che sarà definita anche a seguito di un colloquio con il minore e con il mediatore culturale e, eventualmente, di una collaborazione con le rappresentanze diplomatico-consolari del paese di origine del minore. Sulle difficoltà legate a tali verifiche si veda, *infra*, 2.3.

¹⁵ D.lgs. n. 142/2015, art. 25, co. 1, lett. s), n. 3.

¹⁶ L'affidamento consensuale è previsto dall'art. 4, co. 1, legge n. 184/83.

¹⁷ Si tratta del c.d. affidamento giudiziale, previsto dall'art. 4 co. 2 legge n. 184/83 che rinvia agli artt. 330 e ss. del codice civile.

¹⁸ Art. 31, co. 4, d.lgs. n. 286/1998.

In questo ambito, più che in altri, la discrasia fra le regole previste e le prassi applicative si percepisce in maniera straordinariamente tangibile: tali disallineamenti derivano dalla necessità di coordinare, da un lato, diversi attori, dall'altro, diverse norme.

In riferimento al primo profilo, per esempio, particolarmente problematica è la prassi, attualmente piuttosto diffusa, di interrompere o sospendere le procedure già avviate nel momento in cui il minore sia spostato in un altro luogo o regione diversa da quello dello sbarco, del ritrovamento o della prima accoglienza¹⁹.

Quanto al secondo profilo, il coordinamento fra norme nate in epoche diverse, animate da differenti propositi e ispirate a logiche spesso divergenti è in molti casi esercizio molto complesso dal punto di vista operativo. Si pensi, per esempio, alle difficoltà che possono emergere, in sede di attuazione pratica, dai tentativi di allineamento fra le norme che disciplinano il nuovo sistema di accoglienza e quelle relative all'attivazione della tutela. Le prime, contenute nel d.lgs. n. 142/2015 disegnano un sistema organizzato in due fasi successive, che prevede che la permanenza presso strutture di prima accoglienza, volta all'identificazione e all'eventuale accertamento dell'età, nonché a ricevere informazioni sui diritti riconosciuti al minore, non possa durare più del tempo strettamente necessario e, comunque, non possa protrarsi per più di sessanta giorni²⁰. Le seconde, come visto, prescrivono una immediata attivazione dell'istituto della tutela²¹ che si dovrebbe aprire, in base alle regole del codice civile, «dove è la sede principale degli affari e interessi del minore»²². Evidentemente, nella maggior parte dei casi il luogo d'ingresso in Italia o il luogo di primo rinvenimento o soccorso non coincideranno con il luogo ove il minore troverà poi assistenza e accoglienza stabili.

Queste problematiche sono spesso superate facendo riferimento alla norma dell'ordinamento che attribuisce generici poteri tutelari agli

¹⁹ Questo fenomeno è evidenziato nel recente e già citato documento di proposta dell'Autorità Garante per l'infanzia, *Verso un sistema di tutela dei MSNA*, vedi *supra*, nota 8, 19.

²⁰ D.lgs. 142/2015, art. 19, co. 1.

²¹ D.lgs. 142/2015, art. 25, co. 1, lett. s), n. 3.

²² Art. 343 c.c.

“istituti di pubblica assistenza”²³ che, nel meritevole intento di non pregiudicare gli interessi dei minori nella prima e transitoria fase di accoglienza, rischia di entrare in rotta di patente collisione con il dettato normativo che, si è visto, mira ad evitare il possibile insorgere di conflitti di interesse²⁴.

2.2. Potenzialità e disfunzioni dell'istituto della tutela

Alle difficoltà derivanti dalle esigenze di coordinamento fra norme e di collaborazione fra diverse istituzioni, organi e uffici, si affiancano quelle legate all'operatività di un istituto risalente, creato per finalità che poco hanno in comune con il dovere di farsi carico, in maniera olistica, dei bisogni di vita di un soggetto vulnerabile.

La norma dell'ordinamento italiano che prevede, all'art. 343 c.c., la nomina di un tutore qualora entrambi i genitori di un minore siano deceduti o, per altre cause, non possano esercitare la responsabilità, può agevolmente essere estesa ai MSNA in ragione dell'effettiva e duratura lontananza dai genitori. La centralità di questo istituto è stata riconosciuta sin dalle regolamentazioni più risalenti che la inseriscono fra le «garanzie minime per tutti i minori non accompagnati»²⁵.

In passato si sono manifestati alcuni dubbi circa l'obbligatorietà di avviare questa soluzione per i minori stranieri non accompagnati, stante la coesistenza di una norma contenuta nel Regolamento del Comitato per i minori stranieri²⁶ che prevedeva la segnalazione al giudice tutelare

²³ Tali poteri sono individuati, in via generica, dall'art. 402, co. 1, c.c.: «Poteri tutelari spettanti agli istituti di assistenza - 1. L'istituto di pubblica assistenza esercita i poteri tutelari sul minore ricoverato o assistito, secondo le norme del titolo X, capo I di questo libro, fino a quando non si provveda alla nomina di un tutore, e in tutti i casi nei quali l'esercizio della responsabilità genitoriale o della tutela sia impedito (...)».

²⁴ Il riferimento va ai già citati art. 3 della legge n. 183/1984 e art. 19, co. 5 e 6 del d.lgs. 142/2015.

²⁵ Art. 3 della Risoluzione del Consiglio del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi (97/C 221/03), Gazzetta ufficiale n. C 21 del 19 luglio 1997.

²⁶ Il Comitato per i minori stranieri, organismo statale istituito ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. n. 286/1998 per garantire la tutela dell'effettivo esercizio dei diritti dei minori stranieri non accompagnati, è stato soppresso e i suoi compiti trasferiti alla Direzione

per l'apertura di una tutela eventuale, non in via generale ma «in caso di necessità» (art. 3)²⁷ e di quella prevista da una circolare del Ministero dell'Interno²⁸ che stabiliva il dovere per il Comitato per i minori stranieri di interessare sempre il giudice tutelare competente per la nomina di un tutore provvisorio ai sensi dell'art. 343 c.c.

Come si è visto, il più recente intervento normativo che, almeno per i richiedenti protezione internazionale, ha chiarito il superamento di queste perplessità è l'art. 16, co. 5 del d.lgs. n. 142/2015, a norma del quale l'autorità di pubblica sicurezza dà immediata comunicazione della presenza di un minore non accompagnato al giudice tutelare per l'apertura della tutela e per la nomina del tutore, a norma degli articoli 343 e seguenti del codice civile. La competenza, dunque, è attribuita in capo al giudice tutelare, in particolare a quello del luogo in cui il minore si trova.

Il ricorso a questo istituto può ingenerare, ancora una volta, disfunzioni nelle sue applicazioni pratiche. Queste derivano principalmente dal fatto che la disciplina codicistica del 1942 è orientata principalmente alla tutela patrimoniale mentre, in questo ambito, il tutore deve assumere la funzione di attore centrale per la protezione e la promozione dei diritti dei minori in tutti gli ambiti della vita.

Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ai sensi dell'art. 12, co. 20, del d.l. n. 95/2012 (convertito in legge n. 135/2012).

²⁷ Una critica a questa norma, di per sé incoerente con il sistema codicistico dell'istituto della tutela, in L. MIAZZI, *Il rimpatrio assistito del minore straniero: ancora un caso di diritto speciale?*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2000, 42, secondo cui «i requisiti per l'apertura della tutela sono chiari nel codice civile e in loro presenza l'apertura della tutela è un atto dovuto e non discrezionale che porta alla nomina di un tutore stabile, non provvisorio». Fra gli Autori che hanno sostenuto l'indispensabilità della tutela, con particolare efficacia G.C. TURRI, *Un tutore per i minori stranieri non accompagnati*, in *Minori Giustizia*, 1/2005, 133 e ID., *Minori stranieri non accompagnati: dalla legge Turco-Napolitano alla Bossi-Fini*, in *Minori Giustizia*, 3-4/2002, 68-71.

²⁸ Circolare del Ministero dell'Interno del 9 aprile 2001 relativa al permesso di soggiorno per minore età e al procedimento di competenza del Comitato per i minori stranieri.

In effetti la tutela, intesa come strumento minimo di garanzia per i diritti dei MSNA, è interpretata, anche a livello europeo, come istituto rispondente a una esigenza di tutela piuttosto ampia, essendo il tutore preposto a «provvedere in conformità della legislazione nazionale, affinché le esigenze, per esempio giuridiche, sociali, mediche o psicologiche, del minore siano debitamente soddisfatte»²⁹.

La sensibile distanza fra questo modello ideale e la realtà applicativa è messa in luce, per esempio, dal Rapporto di aggiornamento sullo stato di attuazione della Convenzione ONU che, a partire dal 2004, contiene un paragrafo sui minori stranieri non accompagnati. Gli ultimi report adottati, relativi agli anni 2013-2014 e 2014-2015, evidenziano, quale fondamentale oggetto di preoccupazione, la questione relativa alla tutela, ai ritardi e ai malfunzionamenti nella sua applicazione. La prassi più diffusa, infatti, è la nomina del Sindaco del luogo, che delega poi i servizi sociali ad esercitare tale funzione³⁰. A livello locale, in mancanza di “albi” e/o “elenchi” appositi riservati a persone adeguatamente scelte e formate³¹, il rischio è quello dell’affermarsi di procedimenti di selezione di tutori volontari sulla base di criteri non omogenei e spesso discrezionali, perché applicati dalle associazioni invece che dalle istituzioni locali. Queste prassi minano il ruolo cruciale del tutore – impegnativo tanto in termini di tempo, quanto in termini di risorse – che spesso si trova nell’impossibilità di rappresentare quella figura di riferimento che dovrebbe invece impersonare. La conseguenza immediata e

²⁹ Art. 5 della citata Risoluzione del Consiglio del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi (97/C 221/03), in Gazzetta ufficiale n. C 221 del 19 luglio 1997.

³⁰ Si vedano, per esempio, le recenti indicazioni fornite dal Tribunale per i minorenni di Milano: «Occorre precisare che l’apertura di una tutela comporta la nomina di un tutore, che nell’area del Distretto di Milano viene in genere disposta in capo all’ente locale di residenza (o di rintraccio e primo soccorso) del minore» (J. MOYERSON, *Sintesi della situazione dei Minori stranieri non accompagnati a Milano*, reperibile al link: <http://www.tribmin.milano.giustizia.it/it/Content/Index/28696>).

³¹ Nonostante alcuni pregevoli tentativi avviati dai Garanti regionali per l’infanzia. Si vedano, per esempio, specifiche esperienze in Veneto, nelle Marche, in Emilia Romagna, in Puglia, cui si fa riferimento nel VII rapporto di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza in Italia, reperibile al link <http://www.gruppocrc.net/IMG/pdf/VIIrapportoCRC.pdf>.

diretta è che, oggi, il numero di tutori attivi è insufficiente a dare soddisfazione alle esigenze di protezione delle migliaia di MSNA che entrano in Italia e a realizzare i percorsi di tutela individualizzati cui l’istituto dovrebbe tendere³².

A queste problematiche si sta cercando di dare risposta mediante recenti iniziative legislative. In questo senso, per esempio, la proposta di legge C. 1658-A (c.d. disegno di legge Zampa), approvata dalla Camera dei deputati nella seduta del 26 ottobre 2016, introduce una serie di modifiche alla normativa vigente in materia di minori stranieri non accompagnati al fine di definire una disciplina organica che rafforzi gli strumenti di tutela garantiti dall’ordinamento. Fra queste, l’art. 12 prevede l’istituzione presso i tribunali ordinari di un elenco di tutori volontari disponibili ad assumere la tutela di un MSNA o di più minori, quando la tutela riguarda fratelli o sorelle. All’elenco possono essere iscritti cittadini selezionati e formati dai Garanti regionali per l’infanzia e l’adolescenza, i quali possono collaborare con i tribunali ordinari (mediante protocolli d’intesa) per promuovere la nomina dei tutori volontari. Alcuni hanno criticato questo approccio che, pur contenendo elementi positivi, fra i quali evidentemente la sistematizzazione della materia, potrebbe, distinguendo i minori stranieri non accompagnati dai minori *tout court*, determinare divaricazioni che, ancor prima che essere giuridiche, potrebbero essere fattuali³³.

Ulteriore problema riguarda il fatto che, in genere, il giudice tutelare, di per sé organo poco avvezzo all’ascolto e al colloquio con i minori, non convoca il MSNA prima di adottare un provvedimento di nomina del tutore³⁴. Inoltre, una volta nominato l’ente locale tutore del mino-

³² Su tutti questi aspetti si vedano gli ultimi tre rapporti di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza in Italia, adottati dal Gruppo di Lavoro per la Convenzione sui diritti dell’Infanzia e dell’Adolescenza, reperibili al sito web <http://www.gruppocrc.net/-pubblicazioni-del-gruppo-crc>.

³³ Si veda il documento dell’Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione, ASGI, *Osservazioni sul progetto di legge A.C. n. 1658 sui minori stranieri non accompagnati*, 21 maggio 2014, reperibile all’indirizzo <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2014/05/Parere-ASGI-PDL-A.C.-1658-21.5.2014.pdf>.

³⁴ Questi profili problematici sono stati messi in rilievo nel corso dell’audizione che ha accompagnato i lavori relativi al progetto di legge Zampa: si veda il resoconto stenografico della *Indagine conoscitiva nell’ambito dell’esame della proposta di legge*

re, il Giudice tutelare non effettua una effettiva vigilanza sull'andamento del collocamento e del progetto predisposto dalla comunità, soprattutto a seguito della riforma introdotta dall'art. 19 c. 5 del d.lgs. 142/2015³⁵.

Tutti questi aspetti fanno emergere l'esigenza, in più sedi rilevata, di ripensare a una procedura effettivamente centrata sulla figura del minore, allontanando la tutela dal modello burocratico originariamente previsto dal Codice del 1942 per riquificarla in termini di strumento idoneo a realizzare una effettiva forma di tutela *ad personam*.

2.3. L'accertamento dell'età

Un secondo momento fisiologico di contatto fra MSNA e sistema giustizia deriva dalla necessità, in alcuni casi, di procedere all'accertamento dell'età del soggetto³⁶.

Si tratta di un passaggio fondamentale, poiché essere identificato come minore costituisce il presupposto essenziale per beneficiare delle misure di protezione riservate a questa categoria di soggetti, come per esempio il divieto di espulsione, e comporta rilevanti conseguenze in punto di imputabilità³⁷ e di competenza degli organi giudiziari ed amministrativi³⁸.

Ciononostante, il quadro normativo, da sempre inconsistente e frammentario, si è concretizzato in applicazioni variegata e difformi a

C. 1658 Zampa, recante modifiche al Testo Unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e altre disposizioni concernenti misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, seduta n. 1 del 10 settembre 2014, 11.

³⁵ J. MOYERSON, *Sintesi della situazione dei Minori stranieri non accompagnati a Milano*, cit.

³⁶ M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Quando è importante l'accertamento dell'età dei minori stranieri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2013, 56 ss.

³⁷ Il diritto penale prevede infatti la non imputabilità del minore infraquattordicenne.

³⁸ La normativa attribuisce infatti la competenza al Tribunale per i minorenni e al Dipartimento per la giustizia minorile se il ragazzo è infradiciottenne al momento della commissione del reato, al Tribunale ordinario e al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria negli altri casi.

livello locale³⁹. Di recente, la situazione è in parte migliorata grazie all’approvazione da parte della Conferenza delle Regioni e delle Province del Protocollo per identificare l’età dei minori stranieri non accompagnati⁴⁰. Tale documento mira a far fronte alla mancanza di una chiara sequenza condivisa tra diversi soggetti istituzionali di atti/azioni da compiere per la valutazione dell’età anagrafica della persona e a risolvere quella variabilità di comportamenti assunti nel territorio nazionale che ha messo per lungo tempo a repentaglio la tutela dei diritti dei minori.

In base a quanto oggi previsto, nel caso in cui, a seguito di un colloquio con la persona e a fronte dell’impossibilità di reperire informazioni o documenti idonei all’identificazione, emergano fondati dubbi circa la maggiore o minore età dichiarata, l’autorità pubblica potrà chiedere all’Autorità Giudiziaria di disporre il ricorso all’accertamento olistico multidisciplinare per l’accertamento dell’età.

Nel corso delle audizioni che hanno accompagnato lo svolgimento dei lavori relativi alla citata proposta di legge Zampa è emerso, ancora una volta, un problema relativo al rapporto fra il modello di gestione idealmente ipotizzabile e la concreta applicabilità dello stesso. In generale, pur essendosi espresso un atteggiamento di favore nei confronti di una giurisdizionalizzazione della procedura per l’accertamento dell’età, si sono contestualmente rilevate le sensibili difficoltà che gli uffici giudiziari, per la loro strutturazione attuale, potrebbero incontrare. Tali complicazioni deriverebbero, in particolare per il giudice tutelare, sia dal forte carico di lavoro che tale ufficio presenta, sia dalla sua scarsa

³⁹ In L. BENSO, S. MILANI, *Alcune considerazioni sull’uso forense dell’età biologica*, pubblicato sul sito dell’Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione si rilevano le difficoltà che le scienze biologiche stesse incontrano in questi ambiti e si evidenzia la necessità di analisi di carattere complementare: «l’età “biologica” o “fisiologica” ricavabile dall’esame di caratteristiche maturative individuali, quali lo sviluppo puberale, la maturazione scheletrica, l’ecografia utero-ovarica e i dosaggi ormonali, non consente di stabilire con esattezza l’età cronologica di una persona priva di documenti. È questo un chiaro esempio della difficoltà che le Scienze Biologiche, il cui linguaggio è essenzialmente probabilistico, hanno nel dialogare con le Scienze Giuridiche, che richiedono ragionevoli certezze».

⁴⁰ Il Protocollo è reperibile al seguente link <http://www.regioni.it/download/conferenze/447959/>.

familiarità con forme di ascolto e colloquio diretto con i minori⁴¹. Gli organi della Giustizia potrebbero, anche in questo caso, fungere da snodo per la realizzazione del *best interest* dei minori, ma sembrano soffrire, in concreto, di deficit strutturali che li rendono inadatti alla funzione di personalizzazione degli interventi e delle azioni che, in astratto, potrebbero rivestire.

3. I diritti dei minori stranieri non accompagnati nelle prassi del processo penale. Cenni

Muovendo dal versante dei rapporti fisiologici fra MSNA e il sistema giustizia verso rapporti eventuali, derivanti da eventi di natura patologica, alcune brevi riflessioni possono essere avanzate riguardo al funzionamento dei meccanismi del processo penale minorile.

Questo, secondo le più note ricostruzioni, dovrebbe tendere alla realizzazione di una doppia funzione che sia, insieme, sanzionatoria ed educativa e dovrebbe, quindi, essere ispirato ai due principi orientatori della minima offensività del processo e della residualità del carcere, in linea con lo scopo del recupero del minore⁴².

L'analisi dei dati raccolti dal Dipartimento Giustizia minorile e di comunità del Ministero della Giustizia nel 2016⁴³ evidenzia una realtà effettivamente problematica. Per quanto riguarda l'affidamento agli Uffici di servizio sociale per i minorenni, che dovrebbero seguire i minori in tutte le fasi del processo e, in particolare, nell'attuazione di provvedimenti che non comportino una completa limitazione della libertà, fra il 2007 e il 2015, su un totale di 20.538, sono 4.625 i soggetti di nazionalità straniera⁴⁴. Fra i servizi residenziali della Giustizia minorile, invece, se si guardano i numeri relativi agli ingressi negli istituti penali per i minorenni, nel medesimo periodo, si nota che il rapporto si

⁴¹ Si veda il resoconto stenografico della *Indagine conoscitiva nell'ambito dell'esame della proposta di legge C. 1658 Zampa*, sopra citata.

⁴² F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, 2002, 97 ss.

⁴³ Si veda il report *I Servizi della Giustizia minorile. Dati statistici*, 30 aprile 2016, pubblicato sul sito del Ministero della Giustizia.

⁴⁴ Tabella n. 1, p. 4, nel report citato.

modifica sensibilmente con 562 stranieri su un totale di 1068⁴⁵. Nonostante una generale tendenza positiva verso un sensibile calo dei minori presenti negli istituti, si rileva come momenti di risalita del trend (per esempio fra il 2014 e il 2015) siano dovuti tendenzialmente a un aumento degli ingressi della popolazione straniera. L’evidenziato maggior ricorso al carcere (sia in fase cautelare che per l’esecuzione della condanna) per gli stranieri e una ben più scarsa applicazione di istituti quali la messa alla prova e l’irrelevanza del fatto sono difficilmente raccordabili con i principi ai quali si è fatto riferimento in apertura di paragrafo, ed evidenziano una manifesta disfunzione del sistema, con la conseguenza della creazione di una sostanziale disegualianza nell’usufruire di misure meno afflittive rispetto ai minori italiani.

Questa situazione è spiegabile, almeno in parte, se si considerano alcuni elementi critici nella protezione effettiva dei diritti dei minori stranieri, in particolare quelli non accompagnati, all’interno dei processi penali⁴⁶. Si tratta dell’applicazione pratica di tutta una serie di garanzie, previste dal d.P.R. n. 448/1988⁴⁷, ulteriori rispetto a quelli che generalmente interessano i processi nei quali sono coinvolti gli adulti⁴⁸ e di fondamentale importanza, considerato il ruolo centrale che la partecipazione attiva del minore dovrebbe giocare in ogni fase del processo.

Il primo problema rilevato deriva dalla frequente contumacia dell’imputato minorenni, spesso dovuta a malfunzionamenti nei processi di identificazione e nella raccolta delle dichiarazioni relative all’elezione di domicilio. Questa circostanza è particolarmente grave se si considera che il processo minorile è costruito sull’importanza della partecipazione attiva e il coinvolgimento diretto dell’imputato, tanto che l’ordinamento prevede norme come quella contenuta nell’art. 31 del

⁴⁵ Tabella n. 19, p. 16, nel report citato.

⁴⁶ Una interessante sintesi di questi aspetti pratici in A. LUCHELLI, *Limiti della difesa penale del minore straniero*, pubblicato sul sito della Camera minorile di Milano, all’indirizzo www.cameraminorilemilano.it/wp-content/uploads/2015/10/ppmstraniero_3.doc.

⁴⁷ Codice del processo penale minorile, d.P.R. n. 448 del 22 settembre 1988.

⁴⁸ In generale sul diritto ad essere assistito da un interprete, alla conoscenza del processo, all’accesso al patrocinio a spese dello Stato, si veda L. BUSATTA, *L’effettività del diritto d’accesso alla giustizia per gli stranieri*, in questo Volume, 447 ss.

d.P.R. 448 del 1988 che conferisce al giudice il potere di disporre l'accompagnamento coattivo del minore non comparso. Il dato, inoltre, rende faticosa l'applicazione di norme dirette a facilitare l'uscita del minore dal circuito della Giustizia penale: queste richiedono il consenso dell'imputato minorenni perché il Giudice dell'Udienza Preliminare possa emettere sentenza di non luogo a procedersi per assoluzione, proscioglimento, perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto⁴⁹.

Ulteriori ostacoli si riscontrano nell'attivazione di canali di accesso a misure alternative al carcere, principalmente determinati dalle difficoltà di inserimento nel tessuto a causa della scarsità di risorse familiari o ambientali.

L'assenza dei genitori o i ritardi nella nomina del tutore che, come si è visto in precedenza, non sono dati infrequenti, rendono infungibili le garanzie che trovano fondamento nelle norme relative all'obbligo di notifica di determinati atti a pena di nullità degli stessi. Nella prassi, spesso si tratta di nullità che non vengono rilevate e che possono produrre conseguenze negative anche in termini di possibilità di impugnazione delle decisioni.

Quanto ai risultati del processo, capita spesso che le sentenze di condanna restino ineseguite e che le finalità educative risultino scarsamente perseguite o risolte in programmi di scarsa concretezza data l'instabilità della condizione dei MSNA sul territorio nazionale. Con riferimento alle misure alternative alla detenzione, applicabili anche a minori stranieri non accompagnati⁵⁰, è evidente l'esistenza di una so-

⁴⁹ Cfr. art. 32, co. 2 d.P.R. n. 448/1998 e Corte costituzionale, sentenza n. 195 del 2002. Si osserva come, l'iscrizione della vicenda penale nel certificato penale possa, per il minore straniero, produrre conseguenze particolarmente pregiudizievoli, in particolare con riferimento alle procedure per il rinnovo di un valido titolo di soggiorno. Cfr. F. MAZZUCHELLI (a cura di), *Viaggio attraverso i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, Milano, 2006, 126.

⁵⁰ Sul punto si è espressa la Corte di Cassazione, che ha affermato il principio secondo cui le misure alternative alla detenzione possono essere applicate anche allo straniero extracomunitario entrato illegalmente nello stato e senza permesso di soggiorno (Cassazione a SS.UU. 27.04.2006 n. 14500), e la Corte costituzionale che, con sentenza n. 78 del 2007, ha espressamente dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge n. 354/1975 nella parte in cui si interpretino dette norme come non applicabili allo straniero extracomunitario entrato illegalmente sul territorio.

stanziale diseguaglianza nell’usufruire di misure meno afflittive, la cui applicazione, come anticipato, risulta spesso ostacolata dall’instabilità dei contesti socio-famigliari di riferimento⁵¹.

L’aspirazione alla personalizzazione⁵² e il principio di adeguatezza alla personalità del minore nell’applicazione delle norme, che dovrebbero animare lo svolgimento del processo penale minorile, risultano, in definitiva, inficiati in maniera prepotente dalle caratteristiche della situazione del minore straniero non accompagnato e dalle disfunzioni del sistema di tutele alle quali si è fatto riferimento.

4. Spunti conclusivi: vie di convergenza fra sistematizzazione e personalizzazione delle tutele

I profili considerati si proponevano di mettere in luce, seppur in via parziale e asistemica, i punti di tangenza – fisiologici e necessari, patologici ed eventuali – fra diversi “circuiti” della Giustizia e la delicata condizione di vita dei minori stranieri non accompagnati, nelle cui figure si sommano molteplici profili di vulnerabilità.

È emerso un quadro composito all’interno quale l’obiettivo finale della tutela e dell’assistenza dei MSNA si compone per mezzo di una rete articolata alla quale partecipano una pluralità di attori, in parte afferenti ai servizi della Giustizia. Il panorama attuale è innegabilmente caratterizzato da una frammentarietà della normativa e da frequenti e consolidate forme di scollamento fra le garanzie astrattamente previste

⁵¹ L’esigenza di assicurare ai minori stranieri detenuti o sottoposti a processo penale una gamma di misure cautelari, di sanzioni e di misure non detentive, di misure alternative con le stesse modalità previste per gli altri imputati autori di reati, evitando ingiustificate limitazioni derivanti dal loro status, è stata messa in evidenza in una raccomandazione del Consiglio d’Europa (Raccomandazione (2012) 12) sulla condizione e sui diritti dei minori stranieri detenuti o sottoposti a procedimenti penali. La raccomandazione è reperibile al link: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_tavolo14_allegato8.pdf.

⁵² Significativo il fatto che l’accertamento sulla personalità da parte dell’Autorità giudiziaria sia richiesto, per i minori stranieri, in misura minore rispetto ai cittadini italiani. Così V. CONDRÒ ET AL., *Primo Rapporto sulla devianza minorile in Italia: I numeri pensati*, Roma, 2016, 61.

dal formante legislativo e il diffondersi di prassi che spesso da queste si discostano, in maniera anche piuttosto marcata.

In particolare, gli esempi fatti mostrano una evidente difficoltà nel rendere gli istituti preposti alla tutela dei MSNA, nella loro applicazione pratica, effettivamente funzionali. Come si è visto, questi spesso mancano nel mostrare sensibilità nei confronti delle specificità del caso concreto e nel garantire una reale personalizzazione degli interventi, delle strategie e delle tutele. Difficoltà legate, da un lato, all'assenza di un quadro legislativo di sistema, dall'altro, alla multiformità delle situazioni da considerare e all'inadeguatezza di alcuni strumenti, introdotti in momenti storici non avvezzi alle dimensioni e alle esigenze dei flussi migratori contemporanei.

In quest'ottica, è stata ferma la reazione di dissenso rivolta alle recenti proposte di modifica volte alla soppressione del Tribunale dei minorenni e l'ufficio del pubblico ministero presso lo stesso. L'Unione nazionale delle Camere minorili, all'inizio del 2016⁵³, ha lamentato che la modifica proposta mancherebbe di considerare l'impossibilità di equiparare e parificare l'amministrazione della giustizia in ambito minorile agli schemi della Giustizia ordinaria, poiché sarebbe necessario

garantire una effettiva e concreta specializzazione dei magistrati e di tutti coloro che, a qualunque titolo, si occupano delle questioni afferenti a persone minori di età, in special modo se si tratti di intervenire per l'attuazione del fondamentale principio di tutela e promozione dell'infanzia e dell'adolescenza favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

⁵³ Si veda la nota *Riforma Giustizia: il pericolo dell'abolizione del Tribunale e della Procura Minorenni*, pubblicata sul sito dell'Unione all'indirizzo <http://lnx.camereminiorili.it/riforma-giustizia-il-pericolo-dellabolizione-del-tribunale-e-della-procura-minorenni/>. In particolare, l'emendamento 1.25 (approvato durante la seduta del 27 gennaio 2016 dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in sede referente), in relazione al d.d.l. C. 2953 Governo e C. 2921 Colletti, prevede alla lett. b) punto 2) del comma 1 di «sopprimere il tribunale per i minorenni e l'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni, introducendo le conseguenti necessarie abrogazioni e modifiche delle disposizioni vigenti».

Diversamente si concretizzerebbe lo spettro di forme di “annientamento della cultura minorile” e di lesioni dirette dei principi costituzionali, di diritto internazionale e di diritto europeo.

Al di là delle specifiche vicende, quindi, emerge ancora con forza la responsabilità qualificata della quale le istituzioni della Giustizia sono portatrici nei confronti di soggetti che, considerate le loro condizioni, necessitano, come e più degli altri, di tutele personalizzate e attente.

IMMIGRAZIONE E GIUSTIZIA PENALE: PROBLEMI DI EFFETTIVITÀ DELLE GARANZIE

DIRITTO DI DIFESA DELLO STRANIERO DETENUTO

Giovanni Guarini

SOMMARIO: 1. Le difficoltà degli stranieri in carcere. 2. Alcuni strumenti per garantire il diritto alla comprensione della lingua italiana ed il diritto di difesa. 3. Le misure alternative al carcere per lo straniero irregolare. 4. La condizione dello straniero all'esito della scarcerazione, in particolare sul rinnovo del permesso di soggiorno durante la detenzione.

1. Le difficoltà degli stranieri in carcere

Secondo i dati disponibili provenienti dal Ministero della Giustizia ed aggiornati al 31 marzo 2016, i detenuti stranieri presenti negli istituti penitenziari sono 17.920 sul totale di 53.495 della popolazione carceraria, pari al 33,49%, con percentuali superiori negli istituti dell'Italia settentrionale fino ad arrivare al picco più elevato che si registra negli istituti penitenziari del Trentino-Alto Adige, nei quali la percentuale di stranieri presenti rispetto al numero totale sale fino al 71,42% (sono 310 sul totale di 434).

Nella pratica quotidiana i detenuti stranieri sono spesso la parte maggiormente vulnerabile dei presenti negli istituti di pena. La conseguenza prevedibile è il crescente scollamento fra le garanzie previste dall'ordinamento penitenziario e la loro effettiva applicazione.

Come è noto, le norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà sono contenute nella legge 26 luglio 1975, n. 354. In particolare l'art. 1 ai commi 1 e 2 della menzionata disposizione prevede che:

il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Il trattamento è impronta-

to ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose.

Si tratta all'evidenza di precetti attuativi dell'art. 27 co. 2 della Costituzione, laddove si stabilisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

In molti dei casi che vedono protagonisti i detenuti stranieri, questi principi rimangono “lettera morta”. La condizione sociale di provenienza dall'esterno si riproduce nella vita detentiva, le precarie condizioni di vita sociale e familiare creano una deroga alla possibilità di fruire dei benefici penitenziari previsti dalla legge e, quindi, si crea, in antitesi ai principi di uguaglianza di trattamento penitenziario, un “doppio binario” italiani-stranieri, che vede questi ultimi, forzatamente, per maggior tempo presenti negli istituti di pena.

Gli stranieri in carcere spesso sono i più vulnerabili, per varie ragioni: non possiedono i più basilari prerequisiti lavorativi, non sono in possesso del permesso di soggiorno, non hanno un lavoro regolare, vivono lontano dalla propria famiglia, conoscono pochissimo la lingua italiana, hanno forme di disagio psicologico, hanno malattie a causa della trascuratezza sanitaria, hanno dipendenze (fanno uso massiccio di psicofarmaci, hanno problemi di alcolismo o di tossicodipendenza).

Ad esempio, vivendo lontano dalla propria famiglia, gli stranieri sono soggetti ad una mobilità elevata all'interno del carcere: nel caso di posti in sovrannumero i primi ad essere trasferiti da una casa circondariale ad un'altra sono proprio loro, non avendo familiari presenti in loco che possono fruire del diritto di visita. Non posso a tal proposito dimenticare uno straniero incontrato nel corso della mia attività professionale che nel corso di due anni di detenzione era stato trasferito da sud a nord della penisola: Enna, Rimini, Busto Arsizio, fino a Trento, istituto in cui lo incontrai.

Questo fenomeno di “turismo penitenziario” ha evidenti riflessi in tema di svolgimento effettivo dell'attività trattamentale all'interno del carcere: la perenne precarietà non permette ai detenuti di partecipare a corsi di lingua, laboratori per imparare un mestiere, divengono ultimi

fra gli ultimi, esposti più di altri a problematiche psicopatologiche ed a ribellioni all'interno della struttura¹.

Un'ulteriore condizione di quasi insormontabile isolamento è cagionata dalla mancata o scarsissima conoscenza della lingua italiana. La scarsa conoscenza della lingua determina difficoltà nel comunicare i propri dati all'educatore e quindi nella redazione di un trattamento individualizzato, nel richiedere benefici penitenziari, nel fare le "domandine" (cioè le richieste presso l'ufficio matricola dell'istituto per parlare con il Magistrato di Sorveglianza, ossia colui che è preposto alla tutela dei diritti dei detenuti), fare corsi, telefonare al proprio difensore. Allo stesso modo la scarsa o nulla conoscenza della lingua costituisce un ostacolo insormontabile nel rapporto con gli agenti di polizia penitenziaria e con gli altri detenuti; uno straniero ha molte più probabilità di incappare in violazioni disciplinari non comprendendo con esattezza quali sono le regole all'interno del carcere, con la conseguenza che la presenza di precedenti disciplinari ha una indubbia incidenza quando è

¹ Per un esempio concreto rispetto a quanto appena esposto si vedano gli esiti dell'ispezione eseguita dalla Camera Penale di Trento il 1° febbraio 2016 presso la Casa Circondariale di Trento (in <http://www.camerapenaletrento.it/formazione/news/carcere-visita-ispettiva-2016/>), una delle maggiori quanto a percentuale di detenuti stranieri: «Dai colloqui con i detenuti, sono tuttavia emerse alcune criticità. Ad esempio, pur essendo la struttura carceraria dotata di un campo da calcio e di una moderna palestra, è emerso che il primo viene utilizzato solamente nella stagione estiva, mentre l'uso della seconda è assai limitato, con la conseguenza che i detenuti riescono a praticare dello sport molto raramente a causa di mancanza di personale della polizia penitenziaria. Inoltre, i detenuti che sono ammessi a svolgere attività lavorativa sono ancora troppo pochi. Un altro elemento di forte criticità sono risultati essere i tempi di attesa eccessivamente lunghi che i detenuti devono affrontare per ottenere dall'amministrazione penitenziaria, ma soprattutto dalla Magistratura di Sorveglianza, risposta alle istanze presentate (autorizzazione ai colloqui con i familiari, colloqui con gli educatori e con gli operatori del SER.D., permessi premio, istanze di liberazione anticipata e di misure alternative al carcere).

Il senso di disagio per i problemi segnalati dai detenuti è accresciuto dal fatto che, ultimamente, sono stati trasferiti a Trento diversi detenuti provenienti da altre città, dotate di strutture carcerarie molto più vecchie e di una Magistratura di Sorveglianza con carichi di lavoro numericamente assai più consistenti rispetto a quella trentina, ma ciò nonostante con tempi di attesa per l'esercizio effettivo dei propri diritti molto più brevi».

il momento per il Magistrato di Sorveglianza o per il Tribunale di Sorveglianza di decidere sulle richieste di benefici penitenziari avanzate (ad es. permessi premio, affidamento in prova, ecc.).

La minima padronanza della lingua italiana produce effetti deteriori anche quanto alla salute degli stranieri in carcere. Non riuscendo, infatti, a comunicare con l'esattezza richiesta i propri dati ai sanitari preposti, costoro sono a forte rischio di contrarre patologie senza avvalersi di una tempestiva e corretta diagnosi. Da qui non stupisce che in carcere i detenuti stranieri facciano uso massiccio di psicofarmaci, abbiano problemi di alcolismo o di tossicodipendenza.

2. Alcuni strumenti per garantire il diritto alla comprensione della lingua italiana ed il diritto di difesa

Dinanzi al suesposto deficit di comprensione, non può non rilevarsi come indubbie responsabilità siano insite nella mancata attuazione del sistema di garanzie previste dal legislatore. Infatti, l'art. 35 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, ove stabilisce che:

Nell'esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti di cittadini stranieri...deve essere, inoltre, favorito l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato

è rimasta norma meramente programmatica, per usare un eufemismo.

Infatti, per esigenze di contenimento della spesa pubblica, nella realtà i mediatori culturali vengono assicurati ai detenuti stranieri solo per poche ore e l'unico vero strumento di comprensione della lingua italiana in carcere è costituito dall'ausilio dei detenuti connazionali, magari ivi presenti da maggior tempo.

L'unica soluzione all'interno del carcere è quindi la frequenza di corsi di lingua italiana per stranieri, pur nella consapevolezza delle

enormi difficoltà di continuità, dovute, come si è detto, alla elevata mobilità alla quale sono sottoposti i detenuti stranieri.

Inoltre, un indubbio strumento di positivo superamento delle criticità riscontrate attraverso il controllo sull'applicazione ed il rispetto delle garanzie previste dalla legge è costituito dalla possibilità di avvalersi di una difesa tecnica, anche gratuitamente. Si allude all'istituto del patrocinio a spese dello Stato, che trova fondamento nell'art. 24 co. 3 della Costituzione, ove «sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». Gli artt. 74 ss. d.P.R. 30.05.2002 n. 115 regolamentano tale istituto. Vi può accedere, oltre all'indagato, l'imputato, la persona offesa, il danneggiato che intenda costituirsi parte civile, il responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria, anche il condannato (art. 74), come chi deve espriare in carcere una pena detentiva.

Condizione fondamentale per accedere al beneficio è avere un reddito imponibile Irpef² e non imponibile³ non superiore a euro 11.528,41 (art. 76 co. 1 e 3), limite che viene adeguato periodicamente dal Ministero della Giustizia. Inoltre, solo per la materia penale il limite di reddito è elevato di euro 1.032,91 per ognuno dei familiari conviventi (art. 92). Si considerano familiari conviventi coloro che risultano dallo stato famiglia a prescindere da rapporto di parentela o coniugio e comunque contribuiscono al *menage* familiare⁴, fermo restando che non

² Cass. pen., Sez. V, 10.06.2016, n. 34935 (rv. 267573). Per “reddito imponibile” ai fini dell'imposta personale sul reddito, da valutarsi per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, deve intendersi il reddito complessivo al netto degli oneri deducibili indicati nell'art. 10 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (cosiddetto Testo Unico delle imposte sui redditi) (rigetta, Trib. Campobasso, 26.06.2015).

³ Cass. pen., Sez. IV, 15.04.2008, n. 22299. Ai fini dell'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, la disciplina dettata dal testo unico delle spese di giustizia subordina tale misura ad un preciso limite afferente il reddito imponibile dichiarato dal contribuente, tenendo conto anche di redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta o ad imposta sostitutiva. Ciò per la considerazione che il beneficio deve essere fruito in seguito all'accertamento di precise condizioni personali, non rilevando pertanto le deduzioni previste dagli artt. 11 e 12, d.P.R. n. 917/1986.

⁴ Cass. pen., Sez. IV, 20.09.2012, n. 44121. Ai fini della determinazione del reddito complessivo dell'istante è legittimo computare anche quello di persona con lui convivente, anche se non legata allo stesso da vincolo di parentela (nel caso di specie, la

interrompono la convivenza periodi di temporaneo distacco anche protratto nel tempo di uno dei componenti del nucleo familiare⁵.

Una deroga ai menzionati limiti di reddito è stata introdotta dal legislatore negli ultimi anni per la persona offesa dai reati inerenti il fenomeno del c.d. “femminicidio”, di cui agli articoli 572, 583-bis, 609-bis, 609-quater, 609-octies e 612-bis, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-quinquies e 609-undecies del codice penale (art. 76 co. 4 ter). Al contrario, per coloro che risultano essere condannati per talune tipologie di reati quali sono quelli connessi all’associazione mafiosa, ed al traffico di tabacchi e agli stupefacenti (di cui agli articoli 416-bis del codice penale, 291-quater del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell’articolo 80, e 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché per i reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo), il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti. Corte cost., Sez. II, 16.04.2010, n. 139, rel. Silvestri, ha avuto modo di precisare che si tratta di una presunzione relativa, rispetto alla quale è ammessa prova contraria, di tal che:

Spetterà al richiedente dimostrare il suo stato di “non abbenza”, non già con una semplice autocertificazione ma con l’adeguata allegazione di concreti elementi di fatto, dai quali possa desumersi in modo chiaro e univoco la propria effettiva situazione economico-patrimoniale; e spetterà al giudice verificare rigorosamente l’attendibilità di tali allegazioni,

Suprema Corte ha ritenuto legittima la scelta del Tribunale di tenere in considerazione anche il reddito della madre della convivente more uxorio dell’istante).

⁵ Cass. pen., Sez. IV (Ord.), 17.01.2006, n. 17374 (rv. 233957). In tema di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, il rapporto di convivenza familiare, essendo caratterizzato da continuativi rapporti di affetto, da costante comunanza di interessi, da comuni responsabilità e dunque da un legame stabile e duraturo, prescinde dalla coabitazione fisica, e non può ritenersi escluso dallo stato di detenzione, pur protratto nel tempo, di uno dei componenti del nucleo familiare, il quale, pertanto, anche in tale ipotesi, non può omettere di indicare, nell’istanza di ammissione, il reddito dei familiari conviventi (dichiara inammissibile, Trib. Milano, 6 febbraio 2004).

avvalendosi di tutti gli strumenti di indagine che la legge mette a sua disposizione.

Materialmente devono essere indicati a pena di inammissibilità nell'istanza: a) la richiesta di ammissione al patrocinio e l'indicazione del processo cui si riferisce, se già pendente; b) le generalità dell'interessato e dei componenti la famiglia anagrafica, unitamente ai rispettivi codici fiscali; c) una dichiarazione sostitutiva di certificazione da parte dell'interessato, ai sensi dell'articolo 46, comma 1, lettera o), del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, attestante la sussistenza delle condizioni di reddito previste per l'ammissione, con specifica determinazione del reddito complessivo valutabile a tali fini, determinato secondo le modalità indicate nell'articolo 76; d) l'impegno a comunicare, fino a che il processo non sia definito, le variazioni rilevanti dei limiti di reddito, verificatesi nell'anno precedente, entro trenta giorni dalla scadenza del termine di un anno, dalla data di presentazione dell'istanza o della eventuale precedente comunicazione di variazione.

In particolare per il cittadino straniero, ove non residente nello Stato italiano, si è posto il problema della indicazione del codice fiscale, posto che non in ogni Stato sono adottati codici fiscali. Ha allora chiarito la Corte costituzionale, ord. n. 144 del 14.05.2004, richiamando il disposto del d.P.R. n. 605 del 1973, art. 4 e art. 6, comma 2, che:

agli effetti dell'ammissibilità dell'istanza diretta ad ottenere il beneficio in questione, nulla appare escludere la possibilità che lo straniero extracomunitario, in luogo dell'indicazione del codice fiscale, fornisca i dati di cui all'art. 4 citato, oltre al proprio domicilio all'estero, e tale ultima norma richiede esclusivamente i seguenti dati: cognome, nome, luogo e data di nascita, sesso e domicilio fiscale.

La Cassazione ha poi specificato che:

ove trattandosi di cittadino extracomunitario, la legislazione del Paese di origine non preveda una certificazione anagrafica, deve, nondimeno, ritenersi sussistente un obbligo dell'istante o di produrre una documentazione equipollente o, comunque, nella impossibilità di adempiere anche a tale onere, almeno di esplicitare la composizione della sua fami-

glia, quanto meno quale situazione di fatto comportante la presenza di persone con lui conviventi⁶.

Infine, per il cittadino straniero sussiste l'obbligo di un ulteriore adempimento a pena di inammissibilità dell'istanza, dovendo questi per i redditi prodotti all'estero corredare l'istanza con una certificazione dell'autorità consolare competente, che attesta la veridicità di quanto in essa indicato (art. 79 co. 2). Tuttavia, "in caso di impossibilità a produrre la documentazione richiesta ai sensi dell'articolo 79, comma 2, il cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea la sostituisce, a pena di inammissibilità, con una dichiarazione sostitutiva di certificazione" (art. 94 co. 2)⁷.

3. Le misure alternative al carcere per lo straniero irregolare

Le misure alternative alla detenzione consentono al soggetto che ha subito una condanna definitiva di scontare, in tutto o in parte, la pena detentiva fuori dal carcere. In tal modo si cerca di facilitare il reinserimento del condannato nella società civile sottraendolo all'ambiente carcerario.

Le misure alternative alla detenzione, regolate dagli artt. 47-52 della legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario, si applicano esclusivamente ai detenuti definitivi (cioè con sentenza non più impugnabile) e sono principalmente: l'affidamento in prova al servizio sociale (richiede alloggio e lavoro); la detenzione domiciliare (richiede alloggio); la semilibertà (richiede lavoro). Inoltre, per chi intenda sostenere un programma terapeutico, concordato con una unità sociale socio-sanitaria, contro l'abuso patologico di sostanze stupefacenti o bevande alcoliche, è previsto il c.d. affidamento in prova per casi particolari. Oltre a queste misure alternative alla detenzione, sono previste anche la liberazione condizionale (art. 176 c.p.) e, per i cittadini di uno stato non

⁶ Cass. pen., Sez. IV (ud. 27.09.2007), 31.10.2007, n. 40327; ibidem Cass. pen., Sez. IV, 25.02.2010, n. 10827 (rv. 247040).

⁷ Corte cost., Ord., 07.11.2007, n. 369; Cass. pen., Sez. IV, Sent. (ud. 26.02.2009), 26.05.2009, n. 21999.

appartenente all'Unione europea irregolarmente presenti in Italia, condannati o detenuti, l'espulsione dal territorio italiano come sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione (art. 16 Decreto legislativo 25.07.1998 n. 286).

È quindi immediatamente intuibile che per scontare la pena fuori dal carcere i maggiori problemi fattuali per il detenuto straniero sono rinvenire un alloggio e un lavoro. In passato costituiva un consistente problema anche la condizione di irregolarità del soggiorno, laddove si riteneva preclusiva all'accesso alle misure alternative. Infatti, secondo un orientamento della Cassazione, la condizione di clandestinità o di irregolarità dello straniero extracomunitario era, di per sé, preclusiva all'applicazione di misure alternative alla detenzione, perché, nel rigore della normativa dettata dal vigente testo unico sull'immigrazione, si riteneva fosse oggettivamente impossibile instaurare l'interazione tra il condannato e il servizio sociale a causa dell'illegale permanenza nel territorio dello Stato, né poteva ammettersi che l'esecuzione della pena avesse luogo con modalità tali da comportare la violazione o l'elusione delle regole che configurano detta illegalità⁸.

Tale orientamento si scontrava con la prassi amministrativa, per la quale anche lo straniero condannato, privo di permesso di soggiorno, poteva essere ammesso alle misure alternative⁹.

Infine, un opposto orientamento ha ritenuto, invece, che la condizione dello straniero clandestino o irregolare, pur se soggetto ad espulsione amministrativa da eseguire dopo l'espiazione della pena, non fosse di per sé ostativa alla concessione di misure extramurarie. Ciò in quanto quest'ultima misura, giusta le ripetute affermazioni del Giudice delle leggi e di quello di legittimità¹⁰, costituisce una misura restrittiva di esecuzione penale, una pena essa stessa, alternativa alla detenzione o se si vuole una modalità di esecuzione della pena. Inoltre, dovevano essere

⁸ Cass., Sez. I, 20.05.2003, Calderon, rv. 226134; Sez. I, 05.06.2003, Mema, rv. 225219; Sez. I, 11.11.2004, P.G. in proc. Hadir, rv. 230191; Sez. I, 22.12.2004, P.G. in proc. Raufu Emiola Orolu.

⁹ Circolari Min. Lavoro, 15.03.1993 n. 27 – richiamata dalla nota 11.01.2001 –; Min. Giustizia, 23.03.1993 n. 691858, 16.03.1999 n. 547899 e 12.04.1999 n. 547671; Min. Interno, 02.12.2000 n. 300 e 04.09.2001 n. 300/200.

¹⁰ Cass., Sez. Un., 27.02.2002, Martola.

considerati i preminenti valori costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27 Cost., comma 3), che costituiscono la chiave di lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario sulle misure alternative e di cui sono lineare espressione anche gli artt. 1 e 13 del medesimo ordinamento sulle modalità del trattamento.

Tale linea interpretativa, dapprima affermata in seno alla Cassazione in riferimento alla semilibertà¹¹, è stata ripresa e sviluppata, con dovizia e perspicuità di argomentazioni, da una successiva sentenza riguardante l'affidamento in prova al servizio sociale¹², cui hanno poi aderito altre decisioni della stessa Sezione ed infine Cass. pen., Sez. Unite (ud. 28.03.2006), 27.04.2006, n. 14500.

Infine, ha chiuso il cerchio la Corte costituzionale pronunciando la sentenza n. 78 del 5 marzo 2007, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354, ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste.

4. La condizione dello straniero all'esito della scarcerazione, in particolare sul rinnovo del permesso di soggiorno durante la detenzione

Se alcuni problemi sono stati risolti quanto all'espiazione della pena per lo straniero detenuto, risultando lo stesso ammissibile a fruire delle misure alternative alla detenzione, altri rimangono aperti all'esito del c.d. "fine pena".

Ancora una volta il divario fra la teoria e la pratica risulta essere marcato. L'art. 43 legge 26 luglio 1975, n. 354 ed il regolamento di esecuzione (artt. 88, 89 del decreto del Presidente della Repubblica 30

¹¹ In riferimento alla semilibertà (Cass., Sez. I, 14.12.2004, P.G. in proc. Sheqja, rv.230586).

¹² In riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale (Cass., Sez. I, 18.05.2005, Ben Dhafer Sami, rv. 232104; Sez. I, 18.10.2005, P.G. in proc. Tafa; Sez. I, 25.10.2005, P.G. in proc. Chafaoui; Sez. I, 24.11.2005, P.G. in proc. Metalla).

giugno 2000, n. 230) prevedono un periodo di preparazione del dimittendo all'uscita dal carcere attraverso la predisposizione di opportuni interventi assistenziali con l'ausilio degli assistenti sociali e del volontariato. Tuttavia, nella prassi nessuno si fa solitamente carico dell'alloggio, dell'alimentazione, del vestiario, del reddito di sussistenza, dell'assistenza sanitaria (salvo cure urgenti e necessarie), dei documenti personali e del titolo di soggiorno dello straniero irregolare.

Ancora, una volta ci si trova dinanzi a norme che sono rimaste programmatiche nella realtà di tutti i giorni.

Un peculiare ed importante problema è costituito dalla possibilità per il cittadino straniero di rinnovare il proprio titolo di soggiorno in scadenza dall'interno dell'istituto penitenziario; è chiaro, infatti, che ove si ammettesse tale possibilità, all'esito dell'espiazione della pena all'uscita dal carcere il soggetto dimesso non si troverebbe nella condizione di non poter neppure cercare una lecita occupazione a causa dell'insussistenza del titolo di soggiorno.

A tal proposito, bisogna premettere che il permesso di soggiorno va rinnovato entro sessanta giorni dalla scadenza (art. 5 co. 4 Decreto legislativo 25.07.1998 n. 286). La legge prevede, inoltre, l'espulsione amministrativa nel caso in cui il titolo di soggiorno sia scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo (art. 13 co. 2 "b" Decreto legislativo 25.07.1998 n. 286)¹³.

¹³ Cass. civ., Sez. Unite, 20.05.2003, n. 7892 Jeyakumar c. Pref. di Palermo. La spontanea presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine di sessanta giorni dalla sua scadenza non consente l'espulsione «automatica» dello straniero, la quale potrà essere disposta solo se la domanda sia stata respinta per la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti richiesti dalla legge per il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, ad esempio nel caso in cui lo straniero, essendo incorso in una delle situazioni che precludono il rinnovo del permesso di soggiorno, si trattenga illecitamente sul territorio nazionale e presenti la domanda di rinnovo solo quando sia venuto nuovamente a trovarsi nelle condizioni richieste dalla legge, come si verifica, ad esempio, nel caso di perdita del posto di lavoro subordinato non stagionale e infruttuosa iscrizione nelle liste di collocamento per tutta la residua durata di validità del permesso di soggiorno e, comunque, per un periodo non inferiore a un anno (attualmente a sei mesi ai sensi dell'art. 22, comma 11, del d.lgs. n. 286 del 1998 come sostituito dall'art. 18 della legge 30 luglio 2002, n. 189). In tal caso, infatti, il ritardo nella presentazione spontanea della domanda di rinnovo fino al ripristino delle condi-

In questa cornice deve essere collocata la questione della rinnovabilità del titolo di soggiorno da parte dello straniero che sia attualmente detenuto.

In passato la prassi amministrativa si dimostrava restrittiva rispetto a tale possibilità, così la Circolare del Ministero dell'Interno n. 300 del 2000 disponeva che

la normativa vigente non prevede il rilascio di un permesso di soggiorno ad hoc per detti soggetti. In queste circostanze non si reputa possibile rilasciare un permesso di soggiorno per motivi di giustizia né ad altro titolo, ben potendo l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza costituire ex se un'autorizzazione a permanere nel territorio nazionale.

Ancora, la Circolare Ministero dell'Interno del 4 settembre 2001 stabiliva che

Nel caso di richiesta volta ad ottenere il rinnovo presentata da un cittadino extracomunitario in stato di detenzione, si deve precisare che l'istanza non può essere accolta, atteso che la verifica della sussistenza dei requisiti necessari, caratterizzanti la tipologia del permesso invocata, è obiettivamente superata dal provvedimento dell'A. G. in forza del quale l'interessato è detenuto.

Dinanzi a tale stato delle cose una nota sentenza della Cassazione ebbe al contrario a stabilire che

non è causa di forza maggiore idonea ad impedire la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno (e quindi a rendere illegittima l'espulsione ex art. 13 co. 2 "b" per mancato tempestivo rinnovo) la carcerazione preventiva, visto che l'art. 38 decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, che ammette la corrispondenza epistolare e telegrafica del detenuto, deve essere esteso anche al rinnovo del permesso di soggiorno, pena la lesione dei diritti fondamentali del detenuto¹⁴.

zioni di legge per il soggiorno dell'interessato potrà essere valutato agli effetti del diniego del rinnovo del permesso, sanzionandosi non già la mera inerzia dell'interessato, bensì il ritardo nella presentazione di una domanda di rinnovo che, tempestivamente presentata, non avrebbe trovato accoglimento.

¹⁴ Cass. civ., Sez. I, 10.03.2004 (ud. 14.11.2003, dep. 10.03.2004), n. 488.

A seguito di tale arresto giurisprudenziale la prassi amministrativa è mutata. Una nota del Ministero Interno del 9 giugno 2007 ha infatti concluso nel senso della possibilità per il detenuto di rinnovare il permesso di soggiorno dal carcere, interpretando estensivamente l'art. 38 decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230 ed anche dell'art. 10 co. 4 decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999 n. 394 (Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) che prevede:

Per i soggiorni da trascorrersi presso convivenze civili o religiose, presso ospedali o altri luoghi di cura, la richiesta del permesso di soggiorno può essere presentata in questura dall'esercente della struttura ricettiva o da chi presiede le case, gli ospedali, gli istituti o le comunità in cui lo straniero è ospitato, il quale provvede anche al ritiro e alla consegna all'interessato della ricevuta di cui al comma 1 e del permesso di soggiorno.

Ebbene, alle convivenze civili e religiose vengono parificati gli istituti di pena, con conseguente legittimità del rinnovo durante la sofferta carcerazione.

Attualmente la prassi invalsa negli istituti di pena e negli uffici immigrazione delle questure è quella di consentire al detenuto straniero di provvedere all'istanza di rinnovo del titolo di soggiorno. Tuttavia l'istanza rimane sospensivamente condizionata alla liberazione dell'istante.

All'esito della presente disamina è possibile, quindi, concludere che rispetto alla condizione del detenuto straniero nel corso degli ultimi quindici anni si è assistito ad un tentativo giurisprudenziale (si veda in tema di misure alternative o in tema di rinnovo del permesso di soggiorno) volto a rendere compatibile la limitazione della libertà persona al paradigma della rieducazione di cui all'art. 27 co. 2 Cost., nonché rispetto al principio di uguaglianza e pari trattamento penitenziario. Tuttavia, tali sforzi non permettono comunque di superare quella regola che si è instaurata con la prassi del c.d. "doppio binario": si assiste cioè ad un percorso penitenziario di fatto differenziato fra detenuti italiani e stranieri, sussistendo per i secondi una limitazione di diritti e garanzie

intrinseca allo *status* di straniero, che di fatto risulta essere un ostacolo insormontabile alla attuazione del precetto costituzionale del principio di rieducazione della pena.

I REATI DEL MIGRANTE: QUESTIONI VECCHIE E NUOVE DOPO LA DIRETTIVA RIMPATRI

Enrico Borrelli

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Il migrante come autore di reati propri. 3. Il migrante senza documenti. 4. L'applicazione dell'art. 650 c.p. ai migranti. 5. Il reingresso del migrante allontanato dal territorio nazionale. 6. La migrazione come reato. 7. Il mancato allontanamento. 8. L'essere migranti come aggravante comune. 9. Effetti e rimedi.*

1. Introduzione

Il presente intervento si pone a margine dell'esame delle questioni di effettività delle garanzie nel rapporto tra migranti e giustizia penale.

I cenni di diritto sostanziale che seguono muovono dal rilievo che nell'ordinamento italiano vigente il migrante c.d. irregolare è sottoposto ad una serie di disposizioni penali.

Nello scorso decennio (prima con la c.d. legge Bossi-Fini del 2002 e poi con i c.d. pacchetti-sicurezza) vi è stata una fase di massimo ampliamento dell'area di criminalizzazione e di inasprimento delle fattispecie di reato in materia di immigrazione.

Nel periodo successivo, superata la fase espansiva, sono seguiti degli interventi demolitori, di fonte diversa (europea e nazionale, giurisprudenziale e normativa) e privi di organicità. Per quanto significativi in ordine alla portata, essi hanno lasciato profonde tracce del recente passato, sicché non v'è stato un superamento o un concreto affievolimento della risposta penale al fenomeno dell'immigrazione.

La terza fase temporale è stata caratterizzata dalla prospettazione di profonde modifiche, che non si sono realizzate. In particolare, le sentenze confermate della Corte di giustizia UE (sui reati di illecito trattenimento e di reingresso) e le scelte nazionali (con la mancata depenalizzazione del reato di illecito trattenimento ad opera del legislatore de-

legato) non hanno intaccato il diritto penale dell'immigrazione. Conseguenze la permanenza di disposizioni penali modellate sulla figura del migrante che per un verso appaiono svincolate da qualsiasi valutazione di effettività (in termini di deterrenza) e che per altro verso influiscono con tutti gli effetti propri del giudizio penale sulla vita del migrante, presente (dalla sottoposizione a processo, all'applicazione di misure cautelari, sino al rilievo ai fini della sospensione condizionale per reati comuni) e futura (fino agli effetti di reati ritenuti ostativi per la concessione della cittadinanza).

Tra le varie fattispecie di reato che possono essere incrociate nella vita del migrante, nel presente intervento ci si limita a selezionare quelle emerse nell'ottica definita emergenziale e securitaria e che maggiormente pongono questioni di effettività di tutela delle garanzie¹.

2. *Il migrante come autore di reati propri*

Nel tentativo di tracciare le coordinate di quel che c'era e di quel che è rimasto della risposta punitiva dell'ordinamento rispetto ai migranti c.d. irregolari, un primo rilievo è dato dalla circostanza che essa è realizzata in massima parte con *reati propri*, e cioè con reati nei quali il soggetto attivo è da individuare (esclusivamente) nello straniero irregolarmente soggiornante in Italia. Si tratta di precetti penali che riguardano quasi esclusivamente determinate tipologie di persone, sintetizzabili nella macrocategoria dei migranti – non comunitari – poveri.

Ciò comporta che il soggetto autore di tali reati coincide in molti casi con persone con minore tutela, in quanto la figura più frequente è

¹ Tra i testi di rinvio sul diritto penale dell'immigrazione, senza completezza cfr. A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti – Trattato dir. da F. PALAZZO, C.E. PALIERO*, Torino, 2012, 3; C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2012; E. ROSI, F. ROCCHI (cur.), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare (Atti del III Seminario della Sezione Giovani penalisti – Prato 11 novembre 2011)*, Napoli, 2013; P. SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano, 2014; P. BALBO, *I cittadini non comunitari*, Torino, 2011; R.M. GENNARO, *Stranieri e repressione penale. I soggetti e le istituzioni*, Milano, 2012.

individuata nel migrante c.d. economico proveniente da Paesi esterni all'UE.

A più riprese è stato sostenuto che le fattispecie penali applicabili ai migranti richiamano il “diritto penale d'autore”; la previsione in capo allo straniero di determinate condotte (anche omissive, come il mancato allontanamento dal territorio nazionale) non consente di escludere tale lettura, posto che i destinatari della disciplina restano i soli migranti non comunitari, per lo più oggetto di migrazione economica².

La questione resta aperta ove si consideri che una serie di condotte previste nelle norme penali in materia di immigrazione sono soggette a circostanze che possono essere del tutto incolpevoli per il migrante. In particolare, lo stato di clandestinità può essere originario o sopravvenuto (*overstayers*); il cambiamento può essere originato dalle questioni di fatto o di diritto più varie. Sulla clandestinità influiscono vicende relative al rapporto di lavoro (es. licenziamento) o fattori di carattere amministrativo (norme sull'ingresso-trattenimento, quote/flussi, regolarizzazioni, etc.)³.

Si tratta pertanto di uno dei settori normativi che più ha risentito negli ultimi anni del conflitto tra diritti fondamentali e questioni securitarie.

² M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558; ID., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, n. 1, 101; V. MUSACCHIO, *Il reato di clandestinità nel territorio italiano: un ritorno alla colpa d'autore?*, in *www.diritto.it*, 16 luglio 2009; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 446; E. SQUILLACI, *Il controllo penale della immigrazione clandestina tra scelte simboliche e colpa d'autore*, in A. VIGLIANISI FERRARO (a cura di), *Soggetti deboli e diritto incerto*, Roma, 2014, 145.

³ A. CAPUTO, *Giurisprudenza costituzionale ed immigrazione illegale*, in E. ROSI, F. ROCCHI (cur.), *op. cit.*, 23.

3. *Il migrante senza documenti*

Il reato di inosservanza dell'ordine di esibizione dei documenti è stato introdotto nel 1998 e trova il suo precedente nell'art. 144 TULPS⁴.

È stato configurato sin dall'introduzione come reato contravvenzionale, proprio, omissivo e istantaneo. Nella sua prima lettura, essendo previste due condotte omissive alternative (mancata esibizione di documenti o di permesso di soggiorno), costituiva una fattispecie suscettibile di applicazione in ogni ipotesi di controllo di polizia a soggetti migranti c.d. irregolari.

Una prima restrizione interpretativa ha distinto le due condotte punibili⁵. In particolare si è ritenuto che l'omessa esibizione di documenti risultasse applicabile a tutti gli stranieri non comunitari (anche ai migranti economici)⁶, mentre la mancata esibizione di valido titolo di soggiorno non fosse applicabile ai migranti c.d. irregolari, in quanto per definizione erano privi del permesso di soggiorno e mancava (all'epoca) una norma che ritenesse penalmente illecito l'ingresso clandestino.

La natura contravvenzionale della norma comportava l'integrazione del reato anche nel caso di condotte colpose (come nelle ipotesi di documento posseduto ma non esibito perché lasciato altrove).

Veniva poi precisato che occorreva in concreto verificare se v'era stata richiesta da parte degli operanti, posto che la norma punisce la condotta di mancata esibizione a richiesta delle Forze dell'ordine⁷.

La norma legittimava la mancata esibizione del documento ove ricorresse un "giustificato motivo"; si era precisato che la clausola andava qualificata come elemento costitutivo della fattispecie e non come causa di esclusione della punibilità⁸. La condotta frequente era costitui-

⁴ A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 123; M. GAMBARDILLA, *Lo straniero irregolare e il reato di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti, tra vecchia e nuova disciplina*, in E. ROSI, F. ROCCHI (cur.), *op. cit.*, 103.

⁵ Cass. SU 29 ottobre 2003, n. 45801, Mesky, CED 226102.

⁶ Cass. SU 29 ottobre 2003, n. 45801, Mesky, cit.; Cass. 3 dicembre 2009, n. 1303/10, Sequeiros.

⁷ Trib. Trento 14 febbraio 2011, n. 189, Ben Soltane.

⁸ "L'assenza di giustificato motivo è da considerare elemento costitutivo della fattispecie penale, non causa di esclusione della punibilità. Per altro verso, non può ritenersi inesigibile la condotta di esibizione del documento sul presupposto che essa disvelereb-

ta da quella del migrante irregolare che non aveva ottenuto il rilascio del documento nel proprio Paese o che ne aveva perso la disponibilità una volta giunto in Italia o, infine, che possedeva un documento scaduto.

Le limitate ipotesi di accoglimento in sede di legittimità del “giustificato motivo” erano rappresentate dall’essere lo straniero provvisoriamente sprovvisto del documento, allorché l’identificazione non fosse ostacolata⁹ o dalla “recente perdita del documento per furto, lo smarrimento fortuito o altra simile evenienza”¹⁰, mentre il furto in quanto tale non giustificava la condotta omissiva potendo lo straniero farsi rilasciare un duplicato in Italia¹¹.

La *ratio* dell’art. 6 TU è stata individuata nel “consentire una immediata sicura identificazione” e non anche nel perseguire l’ingresso irregolare (allo stato rimessa, per diversi profili, ai reati ex art. 10 bis e 14 co. 5 ter e quater TU)¹².

Per tutte le restanti ipotesi si osservava che il migrante era nelle condizioni per ottenere il rilascio (o il rinnovo) del documento in Italia rivolgendosi alle rappresentanze consolari.

Nella giurisprudenza di merito erano emersi vari orientamenti.

be la condizione di clandestinità dello straniero, assoggettandolo alla espulsione, dato che l’interesse utilitaristicamente soggettivo non può prevalere sull’interesse pubblico protetto dalla norma che è appunto, come già detto, quello di consentire l’attività di pubblica sicurezza volta alla identificazione dei soggetti stranieri. Lo straniero soggiornante in Italia ha, pertanto, solo per tale rapporto fisico con il territorio nazionale, a prescindere dal suo status, l’obbligo di munirsi del passaporto o di altro documento di identificazione e, conseguentemente, di esibirlo a richiesta degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza” (Cass. 8 febbraio 2008, n. 7768, Wang Fen).

⁹ “L’interesse protetto dalla norma non è quello, della verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale, ma la attività di pubblica sicurezza volta alla identificazione dei soggetti stranieri presenti nel territorio dello Stato, con la connessa necessità di identificare compiutamente, documentalmente, il soggetto, sia, poi, egli in regola o meno con le norme di soggiorno, accertamento, quest’ultimo, che ben può avvenire in un momento successivo, susseguente e perciò estraneo alla condotta dovuta al momento della richiesta di esibizione di uno di quei documenti” (Cass. 29 novembre 2007, n. 47512, Z.Y.).

¹⁰ Cass. 16 aprile 2008, n. 17219, Siminova.

¹¹ Cass. 26 marzo 2008, n. 16221, Toporau.

¹² Cass. 15 aprile 2010, n. 16768, Lopez Ricra.

Una prima lettura escludeva l'operatività della norma per le ipotesi di mancanza originaria del documento¹³.

Una seconda lettura sviluppava la tesi dell'inesigibilità. Si segnalava che il mancato rilascio in patria poteva essere dovuto alle questioni più disparate; e che il mancato rilascio o rinnovo ad opera dei consolati era vietato dalle disposizioni che prevedevano che tali documenti erano rilasciabili solo esibendo un valido titolo di soggiorno. Si rilevava che la disciplina amministrativa straniera applicabile escludeva che il migrante – privo di regolare titolo per il soggiorno all'estero – potesse recarsi all'autorità consolare per il rilascio o il rinnovo del documento. In tale senso, per richiamare ipotesi emerse in giurisprudenza, la normativa tunisina¹⁴, marocchina¹⁵ e nigeriana¹⁶.

Un'ulteriore lettura escludeva la configurabilità dell'integrazione della contravvenzione nelle ipotesi in cui lo straniero fosse destinatario di un provvedimento di espulsione non ottemperato e, pertanto, autore del reato di cui all'art. 14, comma 5 ter TU¹⁷.

Chiamata a più riprese, la Corte costituzionale ha deciso nel senso dell'insindacabilità delle scelte legislative¹⁸.

¹³ “Ove non emerga alcuna prova della sussistenza del documento da esibire, l'imputato va prosciolto dal reato [ex art. 6 TU] per mancanza del presupposto del reato sopra individuato (concreto possesso del documento non esibito)” (Gip Rovereto 27 luglio 2010, Giud. Dies, in *www.dejure.it*).

¹⁴ Legge n. 40/75 del 14 maggio 1975 ss.mm. in *www.jurisitetunisie.com* e *www.cgt.unisiemilan.it*.

¹⁵ Legge n. 02-03 dell'11 marzo 2003 in *www.justice.gov.ma/fr/legislation* e *www.consulatmarocmilan.it*.

¹⁶ *General Procedure For Passport Application*, in *www.nigerianrome.org*.

¹⁷ Trib. Milano, 13 maggio 2009, in *Corriere del merito*, 2009, 7, 767.

¹⁸ “La configurazione delle fattispecie criminose e la valutazione delle conseguenze penali appartengono alla politica legislativa e, quindi, all'incensurabile discrezionalità del legislatore, con l'unico limite della manifesta irragionevolezza (...) nella fattispecie, le censure svolte dal rimettente appaiono risolversi in una critica alla complessiva disciplina della materia, con valutazioni che investono il piano delle scelte politiche del legislatore e che sono volte a segnalare, in particolare, difficoltà di esecuzione della pena inflitta, ma non sono tali da evidenziare, con riferimento alla disposizione denunciata, né una irragionevolezza della scelta operata dal legislatore, né, in particolare, la violazione dei parametri invocati a sostegno della dedotta questione” (Corte cost. ord. 7-16 marzo 2001, n. 68; ord. 3-14 dicembre 2001, n. 408).

La riforma del 2009, senza una spiegazione desumibile dai lavori parlamentari, ha modificato il precetto; la novella rendeva punibile lo straniero che non esibisse il documento e il titolo di soggiorno, salvo giustificato motivo. La variazione lessicale (dalla disgiuntiva “o” alla congiunzione “e”) è stata ritenuta rilevante; la prima lettura della Cassazione era nel senso della continuità, e cioè che si trattava di un mutamento irrilevante.

Le Sezioni unite hanno ribaltato la lettura ed hanno ritenuto – in applicazione del criterio di interpretazione letterale – che la nuova formulazione punisse la mancanza, congiunta, del documento e del permesso di soggiorno. Posto che i migranti irregolari sono privi di permesso per definizione, il precetto non opera per loro, visto che *medio tempore* la norma specifica punitiva dell’assenza del permesso di soggiorno era da individuare nell’art. 10 bis TU.¹⁹

È così precisato che, nella legislazione vigente,

il reato di inottemperanza all’ordine di esibizione del documento di identificazione è configurabile soltanto nei confronti degli stranieri non comunitari regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato e non di quelli in posizione irregolare, desumendosi ciò dalla modifica dell’art. 6, comma terzo, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 apportata dall’art. 1, comma ventiduesimo, lett. h), legge 15 luglio 2009, n. 94, che ha comportato una “abolitio criminis” della preesistente fattispecie per la parte relativa agli stranieri in posizione irregolare²⁰.

Resta la questione delle numerose sentenze di condanna irrevocabili.

Per i fatti commessi prima della modifica ad opera della legge 94/09, la giurisprudenza ha ammesso la revoca della sentenza ad opera del giudice dell’esecuzione, posto che questa va disposta anche “in caso di giudicato formatosi successivamente al tempo dell’intervenuta abrogazione”²¹.

Il tema della revoca della sentenza di condanna per il reato ex art. 6 TU aveva portato alla questione di costituzionalità dell’art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede l’ipotesi di revoca in caso di mutamento giu-

¹⁹ Cass. SU 24 febbraio 2011, n. 16453, Alacev, CED 249546.

²⁰ Cass. 10 giugno 2014, n. 37587, Chen Yiqion, CED 260587.

²¹ Cass. 2 dicembre 2014, n. 1611/15, Santiago Peralta, CED 261984.

risprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato; la Consulta ha dichiarato l'infondatezza della questione, sollevata in relazione agli artt. 3, 13, 25, co. 2, e 27, co. 3 Cost., nonché dell'art. 117, co. 1 Cost., in relazione agli artt. 5, 6 e 7 CEDU²².

Le Sezioni unite hanno poi precisato che

il giudice dell'esecuzione può revocare, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., una sentenza di condanna pronunciata dopo l'entrata in vigore della legge che ha abrogato la norma incriminatrice, allorché l'evenienza di "abolitio criminis" non sia stata rilevata dal giudice della cognizione

mentre

la revocabilità della sentenza deve essere esclusa nella diversa ipotesi in cui, in assenza di interventi del legislatore, si verifichi un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale di una disposizione rimasta invariata, in quanto tale mutamento – anche se sancito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – non determina alcun effetto abrogativo della disposizione interpretata²³.

Si è osservato che con la pronuncia delle Sezioni unite si ha lo stesso effetto cui mirava la questione di costituzionalità sopra richiamata, sicché le sentenze ex art. 6 TU andranno revocate

non in forza dell'intervenuto mutamento giurisprudenziale dell'interpretazione di tale reato ad opera delle Sezioni Unite, bensì in forza dell'abolitio criminis direttamente discendente dall'intervento legislativo del 2009, semplicemente dichiarata dalle sezioni unite nel 2011²⁴.

²² Corte cost. sent. 23 maggio-12 ottobre 2012, n. 230.

²³ Cass. SU 29 ottobre 2015, n. 26259/16, Mraidi, CED 266872.

²⁴ F. VIGANÒ, *Le sezioni unite sulla revoca del giudicato per intervenuta abolitio criminis (nella specie, del delitto di inosservanza dell'ordine di esibizione dei documenti da parte dello straniero irregolare) non rilevata dal giudice di cognizione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 giugno 2016.

4. *L'applicazione dell'art. 650 c.p. ai migranti*

Una diffusa ipotesi di incriminazione per i migranti c.d. clandestini si è avuta con l'applicazione dell'art. 650 c.p.

Il previgente art. 144 TULPS disponeva che "l'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di invitare, in ogni tempo, lo straniero ad esibire i documenti di identificazione di cui è provvisto, e a dare contezza di sé"; nel 1998 il TU sull'immigrazione aveva abrogato tale disposizione.

Una prima lettura della modifica normativa ha comportato che l'inosservanza dell'obbligo di recarsi presso gli uffici di polizia comportasse, di per sé, l'integrazione del reato di cui all'art. 650 c.p.

Lo schema operativo diffuso era così costituito: nel controllo sul territorio di stranieri, gli operanti consegnavano (mediante notifica) al migrante un invito a recarsi nei propri uffici per "dar conto di sé" o per fornire giustificazione della loro presenza sul territorio nazionale. L'invito era consegnato con un modulo tradotto nelle lingue veicolari.

Nella giurisprudenza di legittimità si osservava che, nonostante l'abrogazione dell'art. 144 TULPS, permaneva "il potere dell'Autorità di p.s. di effettuare gli accertamenti necessari per tutte le finalità di pubblica sicurezza stabilite dal TULPS"²⁵.

Erano emersi taluni (modesti) limiti alla portata applicativa della norma, relativi all'obbligo di motivazione dell'invito, alla lingua utilizzata ed all'autorità che poteva emettere l'invito²⁶.

Nei restanti e frequenti casi, la mancata presentazione integrava il reato²⁷, reiterabile trattandosi di reato istantaneo.

A séguito delle modifiche normative introdotte nel 2009 è emerso l'orientamento dell'inapplicabilità dell'art. 650 c.p. a tutte le questioni relative alla posizione dei migranti c.d. irregolari. Si è osservato che

²⁵ Cass. 19 maggio 2001, n. 23049, Abidi Faisal, CED 219498.

²⁶ Era esclusa la Polizia municipale, "mancante di una autonoma e generale competenza di detta polizia in materia di ordine pubblico" (Cass. 1° marzo 2011, n. 14589, Fall, CED 249854).

²⁷ Cass. 23 settembre 2004, n. 41101, Trepici e a., CED 230631; Cass. 21 ottobre 2005, n. 43873, Bledar, CED 232876.

non risponde del reato previsto dall'art. 650 cod. pen. lo straniero che non ottemperi all'invito a presentarsi presso un ufficio di P.S. ai fini dell'espulsione dal territorio nazionale, in quanto l'ordine di allontanamento del Questore e la relativa sequenza procedimentale stabilita dall'art. 14 d.lgs. 286/98 non possono essere validamente surrogati da altri atti²⁸.

L'orientamento è oggi consolidato, ed è ritenuto assorbente rispetto a questioni relative alla lingua o alla motivazione²⁹. Si è precisato che l'irregolare presenza sul territorio nazionale rende lo straniero "indiziato del reato di cui all'art. 10 bis d.lgs. 26 luglio 1998, n. 286 e tale qualità è incompatibile con ingiunzioni passibili di ulteriore sanzione penale"³⁰.

Il timore di una nuova espansione dell'art. 650 c.p. è stato sollevato a più riprese, tutte le volte in cui sono emerse questioni di abrogazione delle norme penali speciali³¹.

Resta aperta ad oggi la questione della revoca di tali sentenze, con questioni analoghe a quelle emerse ex art. 6 TU.

5. Il reingresso del migrante allontanato dal territorio nazionale

Il TU sull'immigrazione prevede distinte ipotesi di reato nei casi di rientro in Italia dopo l'esecuzione dell'espulsione, prima del termine fissato dalla legge. Ai fini della nostra analisi ci limitiamo all'art. 13 co. 13 TU, che riguarda il primo reingresso da espulsione amministrativa.

Nella formulazione originaria costituiva una contravvenzione:

Lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno; in caso di tra-

²⁸ Cass. 1° aprile 2009, n. 19154, Szucz, CED 243692.

²⁹ Cass. 23 ottobre 2014, n. 48270, Saif, CED 261266.

³⁰ Cass. 3 dicembre 2013, n. 12923, Warid, CED 259542.

³¹ M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (Direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano. Riflessioni sui criteri per risolvere l'antinomia tra norma interna e norma comunitaria*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2011.

sgressione, è punito con l'arresto da due mesi a sei mesi ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato.

Il periodo di divieto era fissato in 5 anni, riducibili a 3 dall'autorità giudiziaria ordinaria o amministrativa³².

La legge n. 189/02 ha raddoppiato il periodo di durata a 10 anni ed ha aumentato i limiti edittali. La legge 271/04 ha poi trasformato l'illecito in delitto, con limiti edittali da 1 a 4 anni di reclusione.

Le richiamate modifiche normative non sono state interpretate come abolitive dell'incriminazione, per esservi continuità normativa³³.

La fattispecie ha natura permanente

poiché è dirett[a] ad impedire l'illegale reingresso e la permanenza illecita nel territorio dello Stato del soggetto espulso, sicché il bene giuridico tutelato dalla norma è quello di impedire l'illegale permanenza e

³² Art. 13 co. 14 d.lgs. 286/98 (testo originario): "Il divieto di cui al comma 13 opera per un periodo di cinque anni, salvo che il pretore o il tribunale amministrativo regionale, con il provvedimento che decide sul ricorso di cui ai commi 8 e 11, ne determinino diversamente la durata per un periodo non inferiore a tre anni, sulla base di motivi legittimi adottati dall'interessato e tenuto conto della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel territorio dello Stato".

³³ "Vi è continuità normativa tra il reato di violazione del decreto prefettizio di espulsione già previsto dall'art. 13, comma 13 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e le modifiche introdotte dall'art. 12 della legge 30 luglio 2002, n. 189, e, trattandosi di reato permanente che dura fino a quando non si pone in essere il comportamento dovuto, ossia l'abbandono del territorio dello Stato, una condotta iniziata sotto la previgente normativa e continuata sotto la nuova è sanzionabile secondo le previsioni di quest'ultima" (Cass. 18 giugno 2003, n. 27399, Pricopi, CED 225342).

"La modifica introdotta dalla legge 12 novembre 2004 n. 271 alla fattispecie di reato prevista dall'art. 14, commi quinto ter e quinquies, d.lgs. 286 del 1998, consistente nella trasformazione dello stesso da contravvenzione a delitto, ha determinato da un lato un forte inasprimento sanzionatorio e dall'altro una parziale "abolitio criminis", essendo ora la fattispecie punibile solo se commessa con dolo. Per effetto di tale modifica si è verificata una successione di norme penali che si pongono in rapporto di continuità e, poiché il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal Questore è reato permanente, è conforme a legge una sentenza di condanna che abbia applicato la pena più severa sopravvenuta, qualora la condotta, iniziata sotto la vigenza della norma più favorevole, sia proseguita sotto quella meno favorevole" (Cass. 18 gennaio 2006, n. 3999, Ben Atmane e a., CED 232967).

dunque la continuità della condotta antigiuridica volontariamente protratta nel tempo³⁴.

Il delitto è a dolo generico, “per la cui sussistenza è sufficiente la consapevolezza di essere destinatario di divieto di reingresso nel territorio nazionale” sicché sono state ritenute irrilevanti situazioni successive (come il ricongiungimento per matrimonio)³⁵.

Sotto il profilo processuale si è precisato che lo schema normativo che prevede il giudizio direttissimo è da ritenere il sistema ordinario, anche in deroga all’art. 449 c.p.p.³⁶

Dopo l’introduzione della Direttiva rimpatri e l’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia³⁷ all’art. 14 co. 5 ter TU (che punisce il mancato allontanamento), è stata avanzata una tesi volta ad estendere gli effetti interpretativi all’art. 13 co. 13³⁸, che tuttavia non ha trovato accoglimento in Cassazione³⁹.

Tra le modifiche introdotte dalla Direttiva rimpatri assume rilievo la riduzione del periodo di allontanamento da 10 a 5 anni⁴⁰. Si è posta la questione del riflesso di tale modifica sul precetto penale, posto che i decreti di allontanamento violati prevedevano sempre il termine decennale.

L’interpretazione emersa rende irrilevante il termine fissato nel provvedimento di allontanamento (per esservi violazione di quanto in-

³⁴ Cass. 18 febbraio 2004, n. 17878, Prenga, CED 228548; Cass. 7 novembre 2007, n. 43028, Mazlami, CED 238115.

³⁵ Cass. 5 dicembre 2014, n. 6876/15, Sinimeri, CED 262347.

³⁶ Cass. 16 dicembre 2013, n. 9685/14, El Baroudi, CED 259476.

³⁷ Corte giust. UE 28 aprile 2011, causa C-61/11, El Dridi.

³⁸ L. MASERA, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la Direttiva rimpatri*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 novembre 2013.

³⁹ Cass. 8 febbraio 2012, n. 8701, Ameloule.

⁴⁰ “La durata del divieto d’ingresso è determinata tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera di norma i cinque anni. Può comunque superare i cinque anni se il cittadino di un paese terzo costituisce una grave minaccia per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale” (art. 11 par. 2 della 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).

dicato) ed applica, come *discrimen* per l'integrazione del reato, il mancato rispetto del termine inferiore.

L'operazione interpretativa, compiuta senza modifica della norma penale di cui all'art. 13 co. 13 TU, ha quali effetti:

- che costituisce reato il reingresso, senza autorizzazione, nel territorio dello Stato prima del decorso di cinque anni dal suo allontanamento forzato, anche ove nel provvedimento di espulsione era indicato un termine superiore ai cinque anni⁴¹;
- che non è più previsto come reato dall'art. 13 co. 13 il rientro nel territorio dello Stato dello straniero espulso ove avvenga oltre il quinquennio dall'espulsione, perché la norma incriminatrice, ponendo un divieto di rientro per un decennio, deve essere disapplicata per contrasto con le disposizioni della Direttiva rimpatri, che hanno acquistato efficacia diretta e che prevedono che il divieto di reingresso non possa valere per un periodo superiore a cinque anni⁴²;
- che il rientro oltre il quinquennio nel territorio dello Stato dello straniero espulso, pur non potendo più essere punito come delitto ai sensi del comma 13 dell'art. 13 d.lgs. n. 286 del 1998, integra l'illecito contravvenzionale sussidiario previsto dall'art. 10 bis del medesimo d.lgs. 286⁴³.

L'eventuale (erronea) concessione del visto a soggetto che abbia ottenuto il mutamento del cognome consentito dalla legislazione straniera non esclude l'integrazione del reato⁴⁴.

La pregiudiziale comunitaria, sollevata con specifico riferimento alla disciplina italiana, non ha trovato accoglimento alla Corte di Lussemburgo, secondo cui

non osta, in linea di principio, con la direttiva 2008/115/CE la normativa di uno Stato membro che prevede l'irrogazione di una pena detentiva ad un cittadino extra-comunitario il quale, dopo essere ritornato nel proprio paese d'origine in esecuzione di una precedente procedura di

⁴¹ Cass. 23 ottobre 2013, n. 5878/14, Doku, CED 259155.

⁴² Cass. 13 marzo 2012, n. 12220, Sanchez Sanchez, CED 252214; Cass. 20 ottobre 2011, n. 8181/12, Zyba, CED 252210.

⁴³ Cass. 27 novembre 2012, n. 94/13, Vokrii, CED 254192.

⁴⁴ App. Trento 29 settembre 2010 n. 274, Bodnar.

rimpatrio, rientri irregolarmente nel territorio del suddetto Stato violando un divieto di ingresso⁴⁵.

In dottrina sono emerse molte voci contrarie⁴⁶; la questione principale è rappresentata dal rilievo che nella realtà non v'è alcuna effettiva differenza fra il primo ingresso irregolare (non passibile di pena detentiva) e quelli successivi (per i quali è prevista pena detentiva, con arresto obbligatorio). La pena detentiva, peraltro, è in contrasto con la finalità di allontanamento dal territorio nazionale⁴⁷.

Nel quadro normativo vigente il delitto di reingresso finisce per costituire una delle fattispecie più gravose per il migrante, in ragione della pena edittale e delle norme procedurali (arresto e giudizio direttissimo).

Rimane aperta la questione della costituzionalità della norma, con riferimento all'art. 3 Cost.

In sede applicativa, restano aperti i temi già emersi prima dell'introduzione della Direttiva rimpatri. In particolare, una questione che mantiene rilievo attiene alla traduzione dell'ordine di allontanamento. Si è osservato che

la traduzione in forma meramente sintetica o riassuntiva in lingua comprensibile al destinatario ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese, spagnola (art. 2, comma sesto, del d.lgs. n. 286 del 1998) degli effetti scaturenti dalla mancata osservanza dell'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato emesso dal Questore, senza indicazione specifica delle conseguenze penali dell'inottemperanza, pur non facendo venire meno la legittimità del provvedimento amministrativo, incide, escludendola, sulla responsabilità penale (fattispecie in cui il provvedimento del Questore era privo, nel testo tradotto in lingua inglese notificato all'imputata, dell'indicazione specifica delle conse-

⁴⁵ Corte giust. UE, sez. IV, 1° ottobre 2015, causa n. C-290/14, Celaj.

⁴⁶ L. MASERA, *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE)*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2015; F.M. FERRARI, *Illecito reingresso dello Straniero espulso dal territorio nazionale: la Corte UE alle prese con il passo del gambero*, in www.europeanrights.eu, 30 ottobre 2015.

⁴⁷ R. BARBERINI, *La rilevanza penale del fenomeno migratorio*, in www.questionegiustizia.it, 30 ottobre 2015; A. ROMANO, "Circumstances ... are clearly distinct": la detenzione dello straniero per il delitto di illecito reingresso nella sentenza Celaj della Corte di giustizia, in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 2015, 109.

guenze penali della mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento, sostituita dalla generica indicazione "sarà tratta in arresto")⁴⁸.

Sul piano applicativo, può realizzarsi l'ipotesi di cui all'art. 131 bis c.p.⁴⁹

Per i neo-comunitari, si è posta la questione già sollevata dalle Sezioni unite Magera⁵⁰, secondo cui l'adesione della Romania alla Unione europea a decorrere dal 1° gennaio 2007 non determina la liceità del reato di reingresso nel territorio dello Stato dello straniero espulso commesso, prima di tale data, da cittadino rumeno⁵¹. Ad analoghe conclusioni è pervenuta la Corte di giustizia UE⁵².

Il mutamento normativo europeo ha effetti anche in sede esecutiva.⁵³

6. La migrazione come reato

Il reato chiave della risposta all'immigrazione clandestina è individuato, alla luce dei lavori parlamentari e delle sentenze della Corte costituzionale, nell'art. 10 bis TU, che punisce il mero fatto dell'ingresso o del trattenimento illegale in Italia⁵⁴; per definire illegale la condotta,

⁴⁸ Cass. 9 marzo 2006, n. 15985, Njkwa, CED 234249. Sulla rilevanza della traduzione cfr. anche Cass. 14 febbraio 2014, n. 15741, Doci; Cass. 7 novembre 2007, n. 42401, Preni.

⁴⁹ In termini Trib. Trento 16 ottobre 2015 n. 833, Lekbiba.

⁵⁰ Cass. SU 27 settembre 2007, n. 2451/08, Magera, CED 238196.

⁵¹ Cass. 5 giugno 2012, n. 27628, Cirlan, CED 253330.

⁵² Corte giust. UE 6 ottobre 2016, causa C-218/15, Paoletti e a.; F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE in materia di retroattività in mitius della legge penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 ottobre 2016.

⁵³ L. MASERA, *Sono da revocare le sentenze di condanna per il reato di illecito reingresso nel territorio dello Stato ex art. 13 co. 13 t.u. imm., quando il reingresso sia avvenuto a più di cinque anni dall'espulsione*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 marzo 2013; App. Milano, sez. III, 29 febbraio-16 marzo 2012, in *dejure.it*.

⁵⁴ A. GILIBERTO, *Direttiva rimpatri: la Corte di giustizia UE conferma la propria giurisprudenza sull'art. 10 bis T.U.imm.*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 aprile 2013; C. NICOLAI, *Il reato di clandestinità nella prassi del Giudice di Pace di Milano (tesi di laurea)*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2014; G.L. GATTA, *La criminalizzazione*

occorre fare riferimento alla disciplina amministrativa relativa al regolare accesso nel nostro Paese.

L'art. 10 bis TU introdotto con legge 94/09 ha rappresentato una novità assoluta nel nostro ordinamento, in quanto per la prima volta la legge ha considerato reato il solo fatto di essere entrato in Italia senza permesso di soggiorno o di esservi rimasto, dopo che il permesso era scaduto, non rinnovato, revocato, etc.

La struttura del reato è semplice:

- è reato proprio, cioè può essere commesso solo dallo straniero;
- è (teoricamente) residuale, perché non opera quando il fatto costituisce più grave reato;
- si realizza con la condotta dell'ingresso o (più frequentemente) del trattenimento illecito; il trattenimento è illecito se è in contrasto con il TU, che disciplina le modalità per l'ottenimento del permesso di soggiorno;
- è una contravvenzione, prevede pena pecuniaria, è di competenza del Giudice di pace, è esclusa l'oblazione, opera una sorta di direttissima (un rito introdotto insieme alla riforma);
- la sentenza non è appellabile ma ricorribile in Cassazione; è appellabile se viene irrogata la sanzione sostitutiva dell'espulsione⁵⁵;
- è reato istantaneo, quindi il soggetto che venga fermato più volte può vedersi contestato, ogni volta, una nuova violazione ex art. 10 bis TU;
- è prevista una specifica causa estintiva.

Tra gli elementi consapevolmente mancanti nella norma, come può desumersi dai lavori parlamentari, c'è l'assenza della clausola del "giustificato motivo".

Sulla fattispecie era intervenuta la Corte costituzionale nel 2010. Secondo la Consulta

l'inserimento nella formula descrittiva dell'illecito della clausola «senza giustificato motivo» [non è] indispensabile al fine di assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di im-

della 'clandestinità' fra scelte nazionali e contesto europeo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 188.

⁵⁵ Da ult. Cass. 28 ottobre 2015, n. 49871, Safi Tariq, CED 265417.

migrazione. (...) Con particolare riguardo, poi, alla figura dell'illecito trattenimento rimane, altresì, operante il basilare principio ad impossibilia nemo tenetur, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie. In rapporto a tali fattispecie, difatti, l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta esclude – secondo una diffusa opinione – la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione. Ne consegue che, per questo verso, un insieme di situazioni, rilevanti come «giustificato motivo» in rapporto al reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento, ben possono venire in considerazione anche ai fini di escludere la configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998 (si pensi, ad esempio, alla indisponibilità, da parte dello straniero, per cause indipendenti dalla sua volontà, dei documenti necessari al fine di lasciare legalmente il territorio nazionale). Rispetto alla contravvenzione in questione è, d'altra parte, rinvenibile un diverso strumento di “moderazione” dell'intervento sanzionatorio, non operante in rapporto alla fattispecie criminosa posta a confronto. Si tratta, in specie, del già ricordato istituto della improcedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000), reso applicabile dall'attribuzione della competenza per il reato in esame al giudice di pace: istituto la cui disciplina – nel suo riferimento alle condizioni dell'esiguità dell'offesa all'interesse tutelato, dell'occasionalità della violazione, del ridotto grado di colpevolezza e del pregiudizio recato dal procedimento penale alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'imputato – può valere a “controbilanciare” la mancata attribuzione di rilievo alle fattispecie di «giustificato motivo» che esulino dal novero delle cause generali di non punibilità⁵⁶.

La Corte di giustizia UE nel 2012 ha ritenuto compatibile l'art. 10-bis con il diritto comunitario con la sentenza Sagor⁵⁷. L'unico limite sancito dalla Corte attiene al divieto di convertibilità della pena pecuniaria non eseguita in quella della permanenza domiciliare. Il reato di clandestinità previsto dalla legislazione francese era stato dichiarato illegittimo⁵⁸.

Nel 2014 il reato è stato inserito nel novero delle fattispecie da depenalizzare. Nella fase intermedia dell'attuazione della delega legislati-

⁵⁶ Corte cost. sent. 9 giugno-5 luglio 2010, n. 250.

⁵⁷ Corte giust. UE, sez. I, 6 dicembre 2012, causa C-430/11, Sagor; Corte giust. UE, sez. III, ord. 21 marzo 2013, causa C-522/11, Mbaye.

⁵⁸ Corte giust. UE, Grande sez., 6 dicembre 2011, causa C-329/11, Achughbabian.

va, sono emerse voci per una abrogazione implicita del reato⁵⁹. In giurisprudenza si era tuttavia precisato che la legge delega non aveva effetto abrogativo diretto⁶⁰.

Come è noto, il legislatore delegato del 2016 non ha esercitato la delega con riferimento all'art. 10 bis TU⁶¹.

In sede applicativa, restano aperte numerose questioni.

Ai fini istruttori, per la prova dell'integrazione del reato è sufficiente l'assenza di idoneo titolo di soggiorno ovvero che il migrante non sia in grado di allegare prova della regolarità di soggiorno⁶².

Per i casi di plurimi accertamenti delle condotte previste dall'art. 10 bis TU, occorre considerare che opera l'istituto della continuazione, salvo quanto si dirà *infra*⁶³.

Inoltre, in caso di contestazioni temporalmente coincidenti, opera il *ne bis in idem* ex art. 349 c.p.p.

È discusso se il reato possa essere commesso da migranti minorenni⁶⁴.

La sussistenza del reato ha una serie di effetti sullo *status* dei migranti, in quanto indagati del reato, ai fini dell'audizione nei processi, ad es., contro gli scafisti⁶⁵.

⁵⁹ C. SOTIS, *Punire per un fatto che la legge ha stabilito non essere più reato?*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 novembre 2015.

⁶⁰ Cass. 19 settembre 2014, n. 44977, Ndiaye e a., CED 261124.

⁶¹ G. LOSAPPIO, *La delega di depenalizzazione specifica. Effetti pretesi e pretese senza effetto*, in *Cass. pen.*, 2016, 2448.

⁶² Cass. 17 maggio 2013, n. 31998, Hamani, CED 256503.

⁶³ *Ib.* § 8.

⁶⁴ Per la sussistenza del reato, in linea generale, salva la competenza dell'A.G. minore, Cass. 4 giugno 2015, n. 27257, R.S.; Cass. ottobre 2011, n. 43068, R.V. Per l'opposta soluzione, con richiamo alla giurisprudenza di merito, *Minorenni e reato di "immigrazione clandestina"*, in www.questionegiustizia.it, 30 ottobre 2013.

⁶⁵ *Una legge che solo ostacolato chi deve indagare sui trafficanti. Intervista a Franco Roberti*, in *Repubblica*, 8 gennaio 2016, 8.

7. *Il mancato allontanamento*

Il reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento, introdotto con la legge 189/02 ha avuto un notevole impatto sul mondo giudiziario e sulla vita dei migranti c.d. irregolari. Dopo una serie di interventi della Corte costituzionale e di modifiche normative, con l'inasprimento sanzionatorio realizzato dalla legge 94/09, il reato è stato dichiarato incompatibile con l'ordinamento comunitario nel 2011⁶⁶.

Con la legge 189/02 si era previsto un sistema espulsivo alternativo del migrante, rappresentato dall'ordine di allontanamento (emesso dal Questore) contenente la prescrizione dell'uscita dal territorio nazionale nel termine di cinque giorni. Al mancato allontanamento volontario era connessa l'introduzione della fattispecie di cui all'art. 14 co. 5 ter TU, punito con pena detentiva elevata e realizzato con lo schema del giudizio direttissimo. Era qualificato come reato omissivo proprio.

Il mancato allontanamento non costituiva reato in presenza di un "giustificato motivo". Detta clausola ha visto interpretazioni difformi da parte della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione.

Per la Consulta, la compatibilità costituzionale della norma (fino al 2011) era garantita dalla clausola del "giustificato motivo", che avrebbe dovuto far escludere il reato in tutti i casi nei quali l'allontanamento volontario del migrante dall'Italia fosse in concreto impossibile o inesigibile. La giurisprudenza di merito, in attuazione dei principi espressi dalla Consulta, ha riconosciuto con ampiezza la clausola, rispetto alla quale l'unica difficoltà in concreto era costituita da problemi di onere probatorio, nei frequentissimi casi di processo in contumacia.

La questione ha assunto particolare rilievo per i migranti c.d. economici. La Cassazione, con giurisprudenza tralatizia, ha interpretato la clausola in modo restrittivo, distinguendo fra difficoltà economiche (non tali da giustificare l'impossibilità di acquistare il biglietto di ritorno nel Paese d'origine) e la totale impossidenza⁶⁷. Analoga lettura restrittiva del "giustificato motivo" si rilevava su un'altra questione peculiare dei migranti, quali la mancanza di un valido documento. L'assenza

⁶⁶ Corte giust. UE 28 aprile 2011, causa C-61/11, El Dridi.

⁶⁷ Cass. 1° dicembre 2010, n. 55/11, Vucitna.

di valido documento avrebbe reso impossibile l'ingresso in altro Stato all'uscita dall'Italia; l'assenza di documento era tuttavia ritenuta irrilevante, sul presupposto il migrante avrebbe potuto ottenere il duplicato in Italia⁶⁸, con un rigoroso onere probatorio⁶⁹.

L'entrata in vigore della c.d. Direttiva rimpatri in data 24.12.2010 ha posto la questione della compatibilità fra il testo della direttiva comunitaria e la disciplina vigente. Il risultato che ne ha tratto la giurisprudenza, per prima proprio la Cassazione, è stato quello di considerare che l'art. 14 TU contempla un precetto (inottemperanza all'ordine di allontanamento) contrastante col diritto comunitario. L'effetto è che l'imputazione per art. 14 TU comporta l'assoluzione perché il fatto non costituisce più reato, alla stessa stregua di una modifica normativa⁷⁰.

L'intervento normativo di diritto interno successivo alla decisione della Corte non ha eliminato la rilevanza penale del fatto.

L'attuale formulazione prevede un delitto, punito con pena pecuniaria⁷¹, di competenza del Giudice di pace e fondata sulla violazione dell'ordine di allontanamento. La condotta del nuovo reato (fondata sulla violazione) è distinta da quella previgente (rappresentata dal trattenersi sul territorio nazionale), sicché è stata interpretata in dottrina come costitutiva di un reato istantaneo⁷².

Il nuovo art. 14 non è in "continuità normativa" con il previgente delitto, sicché la nuova fattispecie "può essere applicata esclusivamente in relazione ai comportamenti realizzati successivamente alla sua entrata in vigore"⁷³.

Permangono molte questioni di rito e di merito che erano emerse in giurisprudenza con riferimento al vecchio art. 14 TU.

⁶⁸ Cass. 20 ottobre 2010, n. 39824, Beye; Cass. 30 settembre 2010, n. 37061, Diallo.

⁶⁹ Cass. 8 luglio 2010, n. 34245, Caceres Sanchez, CED 248341.

⁷⁰ Per i primi interventi della S.C., cfr. Cass. 28 aprile 2011, n. 22105, Tourghi, CED 249732; Cass. 29 aprile 2011, n. 18586, Sterian e a., CED 250233.

⁷¹ Il limite edittale minimo è rilevante (euro diecimila di multa).

⁷² A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, cit., 161; P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/11, 807.

⁷³ Cass. 11 ottobre 2013, n. 47831, Aliot Tahroi, CED 258452.

In particolare, con riferimento alla questione della lingua, si è affermato il principio di diritto secondo cui

ai fini della configurabilità del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore, la mera traduzione del decreto di espulsione e dell'ordine di allontanamento in lingua "veicolare" senza che sia attestata la motivata impossibilità di avvalersi di un testo predisposto nella lingua madre dello straniero – secondo quanto previsto dall'art. 13, comma 5.1, del d.lgs. n. 286 del 1998 – non integra di per sé illegittimità dei provvedimenti amministrativi posti a presupposto della condanna, quando non è dedotta in concreto l'inidoneità dei documenti redatti in lingua "veicolare" a dare compiuta cognizione all'interessato del contenuto precettivo dei provvedimenti...

[sicché in un caso di mancata traduzione del decreto in lingua araba, ma solo in francese per un cittadino marocchino, si è ritenuto integrato il reato in quanto]

il ricorrente non ha dedotto, nel presente giudizio, di non aver compreso i contenuti del provvedimento di espulsione (che non risulta, per altro, aver egli mai impugnato) e del conseguente ordine di allontanamento in quanto redatti in lingua a lui non conosciuta⁷⁴

e che

l'illegittimità del decreto di espulsione per la sua mancata traduzione in lingua comprensibile al destinatario non può essere affermata sulla sola base della omessa predisposizione del provvedimento in moduli plurilingue, perché l'art. 13, comma settimo, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, non prevede un obbligo di predisposizione del testo del decreto di espulsione in modelli plurilingue essendo questi espressamente contemplati solo per fornire allo straniero l'informazione della facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria dal territorio italiano⁷⁵.

Resta la questione della verifica di legittimità del provvedimento amministrativo, con disapplicazione. L'istituto opera anche con riferimento agli atti risalenti (decreto di espulsione; ordine di allontanamen-

⁷⁴ Cass. 10 febbraio 2015, n. 24698, Rabah, CED 263924.

⁷⁵ Cass. 7 novembre 2014, n. 7641/15, Ahazke, CED 262480.

to) in quanto incompatibili con la Direttiva rimpatri⁷⁶; non rileva a tal fine che si tratti di reato permanente, posto che

se è pur vero che il reato contestato al ricorrente è un reato permanente, la cui consumazione si protrae sino alla sentenza di condanna e che pertanto in relazione alla frazione di condotta consumatasi successivamente all'entrata in vigore della nuova formulazione della norma incriminatrice non vi sarebbe ragione per non applicare le nuove norme, sta di fatto, però, che il giudice di merito, non ha valutato la legittimità del procedimento amministrativo nell'ambito del quale era stato emesso l'ordine di allontanamento che si assume violato da ricorrente e che la contestazione del reato presupponeva la previa emanazione di un nuovo (legittimo) ordine di allontanamento, la cui eventuale accertata inottemperanza avrebbe giustificato, l'applicazione del riformato d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, comma 5 quater⁷⁷.

Rimane poi aperta la valutazione del "giustificato motivo"⁷⁸.

Emergono poi nuove questioni.

L'azione penale va esercitata in un termine tassativo. In un caso di esercizio dell'azione a due mesi dal fatto, si è osservato che

ha carattere tassativo la previsione della instaurazione del giudizio dinanzi al giudice di pace nel termine massimo di quindici giorni, recata dall'art. 20 bis d.lgs. n. 274 del 2000, ed applicabile nei procedimenti relativi ai reati di cui agli artt. 10 bis e 14, commi 5 ter e 5 quater, d.lgs. n. 286 del 1998, nel caso in cui si procede nelle forme della presentazione immediata davanti al giudice (in motivazione, la Corte ha precisato che la drastica riduzione dei tempi per la difesa, prevista dai moduli procedurali di cui agli artt. 20 bis e 20 ter d.lgs. n. 274 del 2000 può trovare giustificazione solo se è realizzata la finalità di assicurare la celebrazione del processo in tempi brevissimi)⁷⁹.

⁷⁶ Cass. 2 luglio 2013, n. 35021, Kane, CED 257211.

⁷⁷ Cass. 30 giugno 2014, n. 32790, Singh.

⁷⁸ Da ult. Cass. 1° aprile 2016, n. 33081, Ghezail, sulla mancata valutazione da parte del Giudice di pace dello stato di salute e delle difficoltà economiche dell'imputato.

⁷⁹ Cass. 12 maggio 2015, n. 25815, Ech Charrady, CED 263959.

Per le vecchie condanne ex art. 14 co. 5 ter TU, si è riconosciuto l'istituto della revoca ex art. 673 c.p.p. da parte del giudice dell'esecuzione⁸⁰.

8. *L'essere migranti come aggravante comune*

Il legislatore nel 2008 ha inserito come circostanza aggravante comune (come tale applicabile a tutti i reati) “l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale” (art. 61 n. 11 bis c.p.).

La norma è stata dichiarata incostituzionale nel 2010⁸¹. La Corte ha osservato che la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata – per quanto riguarda la tutela dei diritti inviolabili – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato.

Si è posta la questione delle sentenze irrevocabili di condanna, per i reati più disparati, nei quali v'è stata applicazione dell'aggravante. Esclusa la nullità della sentenza⁸², le Sezioni unite hanno osservato che l'incostituzionalità

impedisce che sia eseguita la porzione di pena, irrogata con sentenza irrevocabile, corrispondente all'applicazione della circostanza aggravante prevista da tale norma, spettando al giudice dell'esecuzione individuare la porzione di pena da eliminare⁸³.

⁸⁰ Cass. 12 aprile 2012, n. 14276, Khemiri, CED 252235.

⁸¹ Corte cost. 8 luglio 2010, n. 249.

⁸² Cass. 13 ottobre 2010, n. 40923, Chamki e a., CED 248705.

⁸³ Cass. SU 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, CED 260700.

9. Effetti e rimedi

La struttura dei reati e la competenza hanno una serie di effetti sugli autori delle condotte.

La qualificazione di una fattispecie come reato *istantaneo* invece che *permanente* comporta che il medesimo soggetto, per una analoga condotta, commette reato più volte.

La commissione di più reati non è attutita dall'istituto della continuazione (in sede di cognizione o in sede esecutiva). La configurazione di talune fattispecie come delitto ed altre come contravvenzioni comporta, in particolare: che nelle contravvenzioni costituisce reato anche una condotta colposa; che in caso di commissione di delitti e di contravvenzioni, non è configurabile la continuazione fra reati dolosi e colposi⁸⁴, salvo che si dimostri che la contravvenzione è stata commessa con colpa cosciente⁸⁵.

La determinazione di reati con competenza del Giudice di pace ha effetti per l'esclusione di taluni istituti quali la sospensione condizionale della pena e l'accesso a riti speciali (patteggiamento e giudizio abbreviato).

La previsione normativa di una pena pecuniaria influisce anche sui gradi di merito, posto che in tali casi la sentenza è inappellabile e solo ricorribile in Cassazione, salvo che sia stata applicata la misura dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva⁸⁶.

Nella giurisprudenza di legittimità è pacifica l'applicabilità dell'istituto dell'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/00) anche ai reati in materia di immigrazione⁸⁷.

⁸⁴ Cass. 1° febbraio 2012, n. 6579, Mancini, CED 252041.

⁸⁵ Cass. 29 novembre 2006, n. 3579/07, Galluzzo, CED 236018; Cass. 10 aprile 2014, n. 24612, Izzo.

⁸⁶ Cass. 28 ottobre 2015, n. 49871, Safi Tariq, CED 265417.

⁸⁷ Cass. 5 luglio 2013, n. 35742, Ochinca, CED 256825; Cass. 23 settembre 2013, n. 44455, Alle Mbaye; Cass. 5 luglio 2016 n. 46173, Ndiaye e a.; Cass. 20 luglio 2016, n. 35104, Guy.

È discussa l'applicabilità – nei giudizi di competenza del Giudice di pace – dell'art. 131 bis c.p.⁸⁸.

⁸⁸ Nel senso positivo, trattandosi di disciplina più favorevole rispetto all'art. 34 d.lgs. 274/00, Cass. 14 luglio 2016, n. 40699, Colangelo, CED 267709; in senso contrario Cass. 4 dicembre 2015, n. 1510/16, Bellomo, CED 265491; Cass. 14 luglio 2015, n. 31920, Marzola, CED 264420.

PARTE QUINTA

L'INTEGRAZIONE DEI MIGRANTI
TRA ORDINE PUBBLICO E IDENTITÀ CULTURALI

LA REPRESSIONE DEL DISSENSO TRA SIMBOLISMO E DISCRIMINAZIONE RAZZIALE

Alessandra Macillo

SOMMARIO: 1. *Introduzione: un breve sguardo ai nostri avi.* 2. *La legge Mancino: origine ed evoluzioni.* 3. *Propaganda e istigazione all'odio razziale secondo i principi del garantismo.* 4. *La funzione simbolica della tutela penale in materia di discriminazione razziale.*

1. Introduzione: un breve sguardo ai nostri avi

La repressione delle forme di manifestazione di discriminazione razziale è solita ricondursi ad un fondamento, che vede nel rispetto dell'uguaglianza degli esseri umani su scala universale il suo ideale¹. La meta-narrazione del nostro tempo, che restituisce centralità alla nozione di diritti umani, sconta, tuttavia, una paradossale contraddizione. Ciò che oggi definiamo come «umano» sembra, infatti, essere frutto di una delle maggiori tragedie ecologiche causate dai *Sapiens*: lo sterminio sistematico di tutte le altre specie umane, che un tempo popolavano la terra².

Nei libri di storia si suole sostenere che l'*homo Sapiens* abbia rappresentato l'ultimo stadio di una catena evolutiva, che partiva dai grandi primati, passando, tra gli altri, per *Neanderthal* ed *Erectus*. Tuttavia questa tesi da tempo consolidata è stata smentita da numerosi ritrovamenti, i quali dimostrano la contemporanea permanenza nelle medesime aree geografiche di diverse specie del genere umano durante migliaia di anni. A quanto pare, quando l'*homo Sapiens* apparve per la

¹ In tal senso, si veda G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia*, in *Derecho penal y criminología*, n. 5/2015, 3 ss.

² Y. HARARI, *Da animali a Dèi. Breve storia dell'Umanità*, Milano, 2014.

prima volta sulla terra, queste diverse specie del genere umano vivevano in perfetta armonia tra di loro e con l'ambiente circostante.

In brevissimo tempo (in termini evolutivi), giusto dopo l'ingresso nel teatro della Storia dell'*homo Sapiens*, queste specie, insieme a quasi tutti i più mastodontici mammiferi sulla terra, scomparvero completamente, lasciando deboli tracce davanti a sé, che conserviamo in piccolissime percentuali del nostro genoma. Quali possano essere le cause di tale estinzione non è chiaro. Tuttavia lo schema si ripeté allorquando, in epoca diversa, i primi *Sapiens* arrivarono in Australia e in America. Anche qui, nonostante l'assenza di cause ambientali o geologiche, che possano giustificare una simile catastrofe, tutte le specie umane diverse dai *Sapiens* e molte tra quelle dei grandi mammiferi scomparvero. Non è detto che vi sia una causalità diretta, e tuttavia è indicativo che l'estinzione sia avvenuta proprio quando questa nuova specie umana, alla quale apparteniamo, ha dato inizio al proprio progetto di dominio sulla terra. C'è chi inferisce da ciò che il primo atto significativo della nostra specie nel lungo libro della Storia del pianeta, non sia stato l'invenzione della ruota, il controllo del fuoco, o la poesia, bensì il genocidio³.

Se questa teoria fosse fondata, oggi ci ritroveremo ad usare una allocazione, «genere umano», che ha in sé la memoria e il segno della brutale forza distruttiva con la quale l'*homo Sapiens* è entrato nella Storia: egli avrebbe costretto un intero genere animale a identificarsi con una sola delle sue specie, attraverso il sistematico sterminio di tutte le altre, per poi dimenticarne l'esistenza. La dizione di «diritti umani», letta in questa luce, acquisterebbe, dunque, un senso immanente di monito rispetto agli orrori di cui sin dagli albori si è dimostrata capace la nostra specie.

Tuttavia, resta da chiarire come sia stato possibile che una specie dalle capacità fisiche piuttosto limitate anche rispetto alle altre dello stesso genere⁴ sia stata in grado di dominare e imporre la propria supremazia su tutto il globo. La risposta la si rinviene in quella che si definisce Rivoluzione cognitiva: ad un certo punto della storia dell'*homo Sapiens*, egli iniziò a sviluppare una capacità completamente sconosciu-

³ Y. HARARI, *Da animali a Dèi*, cit., 65 ss.

⁴ A quanto pare i *Neanderthal* erano ad esempio ben più forti e resistenti fisicamente di qualsiasi altro umano e questo non li ha risparmiati dall'estinzione.

ta a tutte le altre creature viventi. Egli, infatti, riusciva ad immaginare e creare oggetti che non esistevano in natura e a comunicarli attraverso il linguaggio: tali oggetti erano le idee. Queste creazioni immateriali hanno la caratteristica di poter essere utilizzate quale strumento di cooperazione sociale tra un numero indefinito di soggetti, che, pur se estranei tra loro, attraverso il comune riferimento ad un sistema di idee, riescono a condividere la medesima cultura, ideologia, credenza e a collaborare in base ad essa. La fiducia riposta in questo punto di riferimento ideologico comune permise ai *Sapiens* di emanciparsi dalla necessità di costruire rapporti interpersonali basati sulla conoscenza reciproca per prevedere la condotta altrui e di affidarsi, invece, a sistemi normativi di comportamento.

Tali considerazioni rivestono una duplice rilevanza nella trattazione della disciplina antidiscriminatoria di carattere penale: innanzitutto, rivelano una costante delle relazioni dell'uomo con l'ambiente circostante, che si riproduce nella materia oggetto di trattazione; in secondo luogo, evidenziano l'ambiguità e pericolosità intrinseca della criminalizzazione su base ideologica.

Per quanto concerne il primo profilo, è significativo notare che sin dagli albori i *Sapiens* hanno sviluppato una avversione selettiva, che si è rivolta non contro tutte le specie che popolano la terra, bensì privilegiando quelle che mostrano caratteri di maggiore somiglianza con essi: oggetto di quel primo genocidio che segnò, a quanto pare, l'atto di nascita della nostra specie, furono, infatti, tutti gli altri umani e buona parte dei grandi mammiferi che popolavano la terra (e che ancora oggi sono a rischio di estinzione). Nel processo di deificazione della nostra specie, così, sono state vittime privilegiate dell'odio discriminatorio i simili e tuttavia diversi: essi, come *memento mori*, ricordavano troppo da vicino la finitezza e casualità dell'esistenza umana. Questo dato risulterà rilevante quando si tratterà di delineare quale sia il bene giuridico oggetto di tutela nella disciplina antidiscriminatoria.

Il secondo profilo, invece, è ciò che suggerisce cautela nell'ambizioso progetto di universalismo dei diritti umani. La meta-narrazione di cui è portatore potrebbe essere, in effetti, del tutto rivoluzionaria: essa rappresenterebbe una soluzione di continuità senza precedenti con una costante della storia dell'uomo, che ha ciclicamente e sistematicamente

tentato di eliminare il simile, seppur diverso. Se, però, alle suddette buone intenzioni si aggiunge la micidiale efficacia raggiunta nella cooperazione sociale in vista di *Weltanschauung* condivise, è facilmente individuabile il rovescio della medaglia. Proprio quel progetto, che vorrebbe tutti gli uomini uguali in dignità e diritti, potrebbe rivelarsi l'arma più letale per la distruzione del diverso, laddove il diverso si identificasse con l'intollerante, il fondamentalista. Ecco dunque la cautela, che più che in qualsiasi altro settore deve imporsi nella repressione penale: se questa è lo strumento più invasivo di cui può legittimamente avvalersi uno Stato di diritto, se essa, con le sue armi, già nella storia recente e qui e là nel nostro presente si è piegata alle logiche dell'oppressione e della prevaricazione, ogni ricorso ad essa, per ritenersi legittimo, dovrà centellinarsi e passare per il vaglio severo dei principi del garantismo. Nessuna eccezione, nessuna emergenza, nessun supposto valore supremo potrà legittimamente giustificare una deroga.

2. *La legge Mancino: origine ed evoluzioni*

La disciplina antidiscriminatoria specificamente dedicata alla matrice razziale in ambito penale trova il suo primo riscontro nell'ordinamento italiano con la legge del 20 giugno 1952 n. 645, anche detta legge Scelba. Essa rappresenta la norma di attuazione della XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione, avente ad oggetto il divieto di «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista». La legge Scelba, in particolare, nel contesto della criminalizzazione della riorganizzazione del partito o di qualsiasi forma di movimento fascista (art. 1), inserisce nel catalogo delle condotte rilevanti ai fini della configurazione della fattispecie anche la «propaganda razzista». Il riferimento a «idee e metodi razzisti» è ripreso nuovamente al co. 2 dell'art. 4, quale aggravante rispetto al reato di apologia del fascismo, disciplinato dal medesimo articolo⁵.

⁵ Per un approfondimento ed ulteriore bibliografia sui reati di apologia nel nostro ordinamento, si rimanda a S. MOCCIA (a cura di), AA.VV., *Trattato di diritto penale. Delitti contro l'ordine pubblico*, vol. 5, Napoli, 2007, 152 ss.

Tuttavia, una normativa specifica riguardante la discriminazione razziale si adotterà solo a seguito della ratifica, intervenuta con la legge del 13 ottobre 1975, n. 654 (c.d. legge Reale), alla Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966: essa riceverà piuttosto pedissequamente il contenuto della suddetta Convenzione⁶.

Successivamente, a questo intervento è seguita l'adozione del d.l. del 26 aprile 1993, n. 122, convertito in legge 25 giugno 1993 n. 205, c.d. legge Mancino, che pur senza abrogarla, ha assorbito completamente il contenuto della legge Reale: è questa normativa a rappresentare, oggi, il nucleo centrale della disciplina antidiscriminatoria per motivi razziali in Italia. Con questo intervento, del resto, il Legislatore non si è limitato ad approntare una tutela antidiscriminatoria: egli ha introdotto nel nostro ordinamento un vero e proprio micro sistema repressivo specificamente dedicato ai fatti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali e, in aggiunta rispetto al catalogo della Convenzione, religiosi.

Condotta per mano dall'*horror vacui* tipico della normazione casistica, il Legislatore nazionale ha inserito numerose nuove fattispecie di reato, che vanno dall'apologia del razzismo alla commissione di fatti di violenza per motivi razziali, passando per la propaganda, l'incitamento, l'ostentazione di simboli di matrice ideologica razzista, la partecipazione e l'assistenza all'attività di organizzazioni di qualsiasi tipo, movimenti o gruppi che abbiano, tra gli scopi, quello di incitare all'odio o alla discriminazione razziale, oltre ad una aggravante generale a effetto speciale per chi agisca motivato da intenti di discriminazione razziale. A ciò si aggiungono disposizioni in tema di sanzioni accessorie, misure di prevenzione, procedibilità d'ufficio, perquisizioni e sequestri, che aggravano ulteriormente il sistema repressivo delle condotte comunque legate alla discriminazione razziale, nel dichiarato intento di coprire in modo capillare tutte le sue possibili manifestazioni e con il prevedibile

⁶ Così G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo rivista on-line*, 2014.

effetto di affievolire le garanzie sia sostanziali sia processuali in materia.

Nel contesto di una generale riforma relativa ai reati di opinione tuttora presenti in Italia, la legge 24 febbraio 2006, n. 85, è intervenuta anche sull'art. 3 co. 1 della legge Reale, già novellato dalla legge Mancino. Con essa si sostituisce l'espressione «diffonde in qualsiasi modo» (lettera a. dell'articolo) con il termine di «propaganda» e il verbo «incita» (lettera a. e b. dell'articolo) con quello di «istiga», prevedendo inoltre un lieve contenimento delle pene per i reati in oggetto.

Recentissimi interventi legislativi, alcuni ancora in corso di approvazione, introducono ulteriori novità. Innanzitutto, va rilevato che a seguito delle disposizioni previste dal c.d. «pacchetto depenalizzazioni» approvato con il decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 7, recante «Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili», e con il decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 8, recante «Disposizioni in materia di depenalizzazione», entrambi in attuazione della legge 28 aprile 2014 n. 67, la circostanza aggravante della discriminazione razziale non potrà da oggi innestarsi sulle condotte depenalizzate, tra le quali spicca, per la rilevanza del caso, l'ormai illecito civile dell'ingiuria.

Approvata definitivamente anche la legge del 16 giugno 2016, n. 115 che introduce l'aggravante di negazionismo nel nostro ordinamento, quale ulteriore specificazione del complesso repressivo disegnato con la legge Mancino. Secondo la legge in commento, si prevede

la pena della reclusione da 2 a 6 anni se la propaganda, ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra⁷.

⁷ Sul negazionismo, anche in chiave comparata e per ulteriori riferimenti bibliografici, vd. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; E. FRONZA, A. GAMBERRINI, *le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Diritto penale contemporaneo on-line*, 2013; G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo rivista on-line*, 2016; G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la*

3. Propaganda e istigazione all'odio razziale secondo i principi del garantismo

La legge Mancino, così come modificata dalla legge n. 85/2006, sostituisce l'art. 3 co. 1 della legge Reale, punendo:

- a) con la reclusione fino a un anno e sei mesi oppure la multa fino a 6000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi, razziali, etnici, nazionali o religiosi;
- b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Rispetto alla precedente disciplina, il testo vigente, modificato dalla legge n. 85/2006, sembra restringere maggiormente gli ambiti della condotta penalmente rilevante⁸. Il concetto di propaganda, infatti, sembra già ad una interpretazione di carattere letterale più selettivo rispetto a quello di «diffusione in qualsiasi modo» precedentemente previsto alla lettera a., così come il concetto di «istigazione», introdotto sia alla lettera a. che alla lettera b. della norma, oltre che tecnicamente più qualificato, presenta un elemento di determinatezza maggiore rispetto a quello di «incitamento», in ragione del suo riferimento specifico ad una dimensione causale. In particolare, il concetto di propaganda richiederebbe una organizzazione di mezzi e strumenti ed una idoneità persuasiva del tutto assente o irrilevante ai fini della configurazione della pura diffusione di una idea⁹. L'istigazione, invece, rimanderebbe ad una efficienza causale rispetto alle condotte di violenza, che non può ritenersi implicita e che in effetti veniva esclusa nel concetto di incitamento¹⁰.

punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa, in *Diritto penale contemporaneo rivista on-line*, 2016.

⁸ In questo senso, A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, p. 689 ss.; G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 11; *contra* T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al dir.*, 2006, fasc. 14, 28.

⁹ Così, C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 69 ss.

¹⁰ Così Cass. pen., Sez. V, 24 gennaio 2001, n. 31655.

Oltre all'argomento di carattere letterale, sembra perorare a sostegno del contenimento della portata applicativa delle fattispecie in esame anche l'interpretazione sistematica dell'intervento, con cui è stata introdotta la riforma. Essa esplicitamente perseguiva l'intento di contenere la portata di tutti o quasi i reati di opinione del nostro ordinamento, in diversi modi: prevedendo l'abrogazione di alcune delle fattispecie maggiormente scomode in una società democratica, quale significativamente ad es. quella dell'art. 272 c.p.; ridefinendo entro certi limiti di maggiore precisione quelle che manifestamente presentavano profili di incompatibilità con i principi di tassatività e determinatezza: è il caso del vilipendio della bandiera, in quale viene scisso in «espressioni ingiuriose» e condotta di danneggiamento, ex art. 292 c.p. riformato o del riferimento agli «atti violenti ed idonei» dell'art. 241 c.p., in tema di «Attentati contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato»; e, in ultimo, mitigando in tutti i casi la risposta sanzionatoria per le fattispecie ancora vigenti, attraverso una generalizzata ridefinizione al ribasso delle cornici edittali o la sostituzione *tout court* con sanzioni pecuniarie.

Anche nel contesto di una interpretazione teleologicamente orientata secondi i principi costituzionali, la riforma non potrebbe che sortire l'effetto di riduzione dell'ambito di applicazione delle norme in esame. Infatti, un diritto penale garantista, unico legittimo secondo il dettato costituzionale, non può eccepire ai tre pilastri fondamentali di un diritto penale del fatto: legalità, offensività e personalità della responsabilità penale. La disciplina antecedente, nell'usare concetti quali diffusione e incitamento, lasciava ampi spazi di arbitrio alla giurisprudenza nella definizione delle condotte che effettivamente potessero integrare le fattispecie in esame, in aperta violazione dei principi di tassatività e determinatezza, specificazione del più generale principio di legalità¹¹.

Allo stesso tempo, e concentrandosi d'ora in avanti sul primo capoverso della lettera a., la mera «diffusione in qualsiasi modo di idee», per quanto odiose e ripugnanti quali quelle fondate sulla superiorità o l'odio razziale, era seriamente poco difendibile in un ordinamento che riconosce a «Tutti» il «diritto di manifestare liberamente il proprio pen-

¹¹ Di questo avviso, C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 69 ss.; M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2015, 37 ss.

siero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione» (art. 21 Cost.). Il principio costituzionale non fa eccezioni in tal senso, riconoscendo in pieno spirito liberale il diritto di manifestare il proprio pensiero a prescindere dalla specifica opinione espressa. Questa libertà di coscienza si accompagna al suo naturale completamento, che consiste nella comunicazione: si fa, perciò, riferimento ad ogni mezzo di diffusione, non esistendo libertà di opinione, laddove non vi siano spazi e metodi per condividerla.

Alla libertà di espressione è, così, immanente la diffusione delle idee: negare o restringere l'una è negare o restringere l'altra. D'altra parte, come già ampiamente sostenuto dalla migliore dottrina¹², la mera espressione di opinioni, di per sé, non sembra idonea a provocare alcun tipo di offesa, sia in termini di danno che in termini di pericolo, qualunque sia il bene giuridico di rilevanza costituzionale che si intenda tutelato dalla disciplina. Ne consegue dunque che l'intervento di carattere penale volto a limitare la libertà di manifestazione del pensiero potrà ritenersi legittimo unicamente quando sia causalmente connesso ad un danno o pericolo concreto.

Non appare dunque condivisibile l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione secondo la quale non sussisterebbe alcuna soluzione di continuità normativa tra la precedente disciplina e quella attualmente vigente, come affermato nelle sentenze n. 37581/2008 e n. 47894/2012. Se, infatti, la condotta consistente nel propagandare idee fondate sulla superiorità o l'odio razziale o etnico può ritenersi già ricompresa in quella della diffusione delle medesime idee, ciononostante le due categorie non possono ritenersi sovrapponibili, essendo la prima, quella della propaganda, contenuta, ma non contenente la mera diffusione. Del resto, dal confronto con la definizione di propaganda che la Corte stessa aveva offerto in riferimento all'art. 272 c.p., ora abrogato, si presenta manifesta l'incoerenza interna dei suoi stessi orientamenti: in quella sede, infatti, il Giudice Supremo, nell'intento di fornire una interpretazione costituzionalmente conforme ad una norma di chiara matrice fascista, aveva richiesto, ai fini della configurazione della propaganda, da un lato, la diffusione delle idee sovversive presso un numero indetermi-

¹² C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 75.

nato di destinatari, e, dall'altro, la idoneità di tale diffusione a provocare un effettivo e concreto pericolo di adesione alle idee, alle tesi ed ai propositi propagandati.

Non altra *ratio* sembra, così, ispirare le suddette pronunce della Corte Suprema in questa materia se non quella dell'esigenza di efficientismo pragmatista. Essa ha, in tal modo, offerto il pretesto argomentativo per svincolarsi dalla necessità di affermare l'avvenuta *abolitio criminis* in relazione a quelle condotte che rientravano nel concetto di diffusione, ma non in quello di propaganda, risparmiando in tal modo un notevole sforzo in sede processuale per la prova del fatto.

A seguito di tale interpretazione e in linea con le criticità già evidenziate rispetto alla precedente disciplina, sembra dunque che l'unico requisito necessario e già sufficiente alla incriminazione per la propaganda disciplinata dalla lettera a. resti la sussistenza del motivo dell'odio razziale, manifestatosi in espressioni di qualsiasi forma, al di là della prova dell'idoneità dell'opinione stessa a convincere, persuadere o semplicemente raggiungere un uditorio presso il quale possa raccogliere adesioni anche solo potenziali. Ne deriva un contrasto evidente con il principio di offensività del fatto penalmente rilevante: mere manifestazioni di pensiero, di per sé, non sono idonee, secondo i parametri stabiliti dal principio di offensività e causalità, a determinare discriminazione, neppure nella forma di concreto pericolo.

Ciò che sembra reprimersi secondo tale interpretazione pare essere, dunque, una idea, o, peggio, uno specifico sentimento: l'odio razziale.

Secondo una interpretazione offerta, in chiave comparatista, da autorevole dottrina¹³ in relazione alla «finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso», richiesta per la configurabilità dell'aggravante prevista dall'art. 3 della legge Mancino, il riferimento ad un sentimento, l'odio razziale, rappresenterebbe proprio la chiave di lettura della disciplina. Esso consisterebbe nella sedimentazione emozionale del motivo discriminatorio: un istinto primario della natura umana, che evoca la paura. Ma mentre quest'ultima sarebbe una emozione astenica, che paralizza, l'odio, presentando una valenza energetica,

¹³ G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *La agravante de delinquir por discriminación*, cit., 13 ss.

dinamica, manifesterebbe una maggiore potenzialità aggressiva, che, attraversando il risentimento e il disprezzo, arriva alle soglie della vera e propria discriminazione.

Il richiamo della norma ad un sentimento sarebbe idoneo a collocare l'odio o l'intento discriminatorio tra i motivi dell'azione, rilevante nel contesto della categoria dogmatica della colpevolezza, e non in quella della fattispecie soggettiva, quale dolo specifico, ai fini della tipicità della condotta. Tale suggestiva interpretazione, che non risparmia argomenti sul piano della configurazione del fondamento filosofico-giuridico della norma, fa perno sul concetto di rimproverabilità dell'azione, già tipica e antiggiuridica, sul quale si innesterebbe il giudizio di esigibilità, personalizzato attraverso il riferimento ai motivi, tra cui, nel nostro caso, rileverebbe l'odio razziale.

Esso non rappresenterebbe una forma di *Gesinnungsstrafrecht* per due fondamentali ragioni: innanzitutto, collocandosi nel giudizio di esigibilità, rilevante nel contesto della categoria della colpevolezza, normativamente intesa quale rimproverabilità dell'azione, esso lascerebbe intatto il disvalore della condotta che avrebbe ad oggetto una fattispecie-base già di per sé tipica ed antiggiuridica. Il fondamento della risposta punitiva si rinverrebbe, dunque, in una condotta lesiva di un bene giuridico e non nella attitudine interna dell'autore. Inoltre, il giudizio di rimproverabilità, che rende più grave la condotta discriminatoria rispetto alla condotta base, poggerebbe non sul giudizio etico sul carattere o le condotte di vita del reo, bensì sulla valutazione dei motivi oggettivamente concretati attraverso il riferimento ad un sistema di valori dominanti in una comunità, così come adottati dal singolo ordinamento giuridico¹⁴.

Questa argomentazione, al di là del riferimento ai valori dominanti, che potenzialmente potrebbero tradire una certa concezione autoritaria del diritto se non ancorati ad una oggettiva tutela di un bene giuridico, è tuttavia difficilmente sostenibile allorquando questo sentimento rappresenti l'unico elemento costitutivo di una fattispecie autonoma di reato,

¹⁴ Così, ancora, G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *La agravante de delinquir por discriminación*, cit., 9 ss.

quale quella della propaganda dell'odio razziale¹⁵. Se la propaganda, di per sé, rappresenta una forma di manifestazione del pensiero non solo lecita, ma garantita dalla Costituzione, allora l'unico elemento di appiglio per la costruzione di un interesse meritevole di tutela penale resterebbe, nella disciplina italiana, quell'odio, che invece tale tesi riconduce ai motivi dell'azione. Se il disvalore del fatto non può rinvenirsi nella propaganda in sé, perché lecita, né nel suo contenuto, che corrisponde ad un sentimento, o al più un'ideologia, la fattispecie in oggetto salta fuori dalle maglie, pur elastiche, di un diritto penale garantista.

La problematica non si pone con altrettanta limpidezza e drammaticità per il caso della seconda condotta alternativa prevista sempre dalla lettera a.: quella di chi «istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi». In questo caso, infatti, esiste una concreta condotta e non una mera manifestazione di opinioni, che, per la costruzione stessa della norma, presenta un carattere piuttosto prossimo alla commissione: istigazione e commissione, infatti, sono previste come condotte alternative tali da integrare la medesima fattispecie. Ciò impone di leggere l'istigazione in quella chiave di idoneità causale tale che possa provarsi per lo meno un pericolo concreto¹⁶.

L'oggetto di questa istigazione o commissione sono gli atti discriminatori. Riconducendo i motivi sul piano del giudizio di esigibilità rilevante nel piano della colpevolezza, ai fini della individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie, e in particolare della configurazione del bene giuridico tutelato dalla norma, bisogna rivolgersi all'indagine sul concetto di discriminazione, al fine di verificare se in esso è possibile rinvenire quell'interesse, offendibile, meritevole di tutela pe-

¹⁵ Questa argomentazione potrebbe così applicarsi alla circostanza aggravante pur prevista nel nostro ordinamento, ma non alla fattispecie di propaganda per motivi discriminatori. Questo dato si riconferma nel profilo comparato, che conosce aggravanti per motivi discriminatori o condotte già di per sé offensive, caratterizzata dal riferimento ad un motivo discriminatorio, ma non una fattispecie autonoma, che ad una condotta di per sé lecita quale la propaganda accompagni un mero motivo quale elemento costitutivo del disvalore del fatto.

¹⁶ In tal senso, si veda anche L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, 194 ss.

nale. Per fare ciò è necessario preliminarmente interrogarsi sul fondamento della disciplina, sulla sua *ratio* o funzione, da non confondersi con l'oggetto di tutela, il bene giuridico¹⁷.

Il fondamento della disciplina in oggetto sembra posare nel principio di tutti i principi del Diritto, quello di Umanità¹⁸. Come supremo valore giuridico, il principio di umanità

consiste nello spezzare mentalmente tutti i legami che gli uomini conservano con le società storicamente date, in modo da astrarli nella loro natura universale di appartenenza alla società umana o, come pure si suol dire, non attribuire nessun valore alle contingenze in cui consiste l'esistenza di tutti gli esseri sociali e riconoscere il massimo valore alla dignità della persona in quanto tale. L'umanità proclama ed esige l'Uomo in sé¹⁹.

Il valore dell'umanità proiettato in ciascuna persona si traduce in una identità universale che impone, sul piano giuridico, l'uguaglianza dinanzi alla legge, l'uguale applicazione senza distinzioni. Tuttavia, questa uguaglianza universale non legge ciò che si muove nei processi discriminatori: essa è necessaria proprio in quanto ciascun uomo è diverso, l'identità universale si impone in quanto ciascun uomo è portatore di una identità particolare, che sul piano biologico, ideologico, sociale ed economico lo distingue da tutti gli altri, rendendolo identico solo a se stesso. Il valore dell'uguaglianza diviene un dover essere proprio in ragione della disuguaglianza esistente sul piano meramente descrittivo.

La dimensione che si vede offesa dalla discriminazione non è dunque l'ideale universale di uguaglianza, ma la necessità concretamente determinata di convivenza e tolleranza nella diversità. La dignità umana così come il principio di uguaglianza, in quanto principi e diritti astratti e universali, non possono formare oggetto di tutela di carattere penale, se non in forma mediata. Se rappresentano il valore ultimo in funzione del quale si appresta ogni forma di tutela nel diritto positivo, essi, tutta-

¹⁷ Sulla distinzione tra funzione e *ratio*, vd. nuovamente S. MOCCIA (a cura di), *op. cit.*, 78 ss.

¹⁸ G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *La agravante de delinquir por discriminación*, cit., 20 ss.

¹⁹ MAX ERNST MAYER, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1937, 192-193.

via, essendo privi di contenuti concreti, non possono specificare la regola di condotta che ne garantisca la loro integrità. Questi contenuti sono in materia penale i beni giuridici, oggetti che concretano in forma mediata o immediata quei valori e che rappresentano l'insieme di condizioni materiali e immateriali che rendono possibile la preservazione e lo sviluppo della persona nella sua dimensione individuale e sociale²⁰.

Il disvalore alla base della discriminazione non è dunque l'offesa all'uguaglianza, bensì il disprezzo per la diversità di ciascuno, garantita come manifestazione e concretizzazione del principio di umanità. Ciò che si mette in discussione attraverso la discriminazione, infatti, sono le differenze specifiche di ciascun uomo, non l'uguaglianza astrattamente considerata tra soggetti astratti. Pertanto, il fondamento della disciplina antidiscriminatoria va correttamente identificato, non nella tutela dell'identità personale astrattamente intesa, bensì nelle singole identità particolari degli individui. La condotta discriminatoria ha, infatti, l'obiettivo di negare, sul piano valoriale, l'identità particolare di ciascun individuo, poiché orienta l'azione sulla base di un processo di generalizzazione ed etichettamento della vittima, che oscura la sua dimensione di individuo particolare²¹.

Tuttavia, si rileva che, così come non esiste una condotta che di per sé possa definirsi, ad esempio, «sovversiva», ma il disvalore va comunque dedotto da una azione offensiva di un bene giuridico, che si colora del connotato sovversivo (qualunque cosa esso significhi!), allo stesso modo, anche la discriminazione necessita di appoggiarsi su una condotta altrimenti definita, che di per sé possa ritenersi offensiva di un determinato bene giuridico. Infatti, non è possibile definire in astratto ciò che offende l'identità particolare di ciascun individuo, tale da necessitare tutela di carattere penale. Consistendo nella funzione, nella *ratio* della norma, i concetti di identità particolare, di umanità o ancora di dignità personale non sono in grado di fornire regole di condotta, né la dimensione oggettiva di un bene giuridico.

²⁰ Sul concetto di bene giuridico vd. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 3 ss.

²¹ G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *La agravante de delinquir por discriminación*, cit., 11 ss.

Nella grande famiglia degli interessi che possono ricondursi alla tutela della dignità personale, non tutti meritano o necessitano di tutela penale. È necessaria una prima selezione che oggettivizzi le concrete condotte offensive e le compari col valore della libertà individuale compromesso dalla risposta penale. Solo quei beni e le relative offese, che si mostrino di rilevanza tale da prevalere sul bene della libertà individuale compressa dall'intervento penale, potranno essere oggetto di relativa tutela (e fermo restando la necessità di verificarne la compatibilità con gli altri principi e criteri di un diritto penale garantista).

Allo stesso modo, a ben vedere non tutte le forme di discriminazione rappresentano un disvalore. In verità, la considerazione della persona nelle sue specificità e diversità in uno Stato sociale di diritto è motivo di trattamento differenziato, proprio a garanzia dell'uguale opportunità di sviluppo della sua personalità: questo sarebbe il contenuto che si suole ricondurre al principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3 co. 2 della Costituzione italiana. Anche il riferimento ad atti discriminatori, pertanto, non appare dotato di quella tassatività e determinatezza che possa rappresentare un effettivo strumento di delimitazione delle condotte penalmente rilevanti, rimettendo concretamente la definizione degli atti inclusi nella disciplina al lavoro interpretativo della giurisprudenza.

Ne consegue che, nel rispetto dei fondamentali principi del garantismo penale, solo una condotta già di per sé offensiva di un bene giuridico, che abbia superato il giudizio di meritevolezza di tutela in comparazione al pregiudizio sul piano della libertà individuale che si provoca con l'intervento penale potrebbe essere oggetto di considerazione per un'ulteriore valutazione in merito ai motivi discriminatori che l'hanno determinata.

Arriviamo dunque a concludere che di per sé non esisterebbe la possibilità di creare una fattispecie penale autonoma di discriminazione razziale, dovendosi la discriminazione concretare in singole azioni offensive di beni giuridici direttamente tutelati dall'ordinamento.

In tale contesto, l'unica soluzione normativa che appare idonea a rispettare i principi fondamentali di un diritto penale garantista è quella che conservi alla valutazione della motivazione discriminatoria il mero ruolo di eventuale aggravante, come quella contenuta nell'art. 3 della legge Mancino. Tale conclusione trova conforto anche in altri ordina-

menti, ove, invece di prevedere una fattispecie autonoma di discriminazione, si provvede o a selezionare le singole condotte rispetto alle quali la motivazione discriminatoria può rilevare o ad introdurre una circostanza di carattere generale, astrattamente riferibile a tutte le condotte già tipizzate e penalmente rilevanti.

4. La funzione simbolica della tutela penale in materia di discriminazione razziale

Il principio cardinale di una politica criminale alternativa, come ci ricorda il Maestro Alessandro Baratta, non è la criminalizzazione alternativa, bensì la decriminalizzazione, la più drastica riduzione possibile del sistema penale. Se si intende assegnare al diritto, incluso quello penale, una funzione promozionale o di trasformazione sociale, questo principio non va dimenticato. Ciò non significa che non sia possibile tutelare anche penalmente beni giuridici di nuova emersione, più confacenti ad un contesto di democrazia sociale. Comporta soltanto che quei valori, interessi o beni di nuova o rinnovata emersione non potranno eccipire ai principi del diritto penale garantista, essendo questo l'unico legittimato in uno Stato di diritto. Il diritto penale, infatti, anche laddove persegua un obiettivo promozionale circa valori o beni centrali nell'attuale contesto socio-politico, non può che conservare la sua natura di *extrema ratio*, soggetta agli stessi limiti e contenimenti che si sono imposti per la tutela dei beni giuridici classici. Se così non fosse, se cioè gli interessi presi in considerazione fossero ritenuti talmente importanti da eccipire ai principi del garantismo, allora non si assisterebbe semplicemente all'introduzione di un nuovo complesso di beni al catalogo della tutela penale, bensì saremmo in presenza dell'imposizione di una nuova concezione del patto sociale fondamentale rispetto a quello espresso nel progetto costituzionale: una diversa concezione del complesso normativo, che nella scala dei valori fondamentali non pone in cima il prisma della persona, bensì un altro interesse.

Questo è ciò che si suole denunciare nell'autoritarismo, ove si perviene alla sostituzione della centralità della persona, con la centralità

della società o dello Stato quale organismo unitario ipostatizzato: in altre epoche, mai troppo lontane, il suddetto organismo era incarnato dal sano sentimento del popolo, dalla ragion di Stato, dalla personalità dello Stato. Ma quando un organismo collettivo si impone quale valore supremo, la distruzione del singolo diventa un mero danno collaterale.

C'è chi in dottrina ha sostenuto²² che l'eccezione che alcuni interessi sembrano apporre ai principi garantistici consista in un paralogismo, un errore logico, o inversione metodologica, che invece di derivare la validità di una norma dalla fonte superiore, inverte i termini della questione, bilanciando il principio con l'oggetto che dovrebbe disciplinare. Tale assunto è senza dubbio certo, ma non inquadra completamente la questione nella sua gravità. Se un interesse cresce a tal punto da ritenersi idoneo ad eccepire ai principi che dovrebbero reggerne la disciplina, allora esso non è affatto un interesse, ma un principio alternativo, che esprime una diversa *Weltanschauung* rispetto a quella immanente ai principi accantonati, nel nostro caso, quelli del garantismo: di conseguenza esso esprime anche una diversa concezione dei rapporti tra autorità e libertà, tutta sbilanciata a favore del primo termine.

Dunque la legittimità del perseguimento di una funzione promozionale nel diritto penale soggiace agli stessi principi del diritto penale liberal-garantista: nessun interesse o nuovo bene sarà legittimato ad eccepire ad essi, salvo tradire, nel fondo, una concezione autoritaria dello Stato, che sbilancia il delicato equilibrio nel rapporto tra individuo e società astrattamente intesa a favore di quest'ultima.

Una delle moderne forme di manifestazione di questa mistificazione della funzione promozionale del diritto è quella rappresentata da diritto penale simbolico²³. Con tale allocuzione si fa riferimento a quegli in-

²² A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 264 ss.

²³ Tra i principali contributi, si rimanda a P. NOLL, *Ideologie und Gesetzgebung*, in W. MAIHOFFER (a cura di), *Ideologie und Recht*, Frankfurt am Main, 1969, 69 ss.; ID., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, 157 ss.; ID., *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitschrift Für Schweizerisches Recht*, 1981, 347 ss.; K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1980, 19 ss.; R. HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, in

terventi normativi generalmente caratterizzati dallo scarso o nullo impatto pratico e dall'eclatante effetto espressivo-comunicativo. Tale effetto, vera cifra del fenomeno politico-criminale, si produce attraverso un processo di sovrapposizione e confusione dei precetti morali con i precetti giuridici. In questi casi, infatti, la norma penale svolge una funzione di supplenza morale, offrendo una risposta di anestetizzante rassicurazione dinanzi ad interi fenomeni sociali che scuotono le coscienze o, per meglio dire, la somma delle emozioni individuali.

ZRP, 1981, 201 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (articolo originale del 1986), traduzione in italiano di Alessandro Bernardi, Milano, 1992, 35 ss.; H. KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, in D. GRIMM, W. MAIHOFER (a cura di), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Berlin, 1988, 222 ss.; W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* (anno di prima pubblicazione 1989), in ID., *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 170 ss.; ID., *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in H. ACHENBACH et al. (a cura di), AA.VV., *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 1001 ss.; ID., *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, in *Pena y Estado. La función simbólica del derecho penal*, Barcelona, 1991, 23 ss.; ID., *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007, 71 ss.; M. VOB, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach, 1989; A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Saggi teorico-giuridici, Milano, 1990, 19 ss.; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività, Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1990, 537 ss.; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, 304 ss.; J.C. MÜLLER, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, in *Kriminologische Journal*, 1993, 82 ss.; W. LEHNE, *Symbolische Politik mit dem Strafrecht. Versuch einer Interpretation des Diskurses um symbolisches Strafrecht*, in *Kriminologische Journal*, 1994, 210 ss.; H. STEINERT, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, in D. FREHSEE, G. LÖSCHPER, G. SMAUS (a cura di), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, 1997, 101 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, 53 ss.; J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, 516 ss.; K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in C. PRITZWITZ e altri (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, 2002, 205 ss.

Il problema della confusione del diritto con la morale è tema talmente vasto e dibattuto che neppure brevemente se ne potrebbe offrire una genealogia. Basti qui una sintesi minima, che mira alle relative definizioni di diritto e morale, attraverso le categorie del genere prossimo e della differenza specifica²⁴. Tratto comune del diritto e della morale è l'appartenenza al genere dei sistemi normativi. Entrambi offrono un insieme di regole di condotta, basate su di una determinata concezione dell'uomo e del mondo. Ciò che differenzia le due specie di sistemi normativi è che il diritto è di carattere coercitivo, imponendo le regole attraverso il monopolio dell'uso della forza, latamente intesa (quella che da Benjamin a Resta è stata definita violenza legittima²⁵). La morale, dal canto suo, rappresenta invece un sistema che, seppur non coercitivo, è assolutizzante: essa infatti mira all'adesione intima dell'individuo al precetto, al convincimento interno che forgia l'identità del suo portatore. Tale adesione, tale convincimento, invece, restano del tutto indifferenti al diritto, sempre che la condotta esterna sia comunque conforme alla regola di condotta positivizzata.

I due sistemi, com'è evidente, non si incrociano, poiché l'uno è rivolto alle condotte esterne finalizzate alla convivenza pacifica nella società, mentre all'altra interessa sedimentarsi nel foro interno del singolo.

Quando i due sistemi si confondono, tuttavia, otteniamo un bizzarro ibrido, derivante dalla somma delle caratteristiche dell'uno e dell'altra: avremo un sistema normativo assolutizzante, ma allo stesso tempo coercitivo, un sistema che cioè arriva all'incoerenza di imporre attraverso la violenza l'adesione intima del singolo al precetto. Non esiste forse definizione più precisa di totalitarismo, entro cui pullulavano le forme di *Gesinnungsstrafrecht*. Ovviamente è di tutta evidenza quanto un simile obiettivo sia impossibile da realizzare: nessuna regola e coercizione esterna può garantire la fedeltà e l'adesione interna dell'individuo. Come detto, diritto e morale non si incrociano. E, ciò nonostante, è ben possibile disegnare un sistema normativo che invada e controlli gli

²⁴ In questo senso, G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto* (titolo originale *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1910), Torino, 1961.

²⁵ E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Bari, 2006.

spazi in cui quella adesione o disaffezione può manifestarsi. Primo tra tutti, lo spazio della manifestazione delle opinioni.

Esiste un carattere performativo delle parole, il linguaggio crea concetti che possono contagiarsi con estrema facilità²⁶. E quei concetti, le idee, si ricorderà, sono la base, il punto di partenza della collaborazione che ha restituito la grandezza ma anche gli orrori della nostra specie. E tuttavia, la coercizione esercitata sulle opinioni apre una breccia a favore del totalitarismo, anche laddove a negarsi siano proprio quelle parole, che dei più famosi totalitarismi costituivano l'abecedario. Questo sembra essere il caso nella repressione della propaganda di idee fondate sulla superiorità o l'odio razziale, così come disciplinata nel nostro ordinamento.

Tale disciplina sembra rientrare tra le forme di diritto penale simbolico, che presentano la suddetta caratteristica di confusione tra il sistema normativo di tipo giuridico e quello morale. Siccome tecnicamente incompatibili con un diritto penale del fatto, queste discipline trovano scarsa applicazione nelle aule di Tribunale. Ciò però non significa che non abbiano alcun tipo di efficacia²⁷. Esse certamente non sono strumentali alla tutela di un bene giuridico, che, in quanto oggetto materiale o immateriale concretamente offendibile, non può che innestarsi su una condotta esterna e non sulla criminalizzazione di un mero precetto morale. Tuttavia, l'efficacia che si ricollega al diritto penale simbolico e che è concretamente perseguita dal Legislatore, in questi casi, non consiste nella tutela di un bene giuridico, bensì nel processo di stigmatizzazione di quei soggetti che sono più esposti alla realizzazione di tali

²⁶ P.L. BERGER, T. LUCKMANN, *La realtà come costruzione sociale*, traduzione di Marta Sofri Innocenti e Alessandro Sofri Peretti (titolo originale *The Social Construction of Reality*, New York, 1966), Bologna, 1969.

²⁷ La dottrina più critica delle manifestazioni di diritto penale simbolico sottolinea esattamente questo aspetto, ossia l'inefficacia e l'inutilità dell'intervento penale, sottintendendo il riferimento alla tutela ad un bene giuridico costituzionalmente rilevante. In questo senso, in particolare, W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüter-schutz*, cit., 170 ss.; ID., *Das Symbolisches am symbolischen Strafrecht*, cit., 1001 ss.; ID., *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, cit., 23 ss.

condotte, processo questo studiato, in sociologia, nell'alveo del *Labeling Approach*²⁸.

Rimeditando, in particolare, la lettera a. dell'art. 3 legge Reale, così come sostituita dalla legge Mancino, sorge il fondato timore di essere in presenza di una norma simbolica nel senso sopra descritto. Se, come evidenziato, il concetto di discriminazione e di odio razziale è apprezzabile solo sul piano dei motivi dell'azione, rilevanti nel giudizio di rimproverabilità, è esclusa in radice la possibilità di individuare un bene giuridico specifico per la norma suddetta. Inoltre, criminalizzandosi una manifestazione esterna (difficile definirla condotta) di qualsiasi tipo, purché sorretta dall'intento discriminatorio («istiga a commettere o commette atti di discriminazione...») sembra evidente lo scivolamento verso forme di squalifica morale attraverso la criminalizzazione di manifestazioni esterne di per sé prive di offensività. Infatti, tutte le condotte, che nel nostro ordinamento possono già ritenersi offensive di un determinato bene giuridico meritevole di tutela grazie alla previsione di una autonoma fattispecie di reato, non rientrano nell'ambito di applicazione della norma in esame. Poiché è stata prevista anche una circostanza aggravante per discriminazione, che si accompagna ad un fatto già offensivo di un bene giuridico previsto, colorandolo con un connotato motivazionale, alla norma in esame non spetta che operare al di fuori dell'ambito di applicazione delle altre fattispecie. Ma così facendo, non essendo dotata di un autonomo bene giuridico, la norma mira a criminalizzare tutte quelle condotte residuali, comunque caratterizzate dall'unico criterio del motivo discriminatorio, che abbiamo già visto non idoneo a costituire una fattispecie autonoma di reato, secondo i principi del garantismo.

²⁸ L'origine di tale approccio è da far risalire a Émile Durkheim nei suoi studi sul suicidio: É. DURKHEIM, *Le suicide* (testo originale del 1897), *Il suicidio: studio di sociologia*, Milano, 2014. Tuttavia, sono gli studi nordamericani ad aver portato a compimento la teoria. Tra i maggiori contributi, segnaliamo: G.H. MEAD, *Mind, Self, and Society*, Chicago, 1934; F. TANNENBAUM, *Crime and the Community*, Boston, 1938; A. MEMMI, *The Colonizer and the Colonized*, New York, 1965; D. MATZA, *On Becoming Deviant*, Englewood Cliffs (New Jersey), 1969; E. GOFFMAN, *La vita quotidiana come rappresentazione*, Bologna, 1969; ID., *Stigma. L'identità negata*, Milano, 1983; ID., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Milano, 2003.

A sostegno della collocazione della norma in esame all'interno della categoria del diritto penale simbolico, inteso come manifestazione di *Gesinnungsstrafrecht* (o per tipo d'autore, o, come si preferisce, di soggettivismo punitivo)²⁹, si deve pure considerare un ulteriore elemento: non ogni forma di discriminazione è posta a fondamento della norma. Se lo scopo della stessa fosse onestamente quello di tutelare l'uguaglianza intesa quale identità particolare, unica e diversa per ciascuno, non avrebbe senso la limitazione della portata della norma ai soli motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi. La limitazione invece si spiega laddove la si inserisca nel processo di etichettamento o stigmatizzazione che è conseguente all'affermazione morale contenuta nei precetti penali di tipo simbolico.

Il riferimento ai motivi, con l'attenta selezione degli stessi, in verità, suggerisce che l'asse del disvalore si sposti dalla dannosità sociale alla

²⁹ Per una bibliografia sul soggettivismo punitivo si rimanda a G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 2011, 1 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, 1443 ss.; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nel diritto penale*, Milano, 1983; ID., *Il «soggettivismo» nel diritto penale: tendenze attuali ed osservazioni critiche*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 106, 1983, pp. 45 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2013, 18 ss., 101 ss.; A. MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Indice penale*, 2006, 509 ss.; U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, 1974; F. GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, Padova, 1961; G. BETTIOL, *Oggettivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione del reato*, in ID., *Scritti Giuridici*, Padova, 1966, 986 ss.; G. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Torino, 2013, 75 ss.; C. PERINI, F. CONSULICH (a cura di), C.E. PALIERO, *Oggettivismo e Soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006. Nella letteratura di lingua inglese, in particolare per il rapporto tra diritto e morale, cui si riconduce la dialettica tra oggettivismo e soggettivismo, Cfr. A. NORRIE, *Punishment, responsibility and Justice*, Oxford, 2000; G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Brown, 1978, 135 ss.; J. FEINDBERG, *The moral limits of the criminal law*, I vol., *Harm to others*, IV vol., *Harmless wrongdoing*, Oxford, 1987-1990; P. DEVLIN, *The enforcement of Morals*, Oxford, 1965; A. DUFF, *Choice, Character and criminal liability*, in *Law and Philosophy*, 1993, 345 ss.; A. ASHWORTH, *Belief, Intent and Criminal Liability in J. Eeklaar and Bell*, in *Essays in Jurisprudence*, 1987, 7 ss.; ID., *Principles of criminal law*, Oxford, 1991, 27 ss.; B. WILLIAMS, *In the beginning was the deed. Realism and moralism in Political Arguments*, Princeton, 2005.

criminalizzazione di un fenomeno sociale moralmente riprovevole. E tuttavia il diritto penale garantista non può che essere la risposta limitata ad un fatto individuale, tipico antiggiuridico e colpevole: se diventa uno strumento di lotta contro fenomeni sociali, il singolo autore ne risulterà strumentalizzato e sacrificato sull'altare della difesa sociale, in aperta negazione dell'imperativo categorico kantiano, che vuole l'uomo sempre come fine e mai solo come mezzo.

Siamo dunque dinanzi ad una tipica manifestazione di soggettivismo punitivo, in cui ad essere criminalizzata è la condotta (anti)morale dell'autore, la sua posizione ideologica o, ancora, il sentimento che lo motiva. Se questo è il fondamento della norma incriminatrice, essa non può che ricondursi all'interno della categoria del diritto penale simbolico, che condanna sul piano morale una scelta di vita del soggetto. E se la morale, l'ideologia, i sentimenti rappresentano un tratto inviolabile dell'identità particolare di un soggetto, non può che concludersi per l'illegittimità di una simile previsione in un ordinamento la cui scala di valori si fonda sulla centralità dell'Umanità in ogni sua manifestazione particolare, in ogni sua diversità, anche se moralmente indivisibile e non condivisa. Sarà la dimensione dialogica, caratteristica di una democrazia, a dover in tal caso prosciugare la linfa: la risposta alla discriminazione razziale non potrà dunque essere offerta dal mero intervento repressivo, a meno che non sia accompagnato da quella razionalità discorsiva e quella progettualità comune che fondano uno Stato sociale di diritto.

A GENERIC AGGRAVATING CIRCUMSTANCE TO PUNISH HATE SPEECH. THE SPANISH CASE¹

Juan Alberto Díaz López

SUMMARY: 1. *Hate Speech v. Free Speech debate*. 2. *The basis for this kind of generic aggravating circumstances*. 3. *A reverse mitigating circumstance*. 4. *Conclusion*.

1. Hate Speech v. Free Speech debate

In the United States, the possibility of incurring criminal liability for hate speech has generated an important debate over considerations relating to rights under the First Amendment, as classifying hate speech as a criminal offence may enter in conflict with free speech. This discussion is substantially identical to the one regarding the penalization of *sex speech* (a concept which could include “cat calling”)² and the legal restrictions on pornography³. The discussion on free speech versus hate speech (also central in civil law systems) is therefore rooted in the limits of free speech⁴.

¹ This paper was presented by the author at a conference held in the Università degli Studi di Trento (Italy), on May 13, 2016.

² A debate that the Spanish civil law jurists and legal experts resolved a long time ago, admitting that there is a canon for continence regarding freedom of speech: its regulation and limits. See J. ALMAGRO NOSETE, *Expresiones degradantes de contenido sexual*, in *Diario La Ley*, 2011.

³ See O. FISS, *The irony of free speech*, Cambridge (MA), 1996, *passim*, p. 98.

⁴ Particularly, if we base our understanding of criminal law in the notion of “communicative power” exposed by K. GÜNTHER, *Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*, in M. ROSENFELD, A. ARATO (eds.), *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Oakland, 1998, p. 234-254. Basically, citizens can question the rules through the free exercise of freedom of speech. Therefore, when they choose to commit crimes to question the rules, rather than speaking freely to try to change the rules, the intervention of criminal law is warranted. By criminalizing a form

Legal scholars in the United States have found that there is a discrepancy with their prevailing views on the matter and the prevailing views found in other jurisdictions (i.e., civil law systems) where this debate is not as heated⁵. American scholars have gone so far as to claim that the *free speech versus hate speech* debate is inherent to their legal system for there, free speech occupies an even more “prominent” position than it does in European civil law systems. Consequently, there is a greater reluctance in the US to sanction (even civilly) statements that could incite hatred, as shown by the decriminalization of the so-called *fighting words*⁶. It should not be overlooked that in the United States the debate on hate speech originated in the 1920’s⁷, when Catholics and Jewish claims to collective rights collided with the newly formed ACLU’s defense of the legality, under the First Amendment, of anti-Semitic speeches by such actors as Henry Ford or organizations such as the KKK. The courts ruled in favor of the ACLU. This debate would resurface in the 1980’s along with the controversy it is bound to generate, case in point: the Department of Commerce of the United States Congress 1993 report⁸ on hate crimes and hate speech which stated that use of “hate speech” is not necessarily criminal.

of speech, we can step into a dangerous area, as the only acceptable mechanism to show disagreement with the rules (dialogue) could be sanctioned.

⁵ See A. GASCÓN CUENCA, *La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 2013, p. 163-182.

⁶ This refers to “provocative words” which could in some cases be sanctioned. In 1990, some youths burned crosses in the intimidating style of the KKK in front of the home of an African American family. The US Supreme Court concluded in 1992 that although ethically reprehensible, the applicable sanction was unconstitutional (*St. Paul, Minnesota’s Bias-Motivated Crime Ordinance*). *Vid.* A.R. AMAR, *The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, in *FSS*, 1992 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1039, last seen: 15.11.2011).

⁷ See S. WALKER, *Hate Speech. The History of an American controversy*, Lincoln (NE), 1994, p. 17-37, 127 ff.

⁸ See R.H. BROWN, L. IRVING, *The Role of Telecommunications in Hate Crimes*, Springfield, 1993, *passim*, p. 71.

The most radical positions in the U.S.A. have stated that the sanctioning of hate speech is akin to a form of *Newspeak*⁹ (borrowing the Orwellian reference) and that imposing criminal penalties on hate speech is a form of censorship that infringes on the First Amendment¹⁰. By contrast, those advocating for sanctioning hate speech argue that such statements can lead to other crimes or sustain that “sometimes we must lower the voices of some in order to hear the voices of others”¹¹.

For its part, Europe has generated its fair amount of controversy by criminalizing hate speech related to Holocaust denial and the denial of other genocides¹². But in European civil law systems, in which limiting free speech has traditionally been met with less resistance (even when it

⁹ The politically correct language used by characters in the novel 1984 by Orwell. See J. FALLON, *UK-USA: The British Character of America*, in *TSC*, 2001, p. 91-95.

¹⁰ See N. WOLFSON, *Hate speech, sex speech, free speech*, Westport, 1997, p. 47 ff.

¹¹ O. FISS, *The irony of free speech*, cit., p. 18.

¹² Regarding the discussion in Germany, see B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Recensión a Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, in *ADPCP*, 2000, p. 1187-1211. In France, denial of the Jewish Holocaust was criminally sanctioned (exclusively relating to the events that occurred during the III. Reich). Following some university studies that denied the very existence of gas chambers, the crime of denial of crimes against humanity was classified in Article 24a of the Law of Freedom of the Press from 1881 (see M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Paris, 2008, p. 22-23). This inclusion was introduced on the 13th of July 1990, as part of the same *thought current* that led to the introduction of the generic aggravating circumstance in Spain. Most recently the French Senate approved a bill that included the denial of the Armenian genocide during World War I as a classified criminal offense, which rekindled the controversy (News from the newspaper *Le Monde*, *Le Parlement adopte la loi sur le génocide arménien*, 23.01.2012). The debate is not centered on the limits of free speech; it has more bearing on the controversy surrounding the Legislator interfering on scientific research of historians, or the limitation of the crime – so far – to the denial of the Jewish genocide (on this controversy, see S. GARIBIAN, *Pour une lecture juridique des quatre lois «mémorielles»*, in *Esprit*, 2006, p. 158-176). In any case, unlike the US, Europe does not outright reject that free speech can be penalized, focusing rather on the discussion of what should be considered relevant criminal speech, such as hate speech. *E.g.*, O. PÉREZ DE LA FUENTE, *El enfoque español sobre lenguaje del odio*, in O. PÉREZ DE LA FUENTE, J.D. OLIVA MARTÍNEZ (eds.), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Madrid, 2010, p. 150, would set the bar of *ultima ratio* that would justify criminal sanctions in cases of “recalcitrant haters” such as the “Keegstra case” (in which a teacher instructed Canadian public school students in anti-Semitism, going as far as quizzing them about his ideas).

has meant the imposition of criminal penalties), it may be true that radical positions that oppose criminally sanctioning any kind of hate speech¹³ have been less significant.

Focusing on the case of Spain, it does not seem prudent to assert that there is an unequivocal notion of what specific forms of speech can be considered “hate speech”. What is clear is that the so-called “discurso del odio” refers to crimes committed by making statements verbally or in writing¹⁴. Hate speech, whether verbal or written¹⁵, comprises crimes characterized by issuing a given utterance. What gives *meaning* to these crimes requires no consideration for the “brute facts” but only for “institutionalized facts”. Indeed, the physical phenomenon – the tongue moving, etc. – occurring during the commission of these crimes committed through statements is not important, it is the complex formal system of conventional rules governing language and endowing them with meaning that is at the heart of the issue. From there, there have traditionally been doubts about which specific intended meanings may be considered hate speech crimes in Spain.

¹³ A case law study on this issue by Weber is available: A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Strasbourg, 2009, p. 99. Essentially, in Europe it is rarely flat out denied that some statements can be penalized. The debate is centered on defining when is “hate speech” punishable (assuming, unlike in the US, that this concept refers necessarily to classified offenses) and when speech is protected by the fundamental right of freedom of speech. Of course, this delimitation is not without controversy, as shown by the ECHR Sentence of March 15th, 2011, the Otegi Mondragon v. Spain case, which ruled in favor of the prior, considering that defining the King of Spain as “responsible and protector of practices of torture” could not be regarded as hate speech. It is also true, as R. ALCÁCER GUIRAO, *Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes*, in *RECPC*, 2012, p. 4-12, points out, that the position of Spanish Constitutional Court is not identical to that of the ECHR. However, even guarantee-based positions regarding freedom of speech contemplate the possibility of criminal penalties for hate speech “involving a direct provocation to violence” (*idem*, p. 30).

¹⁴ In a very broad sense, even if discussing an unfair ruling crime to which Article 22.4^o CP was applicable (this was the case in Sentence TSJ Murcia No 5/2008, 23rd of December).

¹⁵ Obviously, including through the Internet. See F. MIRÓ LLINARES, *Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet*, in *IDP*, 22, 2016, p. 82-107.

The Constitutional Court Sentence No. 235/2007, 7th of November paradigmatically refers to three judgments by the ECHR (the *Erdogdu*, *Gündüz* and *Erbakan* Cases) and the definition of hate speech in Recommendation R (97) 20 of the Committee of Ministers of the Council of Europe of the 30th of October 1997¹⁶, in order to propose a somewhat “forced” definition of the crime. In analyzing these issues, LANDA has noted that

the way these statements have to be understood depends primarily on an inductive examination of cases that have been resolved and therefore it is likely that we cannot talk about one but rather a set of overlapping hate speeches conforming a pattern of common elements¹⁷.

In order to glimpse at what may constitute such a pattern we will review some of these resolved cases.

In the Spanish legal system the notion of hate speech has become especially relevant with regards to crimes of terrorism, inasmuch as specific forms of “speeches” are classified as the criminal offense of apology of terrorism¹⁸. The Spanish Supreme Court has labeled other

¹⁶ As is stated in its *Scope*, “the term ‘hate speech’ shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”.

¹⁷ All the literal translations from the original Spanish will be made by the author, who excuses himself for hypothetical mistakes. In this case, see J.M. LANDA GOROSTIZA, *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) of art. 510 Spanish Criminal Code and lege lata response (also considerations on Supreme Court Sentence 259/2011 – librería Kalki – and Constitutional Court Sentence 235/2007)*, in *RDPC*, 2012, cit. p. 331-332.

¹⁸ As an example, Supreme Court Sentence, Chamber 2, No. 299/2011, dated 29th of April, drafted by Magistrate Francisco Monterde Ferrer, which defines the fundamental right to freedom of speech: “All this leads to the conclusion that the crime of exaltation / justification of terrorism or its perpetrators are located outside the boundaries of the classic crime of apology of terror of art. 18 Criminal Code without invading or curtailing the right to freedom of speech. The intermediate zone, as we have said, should be established carefully case by case. What is this intermediate zone asks the referenced Sentence 224/2010. The answered is that according to the specific provision contained in the Explanatory Memorandum of Law 7/2000, the interdiction applies to

sorts of statements as “hate speech”, for example, those of anti-Semitic content¹⁹. This entails that there isn’t just a “political” form of hate speech but an ethnic or cultural variants as well. An accurate conceptual definition should therefore be broad and inclusive²⁰. Thus, hate speech could be defined – according to the Spanish experience – as any form of statement that disparages a person or group of persons based on any of their personal conditions, such as their ethnicity or religion, political beliefs, nationality, gender or sexual orientation²¹.

There have been significant initiatives regarding the criminal implications of hate speech, at an international and European level, advocating for the establishment of criminal penalties for those who make such statements. The jurisprudence of the Spanish Supreme Court has echoed these initiatives by citing the need for penalizing hate speech not only as it relates to the apology of terrorism, but in cases of anti-Semitism as well. The opinion of Judge Andrés Martínez Arrieta in the Supreme Court Sentence No. 259/2011, 12th of April, drafted by Judge Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, is of particular interest:

what the SSTEDH of July 8th, 1999 Sürek vs Turkey, December 4th, 2003 Müslüm vs Turkey and also our Constitutional Court Sentence 235/2007 of November 7th – qualify as hate speech, i.e. praise or justification of terrorist actions that can not be included within the coverage granted by the right to freedom of speech or ideology to the extent that terrorism constitutes the most serious violation of human rights that a community suffers, because the message of terrorism is based on the extermination of another, on intolerance, absolute loss of political pluralism and ultimately in the collective terrorizing as a means of achieving its aims”.

¹⁹ As noted in Sentence Supreme Court n° 1396/2011, 28th of December, drafted by Magistrate Joaquín Giménez García, confirming a sentence on a conspiracy *ex* article 515.5° Criminal Code, considering “homophobia, xenophobia and anti-Semitism”: “this constitutes a conspiracy of all which was the subject of the STS 372/2011 of the 10th of May [...] that promotes hatred or violence [...] regarding the ‘hate speech’, STS 224/2010 of March 3rd, in relation to terrorism but fully applicable to this case”.

²⁰ As the Spanish General Prosecutor noted in his Report of 2012, p. 186: “hate speech is not exclusive to certain radical religious thoughts” for it is present in all radical thought “whatever their sign”.

²¹ In this sense, J. NOCKLEBY, *Hate speech*, in L. LEVY, K. KARST (eds.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Detroit, 2000, p. 1277-1279; T.A. KINNEY, *Hate speech and Ethnophaulisms*, in W. DONSBACH (ed.), *The International Encyclopedia of Communication*, Malden (MA), 2008.

Numerous international conventions and agencies under the Council of Europe and the UN recommend the punishment of behaviors such as the one at issue in the appealed decision, which fall under the consideration of hate speech. It is relevant to cite the following: - The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. - The International Convention on Civil and Political Rights, whose art. 20 states that “any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law”. - The European Convention on Human Rights, which limits freedom of expression in relation to racist and xenophobic statements. - The United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD). - The R (97) 20, adopted on the 30th of October 1997 and the Recommendation 7 on general policy for national legislation to combat racism and racial discrimination of the European Commission Against Racism and Intolerance of October 13th, 2002 (ECRI). - Recommendation 1805 (2007) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion, which has recommended the desirability of criminal sanctions against the perpetrators. - Resolution 60 of the Assembly of the United Nations, 1 November 2005 - The Framework Decision of the Council of Europe to combat racism and xenophobia. - The European Convention on Cybercrime²². Recommendation No. 7 of the European Commission against Racism and Intolerance, identifies hate speech as expressions that involve intentionally disseminating: a) public incitement to violence, hatred, discrimination; or b) public insult and slander of persons or groups of persons because of race, color, language, religion, national origin, nation or ethnicity. Recommendation R (97) 20 on hate speech, of the Council of Europe, defines hate speech in the following terms “covers all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or any other form of hatred based on intolerance”. The doctrine and jurisprudence of supranational courts, such as the European Court of Human Rights and other bodies including the UN Committee, have coined the concept of hate speech to refer to situations in which expressions encourage, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or any other form of hatred based on intolerance. [...] Having determined the existence of criminality which is, as I have pointed out in the interdiction of spreading hate messages,

²² Undoubtedly many of these “hate speech” statements are made on the Internet. See the Report of the High Commissioner for Human Rights of the General Assembly of the UN on the use of Internet to incite racial hatred, spread racist and xenophobic propaganda, and on the ways to promote international cooperation in this area, 27th of April 2001.

messages that are disseminated to encourage, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or any form hatred based on intolerance, that the exercise of freedom of expression cannot provide cover for. In this sense, we have declarations from supranational courts on hate speech, among which are the judgments of the Special Tribunal for Rwanda, cases Nahimena, Barayaguriza and Ngeze, in which owners of social media platforms from which hateful ideas were issued are condemned. We also have statements from the UN Committee, Ross cases against Canada or Faurisson against France. In the decision of the 16th of December 1996, the UN Committee states that freedom of speech (art. 19 of the ICCPR) is not violated, “because, read in their full context, the statements made by the author could raise or strengthen anti-Semitic feelings, the restriction served to respect the Jewish community and for it to live free from fear of an atmosphere of anti-Semitism”.

In addition, this same individual opinion enumerated the categories of offenses susceptible to be classified as hate speech under the Spanish Criminal Code in force at the time of the decision:

The Spanish legislator has introduced in various categories of offenses the punishment of so-called hate speech. This applies to the crimes of apology of terrorism; the crime of praising terrorism, contained in both categories of offenses, the glorification or justification of terrorism and contempt and humiliation of its victims; genocide denial (before the Constitutional Court Sentence 235/2007); or racist and xenophobic messages or expressions that provoke hatred or discrimination against groups related to art. 510 of the Criminal Code. In these precepts, hate is the common element, both in the sense of being motivated by hatred, and, above all, because their aim is conveying that same hatred to the recipients of the statements. The structure of these offenses is akin to the nature of crimes of endangerment. Although there are groups affected by the attack, it does not affect the structure of the category of offense of crime of endangerment because the requisites are met by the generation of that danger specified in the “hate speech” content of the statement.

We will not be addressing whether this understanding of “hate speech” as suggested by the previously cited individual opinion is “in line with the nature” of crimes of endangerment (*Gefährungsdelikte*)²³

²³ Regarding crimes of endangerment see B. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, p. 216 ff.

or climate offenses (*Klimadelikte*)²⁴. Both categories have widely being criticized as instruments for lowering the threshold of criminal liability and for being incompatible with long standing principles of sound criminal law. In order to define what Spanish law considers punishable “hate speech” we must revisit the ruling of the “Auschwitz Lie” (*Auschwitzlüge*) set forth in the Spanish Supreme Court Sentence No. 235/2007, 7th of November²⁵. This ruling led to the declaration of unconstitutionality of the wording “to deny” contained in Article 607.2 Spanish Criminal Code. On this occasion, the Constitutional Court considered that the justification of genocide merited criminal sanctions and could be considered an “indirect incitement” to its commission. If element of incitement is missing from a so-called *denialist* position; the statement (without being a justification of genocide) would merely constitute an opinion protected under free speech. Thus the Constitutional Court defined the scope of criminally relevant hate speech by linking it with the previously mentioned heinous crimes. Indeed, it is not difficult to see that in that instance criminal sanction was warranted in accordance with the opinion of Constitutional Court, because that speech was an *indirect incitement* to crimes that are of a markedly heinous nature and violated the fundamental principles of the Spanish legal system²⁶:

²⁴ On the origin of the concept of “climate offense” (which would sanction the provocation or maintenance of a “climate” that incites crime or violence), see G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, in *ZStW*, 1985, p. 751-785. Regarding considerations on so-called “discurso del odio” (understood as the dissemination of genocidal ideas) as crime against “the protection of climate and atmosphere or social community”, see B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Delitos de genocidio*, in F. MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2011*, Madrid, 2010, p. 1724-1726.

²⁵ See *Commentary to* by J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La libertad de expresión tenía un precio*, in *RAD*, 2010, p. 69-78.

²⁶ Similarly, M.A. AGUILAR GARCÍA, *Necesaria reforma del Artículo 510 del Código Penal*, in E. IBARRA (dir.), *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, Madrid, 2011, p. 15: “These statements that generate hate and discrimination can not have coverage under the constitutional rights of free speech and freedom of thought or arts. 16 and 20 Spanish Constitution. The International Covenant on Civil and Political Rights, regulates in art. 19 freedom of speech as a cornerstone of a democratic system and the rule of law and prohibits in art. 20 the incitement to hatred, hostility or violence on discriminatory grounds”.

The particularly dangerous nature of heinous crimes and the way they threaten the very essence of our society, such as genocide, exceptionally allows the criminal legislator, without infringing the constitution, to criminalize the public justification of such crimes, provided that such justification operates as indirect incitement to its commission.

We see here the very questionable use for argumentative purposes of the adjective “dangerous” to conclude that establishing criminal penalties for this type of hate speech is in accordance with the Spanish Constitution.

The free speech versus hate speech debate has been revived in Spain after the 2015 reform of the Criminal Code, which widened the scope of criminally punishable statements. Literally, based on the explanatory memorandum to Law LO 1/2015, of 30 March that served as the modifying statute:

The regulation of the conduct of incitement to hatred and violence is modified for two reasons: on one hand, the Constitutional Court Sentence 235/2007, 7th of November, requires an interpretation of genocide denial that limits its criminalization to cases in which such statements constitutes an incitement to hatred or hostility against minorities; and on the other hand, it is a conduct that should be subject to the new set of regulation from Framework Decision 2008/913/JHA, which must be transposed into our legal system. They are regulated together, and in a way adjusted to the demands of the broader Framework Decision 2008/913/JHA, of a larger scope than the current decision, the former Articles 510 and 607 of the Criminal Code. The relocation of the Article 607 is justified by the text of the Framework Decision and the fact that the Constitutional Court imposed that the denial of genocide can only constitute criminal offense as a form of incitement to hatred or hostility itself. Similarly, the Framework Decision requires the criminalization of genocide denial to the extent that it is akin to the incitement of hatred against minorities. The new regulation defines two groups of behaviors: on one hand, and with a higher penalty, the actions of incitement to hatred or violence against groups or individuals for racist, anti-Semitic or other reasons relating to their ideology, religion, ethnicity or membership other minority groups, as well as acts of denial or glorification of crimes of genocide, crimes against humanity or against persons or property under protection in an armed conflict that have been committed against these groups, where it promotes or encourages a climate of violence, hostility or hatred against them; and on

the other hand, acts of humiliation or contempt against them and the glorification or justification of crimes committed against them or their members with a discriminatory motivation, without prejudice to its most severe punishment in the case of acts of incitement to hatred or hostility against them, or behaviors aimed to promote a climate of violence.

The fact is that this reform goes slightly beyond what may be inferred from the Spanish legislator's explanatory memorandum, as the new Article 510 CP again includes a form of *denialism* as criminally punishable, regardless of what the Constitutional Court Sentence No. 235/2007 established. This reform has already drawn criticism for possible infringement on free speech²⁷. We will have to see if future court rulings clarify the possible unconstitutionality of this legal reform.

Regarding the issue at hand, we will conclude this section by noting that after the last legislative reform, the Special Part of the Spanish Criminal Code continues to penalize behavior that can be classified as hate speech, typifying specific crimes (endangerment and climate offenses) as result of making certain statements. Some of these hate speech crimes (such as incitement to hatred of Article 510 Criminal Code) require for their penalization that the perpetrator commit the offense *for discriminatory motivations* related to a personal condition of the victim. This requirement has also been included by the legislator of other civil law systems, for example the Italian when enacting the "Legge Mancino"²⁸.

When criminally punishing hate speech in civil law legal systems, a criminal law policy could be to classify crimes of endangerment or climate offenses in the Special Part of the Criminal Code (e.g., article 510 of the Spanish Criminal Code), like the ones we have just talked about *ut supra*. There is, however, another option, which in the case of the Spanish Criminal Code (Article 22.4^a Criminal Code) coexists with the previous one: the inclusion of a generic aggravating circumstance that

²⁷ A. GASCÓN CUENCA, *La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento penal español: la modificación del artículo 510 CP*, in *CEFD*, N° 32, 2015, p. 72-92.

²⁸ Legge n. 205/93: "...per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi".

can be applied to all types of crimes, including those consisting of statements (slander, defamation, etc.; in Spain, crimes against one's honor are punishable under Articles 205 ff. Criminal Code).

Article 22.4^a Criminal Code provides a generic aggravating circumstance applicable as long as the perpetrator committed a crime for biased motivations related to the ideology, religion, beliefs, ethnicity, race, nation, sex, gender, sexual orientation, sexual identity, disability or illness suffered by his victim. The legal-criminal result (Article 66 Criminal Code)²⁹ will be to impose a penalty from the upper half of the punitive framework already foreseen for the offense in question at the Special Part of the Criminal Code. As things stand, we find ourselves before another example of criminally punishable hate speech under Spanish law when this aggravating circumstance is applied to a crime of slander or defamation³⁰. Spanish scholars have already made the point that, given the lack of use of the hate crime provisions found in the Special Part of the Code (and given the problems they generate as crimes of endangerment or climate offenses), a better strategy *might* be to associate *hate speech crimes* to a generic aggravating circumstance, i.e., Article 22.4^a Criminal Code³¹. At least considering what had happened with the “old” Article 510 Criminal Code³².

Let it be noted that the penalties for hate speech crimes are notoriously higher than those of other crimes committed by means of making statements, traditionally sanctioned in civil law systems (defamation,

²⁹ “In application of the punishment, in the case of malicious offences, the Judges or Courts of Law shall abide by the following rules, according to whether or not there are mitigating or aggravating circumstances: [...] When only one or two aggravating circumstances concur, they shall apply the punishment from the top half of that set by Law for the offence”.

³⁰ M.L. MAQUEDA ABREU, *Els Limits de la Intervenció Penal contra el Racisme i la Xenofòbia*, in AA.VV., *El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques: manifestacions i eines per combatre-les*, Barcelona, 2008, p. 25, n. 28.

³¹ O. PÉREZ DE LA FUENTE, *El enfoque español sobre lenguaje del odio*, cit., p. 150.

³² The new Article 510 Criminal Code established by the 2015 reform specifically states that this hate speech crime punishes the actions of incitement to hatred or violence *against individuals*. Perhaps, this new regulation would make it easier to punish hate statements made against a particular person through the new Article 510 Criminal Code, instead of applying Article 22.4^a Criminal Code.

slander, etc.). The explanation for these more severe penalties could be rooted precisely in the particular motivation of the perpetrator, a motivation which would have to be proved in order to sanction the commission of a hate speech crime. Hate speech crimes could thus be understood as “aggravated crimes having been committed by the act of making a statement for discriminatory motivations”. In the Spanish case, this is very evident if one is convicted of a crime of slander aggravated through the application of the generic aggravating circumstance of Article 22.4^a Criminal Code. We will now address the problems that this legislative model raises by referring to the discussion arisen in Spain around the generic aggravating circumstance of Article 22.4^a Criminal Code³³. That is: the fact that the motivation of the perpetrator is an element for the aggravation seems to imply that the motivation of the perpetrator is being sanctioned *in itself*, which would imply the policing of thought, wholly unacceptable in a modern democratic State.

2. The basis for this kind of generic aggravating circumstances

Punishing hates crimes (and the subcategory of hate speech crimes) through the application of a generic aggravating circumstance, rather than through the establishment of specific offenses, has its origin in the United States. There is an ongoing debate, from a Theory of Justice perspective, regarding the possible undermining of fundamental principles of sound penal law through the aggravation of criminal liability based on the perpetrator’s motive. The American debate is extensive;

³³ For more on this subject see J.A. DÍAZ LÓPEZ, *Una agravante por motivos discriminatorios referidos al género de la víctima*, in *Derecho Penal Contemporáneo*, Nº 53, Bogotá (Colombia), 2016, p. 5-56; ID., *Una aproximación a las circunstancias agravantes por motivos discriminatorios*, in *Perspectiva Penal Actual*, Nº 3, 2014, p. 37-84; and ID., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, Cizur Menor, 2013, p. 496 [reviewed by J.M. LANDA GOROSTIZA, *Recensión a Juan Alberto Díaz López. El odio discriminatorio como agravante penal (answered by Juan Alberto Díaz López)*, in *InDret. - ExLibris*, Nº 3, 2014, p. 1-16; and by M.L. GORGA, *El odio discriminatorio como agravante penal de Juan Alberto Díaz López*, in *Revista brasileira de ciências criminais*, Nº 115, 2015, p. 461-465]; and cited bibliography.

therefore we shall focus our examination of said debate on the interesting proposal made by Altman³⁴.

The author's starting point is that a modern State can admit an aggravating circumstance for crimes committed for a discriminatory motivation. The alleged unconstitutionality of such an aggravation is not so in light of arguments such as those employed by the US Supreme Court in *Wisconsin v. Mitchell*. This case involved the application of a generic aggravating circumstance under Wisconsin law very similar to the one found in Article 22.4^a of the Spanish Criminal Code³⁵. In this well known case, a young African American (Todd Mitchell) went to the cinema to see the film *Mississippi Burning*. Mr. Mitchell, outraged after seeing the historical discrimination suffered by African Americans went looking for a person of white ethnicity to take out his anger on, eventually encountering fourteen year old Gregory Riddick. After scolding him, Mr. Mitchell brutally assaulted Mr. Riddick. The Court reasoned that, while it is true that the insults aimed at the young white man had served as evidence of the commission of a hate crime, the Court was not condemning Mr. Mitchell for what he thought of whites, but for his actions which resulted in severe injuries to the victim. Nonetheless his motivation (a hatred and prejudice against whites) justified a graver punishment for *the act*: it was not unconstitutional to take into account the motivation which prompted the author to commit the offense. We must remember that we are discussing a generic aggravating circumstance (from the General Part of the Criminal Code), meaning that it is the act that is penalized (in this case, "to cause injuries"), and it is only during sentencing that the court resorts to imposing sanctions from the more severe scale in the preexisting punitive framework, surely as a result of the motivation of the perpetrator, but the motivation taken into account *ad extra* to the act.

It should be noted that this *reason* for the constitutionality of hate crimes statutes that takes into account the motivations of the perpetrator may not be enough if the motivations are a *substantive element* of the category of offense and *are the basis* for the subsequent criminal penal-

³⁴ A. ALTMAN, *The democratic legitimacy of bias crimes laws: public reason and the political process*, in *Law and Philosophy*, vol. 20, 2001, p. 141-173.

³⁵ *Wisconsin's Penalty-Enhancement Statute §939.645*, from 1991-1992.

ty (which may be the case regarding specific crimes classified at the Special Part of Criminal Codes). Yet, a generic aggravating circumstance such as Article 22.4^a of the Spanish Criminal Code, which entails imposing a penalty from the upper half of the punitive framework already provided for in the Special Part of the Criminal Code in the category of offense defining the act, it is sufficient.

In any case, ALTMAN goes further and raises the dilemma in all its rawness, not as it regards is constitutionality, but its core, its plain justification. Even though it is the act that is being punished and not a belief and even if the aggravating circumstance is constitutional, he asks, could it still violate freedom of thought? Not in vain, those who do not hold a strong hatred or discriminatory bias towards any personal conditions could ever commit a hate crime (as Article 22.4^a Criminal Code could never be applied to them). ALTMAN therefore poses the question, of why the principle of equality must prevail over other guarantees of sound criminal law while maintaining the democratic essence of the law. To achieve this goal, ALTMAN frames the discussion in “Rawlsian”³⁶ terms while assuming a particular notion of “public reason”. Simplifying the question; the existence of a plurality of reasonably conflicting viewpoints is an unquestionable feature of the public culture of a democracy. Moreover, a law is *just* when citizens are placed in the position of the legislator, behind the so-called “veil of ignorance”, and can appreciate that the law meets the criteria of reciprocity. This is; the process of deliberation of rules must be carried out while citizens recognize each other as free and equal and not subjects susceptible to being dominated by each other. It identifies justice with fair-

³⁶ See the notion of public reason as reinforced in J. RAWLS, *The Law of Peoples with “The idea of Public Reason revisited”*, Cambridge (MA), 1999, p. 131 and in the famous and absolute first principle of J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised edition*, Cambridge (MA), 1999, p. 53: Everyone must have a rights equal to the most extensive system of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others. This obviously sympathizes more with the basis of distributive justice, but serves as a good starting point for basis of this kind of generic aggravating circumstances due to the *Rawlsian* insistence on that, behind the veil of ignorance, the parties agree to submit to *universal* principles.

ness: citizens legislate behind the veil of ignorance in terms of *mutually* acceptable cooperation.

Let's delve further into the idea of the "original position" (a situation of *fair* election) that Rawls called the "veil of ignorance". Prior to the enactment of the laws that will govern their coexistence citizens consider what laws they will dictate. They are behind the "veil of ignorance" and do not know the position in which they will have to function in the society for which rules they have set. They ignore who they will be, what they will have and what they will need. Of course, before the veil of ignorance is raised, citizens do not know if they are going to be of a certain race or have a particular sexual orientation, gender, disability, etc. It would seem fair to these citizens that discriminatory hatred played a role in determining the penalty to be imposed to the perpetrator of a hate crime, as long as this did not become an obstacle to their freedom of thought. Hitherto, while they are behind this "veil of ignorance" they do not know their own personal characteristics; a prerequisite for making universal laws that can be extrapolated to all (the essence of reciprocity). They also ignore the personal conditions of the other members of their community; they just know they will legislate for their fellow citizens, who, regardless of their race, gender, etc. will be their fellow citizens.

Let it be noted that for Rawls, notion public reason is inherent to a modern democracy and implies that reasonable pluralism, along with its consequent conflicting plurality is necessary for the good health of a modern democracy. This is why Altman's contribution is so important, enabling the aggravating circumstance to be applied to acts motivated by hatred and to prejudices even against heinous beliefs, for example to nazi ideology. Handing down an aggravated sanction to those who commit a crime because of a certain motivation can be understood in terms of justice, if we acknowledge that public reason would urge us to accept the democratic principle of equality among citizens as essential regardless of these citizen's beliefs, abject as these may result, or any other of their personal conditions.

Admittedly, establishing an aggravating circumstance for discriminatory motivation carries with it an important *advertising* value: it is the expression of public reason, declaring "we are all equal regardless of

our personal conditions”. Such rules express the duty of society to combat systemic attacks on equality. A crime is not just a random act, for one, it set the State’s sanctioning mechanism in motion, it is an attack against the system as a whole. It is in this context that public reason can explain why a penalty should be imposed from the higher range within the punitive framework already provided for the category of offense. Therefore, the basis for the existence of hate crimes statutes cannot be sought in their efficiency as a means of prevention before we examine the core values within the modern democratic State in which such aggravating circumstance would be applied.

In short, a set of conclusions that can be observed regarding the basis for the existence of a generic aggravating circumstance for discriminatory biased motivation as per Article 22.4^a Spanish Criminal Code are the following:

1. Crimes motivated by hate and bias are a systemic attack affecting public reason and the health of democracy and therefore cause a tangible harm to it. Thus, the existence of the generic aggravating circumstance reaffirms the validity of the principle of equality in our system. This has an important *advertising* value, which will firstly benefit those who are of a personal condition that has been traditionally victimized by discriminatory bias and hatred. Additionally, reaffirming the validity of the principle of equality *among all citizens* is advantageous to all, regardless of which group they may belong to. Furthermore it sends a clear message to the perpetrator and to potential perpetrators of hate crimes: “our system does not tolerate the denial of the principle of equality”. The penalties imposed by following the guidelines of this legislative model do not look only to the past; they also achieve an effect in prevention, even if only in a purely utilitarian sense, regarding crimes committed by any citizen for discriminatory bias or hatred of any personal condition.
2. However, regardless of its preventive effect, the core basis of this legislative model is constructed from ethical criteria. If there is a harm to prevent, it is because it is considered harmful to contravene the principle of equality among citizens whatever their personal conditions may be. Therefore, through legal *institutions* such as Article 22.4^a Criminal Code what is intended is to reaffirm the validity of the principle of equality and prevent crimes of this kind. As a means of finding the *core basis* for this kind of generic aggravating

- circumstances we must assess why it is pernicious to breach the principle of equality by committing a crime for a specific motivation.
3. The principle of equality is a prerequisite for the existence of a modern democratic State under the rule of law. Behind the veil of ignorance, citizens who enact the laws of coexistence must necessarily be guided by this principle. A legal institution that requires taking into account the motivations of the perpetrator to set the appropriate penalty for the commission of a crime would not constitute an overwhelming obstacle to their freedom of thought. The motivation will not be penalized on its own; it is the act that is penalized. The motivation for the act is only taken into account when projected onto the act. While this may involve a higher penalty, freedom of thought as it is understood in a modern State would not be impaired because behind the “veil of ignorance” citizens ignore what their and others’ personal conditions are. Any just law – which is guided by impartial equality and allows for a conflicting plurality of opinions – should be imbedded with the characteristics that define the modern democratic State under the rule of law: the generic aggravating circumstance reaffirms the validity of a principle, that of equality, essential in systems such as ours.
 4. Thus, in ethical terms, there is an acceptable reason for the existence of this legislative model in accordance with the values that inspire the modern democratic State under the rule of law. But besides the purely ethical reproach that crimes motivated by discriminatory hatred inspire in the system, there are also preventive effects that arise from the existence of such *institutions* as Article 22.4^a Criminal Code. Therefore, this legislative model, as well as being constitutional, is of a *sufficient* basis to be accepted as described by our criminal legal system.
 5. For practical purposes, to apply in court an aggravating circumstance such as the one in Article 22.4^a Criminal Code it would have to be proven – through evidence – that the discriminatory motive was fundamental in and led to the commission of the hate crime in question. As the ECHR has stated in its Judgment of the 20th of October 2015 (Case No 15529/12, Balázs case v. Hungary), a hate crime requires the existence of discriminatory motivation to be proven through a series of indicators or signs (attitude of the aggressor, characteristics of the victim, etc.).

3. A reverse mitigating circumstance

Once we have clarified the basis of the aggravating circumstance, we still must examine its possible impact on our civil law countries' Crime Theory (*Verbrechenslehre/Teoría del Delito/Teoría del Reato*)³⁷. The discussion that developed in Spain around the generic aggravating circumstance of Article 22.4^a Criminal Code began as a reflection of the discussion taking place in Germany regarding the so-called *inner attitude elements* (Gesinnungsmerkmale).

What may be considered the majority position among Spanish legal experts and jurists holds that the aggravation as a result of discriminatory motive affects the category of culpability³⁸:

This is a circumstance that is based on the greater culpability of the author because of greater blameworthiness of the motivation that drives the crime, therefore it is a requirement that the motivation be decisive in committing the offense³⁹.

The reason for an aggravated criminal responsibility for discriminatory motivation would lie in the “perversion of the motivation”⁴⁰. This position has been subject to various criticisms, being considered an expression of “criminal law of inner attitude elements” (Gesinnungsstrafrecht) and close to the undesirable “offender-based criminal law” (criminal law based on the perpetrator’s personality rather than on his actions).

However, following the thesis of authors such as Müssig⁴¹, Peralta⁴² or Peñaranda⁴³, we can reach a solution⁴⁴ to the problem.

³⁷ In order to make this section understandable through all the aforementioned Crime Theories, we will be simplifying the terms of the debate.

³⁸ See J. BERNAL DEL CASTILLO, *La Discriminación en el Derecho Penal*, Granada, 1998, p. 65.

³⁹ Sentence Supreme Court n° 1145/2006, 23rd of November, Drafted by Magistrate Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

⁴⁰ J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *La agravante por discriminación*, in ID. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Madrid, 2011, p. 51-64.

⁴¹ B. MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, Köln, 2005, p. 129 ff.

As a starting point, we must admit that in a homicide the victim, by his previous behavior, has contributed (has “motivated”) in some way to the commission of the crime. However, the crime committed for a discriminatory motivation takes place independently of the attitude of the victim, and this is why the motivation is fully attributable to the perpetrator of the crime. Obviously, since hate crimes target personal conditions, the victim would have done nothing to contribute to the commission of a crime; they would have simply been black, white, gay, straight, atheistic or Jewish.

If motivation were to be understood only as an indicator of *added* moral reproachability (from a purely retributive perspective as if from a *criminal law of internal attitude elements* point of view) or as an indicator of dangerousness of the individual (from a purely preventive stand point); the motivation as an “aggravating” factor would increase the penalty beyond what would be proportional. What would be sanctioned is the motivation considered independently, as an additional disvalue derived from the hypothetical harm caused by the motivation *itself*, by the *thought* itself (!).

⁴² J.M. PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, 2012.

⁴³ E. PEÑARANDA RAMOS, *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

⁴⁴ There is an important sector that backs different solutions to the ones that will be here exposed, closely related to a proposal put forward by G. STRATENWERTH, *Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale*, in H. WELZEL *et al.*, *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn, 1963, p. 171-191, and due to space constrains we cannot not address them in the detail, as they should be. Among the most important contributions in this regard – albeit clearly differentiated among them – we can highlight: P. LAURENZO COPELLO, *La discriminación en el Código Penal de 1995*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 19, 1996, p. 219-288; F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001, p. 739 ff.; J.M. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena*, in *Revista General de Derecho Penal*, N° 4, noviembre de 2005, p. 33; J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?*, in D. DOCAL GIL, R. GARCÍA GARCÍA (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Madrid, 2012, p. 23-35.

Peralta admits that it is not the motivation that it is being penalized, but its projection onto the act. Yet Peralta wonders how those motivations can be *projected or reflected* onto the act, so that it is more harshly penalized, without in fact penalizing the perpetrator's motivation. The proposed solution, arising from Müssig's previous idea is highly evocative. Applying his conclusion to Article 22.4^a Criminal Code, we could say that discriminatory motivations have the heuristic function of *indicating* a more serious offense due to the absence of justification for the act. Thus, when the perpetrator's motivation for the crime was discriminatory bias or hatred, we would find a complete lack of justification for their actions. Therefore, since in Spanish law discriminatory motivation is not a mitigating circumstance, the result is that whoever commits a crime in which the aggravating circumstance concurs, has incurred in all of the stipulations contained in the punitive framework for the category of offense included in the Special Part of the Criminal Code, since their motivation is not recognized as "justification" below the limit of the upper half of the punitive framework established for a particular crime at the Special Part of the Criminal Code.

Hence, to further develop his position, Peralta states that a reprehensible motivation (including discriminatory bias or hatred) function as "reverse justifications". If the motivation of the perpetrator somehow justifies his behavior, his responsibility is mitigated. If there is no possible justification (because the victim did nothing to contribute to the crime, *ad exemplum* being black), criminal responsibility cannot be mitigated below a certain limit. As can be seen, this approach reverses the classic approach of analysis of the relevance of a perpetrator's motivation.

It is not the actual discriminatory motivation that aggravates a particular act; its presence prevents the extenuation of the act. Hence, what we would traditionally consider a "basic act" (lacking a discriminatory motivation) would in actuality be an attenuated act that would imply the presence of a partial cause of justification: the crime *was not committed* because discriminatory motivations, but because of other kind of motives that a liberal State may at least partially comprehend.

From this perspective motivations themselves are not punished but only contemplated as part of the act, as a reason for it. The real motiva-

tion of the author is actually irrelevant. The role of motivation is to be an epiphenomenon to the absence of means of mitigation for the objective graveness of the act. When the motivation for the commission of a crime was discriminatory the crime in question is more serious, not because of the motivation but because of the fact that the victim did nothing to “contribute” to its commission:

Take the example of homicide motivated by religious hatred. What characterizes it is not simply the motivation for the act “as such” but the contrast of the subjugation of the victim. What can a person do to not to be killed for their beliefs? Change those beliefs. If the right to defend any religion is waived, you will remain unscathed. The same applies to homicide for homophobic motives. What is at the heart of the act is the censorship of free exercise of sexuality⁴⁵.

From another approach, in line with a proposal made by Peñaranda with similar premises, we could say that motivations are an indication of the degree of personal involvement of the author of the crime in the situation.

Let us think about a well-known mitigating circumstance such as duress. The *motive* of the author that lies beyond that mitigating circumstance may be that he was very afraid of somebody, or that he needed to defend himself or his family from some kind of perceived danger: that is the reason why he – for example – insulted somebody. Those motives can be somewhat understood by the State, and the penalty of the author of the crime may be diminished.

Certain motivations (as an example: “I insulted that person because he was touching my bottom without my consent”) will denote that the context in which the statement was made was to some extent imposed on the person uttering it. Invoking other motivations (“I insulted him because he is a homosexual”) demonstrate that the context is completely limited to the person making the statement and is fully *attributable* to him. Thus, motivation can distance or tighten the relationship of the perpetrator with the classified and unlawful act that he has committed. The main difference between Peralta’s approach and Peñaranda is

⁴⁵ J.M. PERALTA, *El “feminicidio” y el derecho penal*, in *Comercio y Justicia*, 23 de agosto de 2011.

therefore that a discriminatory motivation no longer implies a lack of partial “justification” for the act; it implies that there isn’t even a partial *excuse* for the perpetrator.

A modern State cannot impose any particular conviction on its citizens and therefore they can think and have any “motivation” they desire. A person may, for example, believe that human life has no value and it would be preferable that the human race would disappear from the face of the earth. The State allows this person to *believe* something, but in return requires that person to *behave* according to the law and to not engage in the killing of his fellow men. Sometimes a person will not behave according to law and commit an act that (criminally) violates the laws of the system. When the State holds this person accountable, he will suffer the penalty for the commission of the criminal act, and among other things, the State will examine the motivation behind the crime to understand and explain the act.

Suppose that a precept of criminal law can be expressed as an assertion issued by the State, such as “do not insult” (following the example of the offense of slander). From the point of view of the perpetrator the same assertion would be “I have insulted even though the State told me not to”. Moreover, as Article 22.4^a Criminal Code will apply only to intentional crimes, the perpetrator assertion in this case is actually: “I have insulted because the ban on insulting does not apply to me”. Let us pause now on the motivation invoked by perpetrator to insult (or why “the ban did not apply to his person”) even though the State had told him not to. It may be that the perpetrator could complete his assertion as follows: “the ban on insulting did not apply to me, because if I had not acted, they would have continued groping my behind without my consent”. This case denotes an exceptional context in which the State can apply a filter on what is harmful, and consequently reduce the responsibility of the person who has breached the ban on insulting. On the contrary, assume that the assertion of the perpetrator is: “I can insult any person who does not share my personal conditions, anyone who thinks differently, everyone whose skin color is different; this is why the ban on insulting does not apply to me”. A modern democratic State cannot even come close to appreciate this kind of explanation as an excuse for breaking the law.

From this approach, in no case can Article 22.4^a makes the perpetrator “more culpable” beyond the maximum sanction established in the punitive framework of the category of offense (a maximum sanction established by the crime itself, at the Special Part of the Criminal Code, and not by the generic aggravating circumstance). Discriminatory motivation is not punishable in itself as an added disvalue, but it is taken into account as *projected onto the act*, as an invalid justification or excuse.

4. Conclusion

In conclusion, a criminal-policy option that resorts to a generic aggravating circumstance to combat certain behaviors that qualify as hate speech is viable in our civil law systems. Taking Spain as an example, there are offenses – punished even before the nineteenth century Criminal Codes were enacted – whose commission consist of making statements such as the crime of defamation (Articles 208 to 210 CP):

Defamation is the action or expression that harms the dignity of another person, detracting from his reputation or attacking his self-esteem [...] Severe defamation perpetrated with publicity shall be punished with the penalty of a fine from six to fourteen months.

Therefore, if the crime of defamation was committed because of discriminatory motivations, we would be facing a case of hate speech punishable as such by way of the generic aggravating circumstance of Article 22.4^a Criminal Code. Because this discriminatory motivation – unlike other possible motivations – cannot justify the act or even partially excuse the perpetrator, the penalty that will have to be handed down (Article 66 Criminal Code)⁴⁶ would necessarily be located in the

⁴⁶ “In application of the punishment, in the case of malicious offences, the Judges or Courts of Law shall abide by the following rules, according to whether or not there are mitigating or aggravating circumstances: [...] When only one or two aggravating circumstances concur, they shall apply the punishment from the top half of that set by Law for the offence”.

upper half of the punitive framework provided for the offense in question (in the example, a penalty of no less than ten months).

The motivation would not be isolated and punished on its own, what is punished is the classified act (the crime of defamation). But the biased motive of the author is taken into account, not to sanction the motive itself, but in order to *not consider* this kind of motive as a mitigating circumstance. Other kind of motives, acceptable motives, may have worked the other way around, mitigating the liability for the commission of the crime of defamation.

The use of this sort of generic aggravating circumstance can be a more effective strategy to combat hate speech in our civil law systems, rather than opting (as has largely been the case) to criminalize offenses of endangerment or climate offenses in the Special Part of our Criminal Codes, in which the discriminatory motivation is incorporated into the substantive definition of the category of offense that is being penalized.

FENOMENO IMMIGRAZIONE E RICONOSCIMENTO DI SENTENZE STRANIERE PROVENIENTI DA PAESI ISLAMICI O, COMUNQUE, FACENTI APPLICAZIONE DELLA *SHARIA*

Elena D'Alessandro

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Riconoscimento, in Italia, di provvedimenti di ripudio emessi in uno Stato musulmano (con uno sguardo oltralpe). 3. Segue: la frode alla legge quale autonomo requisito ostativo di riconoscibilità? 4. Riconoscimento di decisioni in materia ereditaria. 5. Conclusioni.*

1. Introduzione

I fenomeni di immigrazione, in riferimento al tema oggetto del presente contributo, ossia il riconoscimento di sentenze straniere, hanno originato essenzialmente due tipologie di questioni, le quali saranno qui analizzate¹.

La prima questione (1) concerne la riconoscibilità, in Italia, di provvedimenti di scioglimento del matrimonio emessi in paesi musulmani (nonché extraeuropei) secondo istituti non corrispondenti a quelli del nostro diritto sostanziale.

Il riferimento è, in particolare, all'istituto del *Talāq*, ossia allo scioglimento del matrimonio per ripudio irrevocabile ad opera del marito²,

¹ Poiché, per comprensibili ragioni di tempo, la tematica non fu esaminata nel corso del seminario tenutosi a Trento il 1° aprile 2016, e poiché questo saggio costituisce la relazione scritta di quel colloquio, non saranno invece affrontate le ulteriori (e complesse) problematiche connesse al riconoscimento, in Italia, dei provvedimenti riguardanti i figli minori di coppie immigrate, quali ad esempio quelli facenti applicazione dell'istituto della *kafala*.

² Con riferimento all'istituto del ripudio nel diritto islamico, nonché con specifico riferimento a taluni Stati musulmani, senza pretesa di completezza cfr. F. AHMAD,

il quale, come noto, nel diritto islamico “classico”³ si verifica se viene reiterata per la terza volta consecutiva la formula di ripudio, fino a quel momento ancora revocabile.

Understanding the Islamic Law of Divorce, in *Journal of the Indian Institute*, 2003, p. 484 ss., spec. p. 488 ss.; R. ALUFFI BECK PECCOZ (a cura di), *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, p. 1 ss.; L. ASCANIO, *Equivoci linguistici e insidie interpretative sul ripudio in Marocco*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 573 ss.; M. BOE, *Family Law in contemporary Iran*, London, 2015, p. 14 ss.; E. CALÒ, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 85 ss.; M. CLARKE, *Shari'a Courts and Muslim Family Law in Lebanon*, in E. GIUNCHI (Edited by), *Adjudicating Family Law in Muslim Courts*, London, 2014, p. 32 ss., spec. p. 40 ss.; R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 197 ss.; P. FOURNIER, A. SETRAKIAN, P. MCDUGALL, *No-Fault Talaq: Islamic Divorce in Canadian Immigration and family Law*, in J.S. NIELSEN, W. MENSKI, R. MEHDI (Edited by), *Interpreting Divorce Laws in Islam*, Copenhagen, 2012, p. 235 ss.; R. HUSNI, D.L. NEWMAN (Edited by), *Muslim Women in Law and Society*, London, 2007, p. 68 ss.; F. KHODADADI TAHASHI, *Das iranische Familienrecht aus der Perspektive der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte*, Hamburg, 2005, spec. p. 116 ss. (laddove si tratta specificamente del *Talâq*); S. JEPPIE, *Muslim Family Law in Sub-Saharan Africa*, Amsterdam, 2010, spec. p. 135 ss.; M. LINDBEKK, *The Enforcement of Personal Status Law by Egyptian Courts*, in E. GIUNCHI (Edited by), *op. cit.*, p. 87 ss., spec. p. 95 ss.; A. LÜDERITZ, «*Talâq*» vor deutschen Gerichten, in *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70 Geburtstag*, Köln, 1990, p. 333 ss.; J. MACFARLANE, *Islamic Divorce in North America: A Shari'a Path in a Secular Society*, Oxford, 2012, p. 142 ss.; M. M'SALHA, *Qu'en est-il aujourd'hui de la polygamie et de la répudiation en droit marocain*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2001, p. 171 ss.; J. REHMAN, *The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, p. 108 ss., spec. p. 118 ss.; F. SAREHANE, *La Répudiation, quels Obstacles pour les Marocains Résidant en France? (Exercice au Maroc et Reconnaissance en France)*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2006, p. 5 ss.; K. ZAHER, *Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains. À propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009*, in *Rev. cr. droit int. privé*, 2010, p. 313 ss.

³ Abbiamo utilizzato l'aggettivo “classico” poiché taluni Stati islamici che, nel contesto delle rispettive legislazioni in materia di famiglia, hanno previsto per il ripudio delle modalità che – più o meno – si discostano dallo schema tradizionale, qui preso a modello. Trattasi di un dato rilevante ai fini del vaglio della compatibilità con l'ordine pubblico di siffatta tipologia di *dicta*.

A seguito dell'esercizio del diritto di ripudio, gli effetti del precedente matrimonio vengono meno senza che vi sia necessità di un intervento costitutivo dell'autorità giurisdizionale. Di una analoga facoltà, in linea di principio, non usufruisce la moglie, la quale può tuttavia ottenere lo scioglimento giudiziale del matrimonio.

A proposito dell'istituto del *Talāq*, le fattispecie che in questa sede interessano sono quelle di avvenuto esercizio del ripudio irrevocabile constatato da una autorità giurisdizionale o, come sovente accade, da una autorità religiosa che sia contestualmente anche autorità giurisdizionale (con provvedimento giudiziale avente, si badi, natura dichiarativa e non già costitutiva) ovvero da una autorità amministrativa. Viceversa, non saranno prese ad esame le ipotesi in cui il ripudio, negli ordinamenti in cui ciò è ancora consentito, avvenga tramite esercizio stragiudiziale del *Talāq*, senza la successiva appendice giurisdizionale. Quest'ultima fattispecie, infatti, esaurendo tutta la sua valenza sul piano negoziale-stragiudiziale, esorbita dall'ambito di applicazione degli artt. 64 e 65 della legge n. 218 del 1995, ossia le disposizioni a cui faremo riferimento e che, in Italia, disciplinano il riconoscimento di sentenze provenienti da Stati extraeuropei, come è nel caso di specie. Le disposizioni appena citate si occupano del riconoscimento (processuale) di provvedimenti giurisdizionali emanati in un ordinamento straniero, ovvero, nel caso dell'art. 65 della legge n. 218 del 1995, anche del riconoscimento di atti dell'autorità amministrativa emessi in un ordinamento la cui legge sia richiamata dalle norme di diritto internazionale privato italiano⁴. Non trattano, invece, del riconoscimento di meri

⁴ Pur trattandosi di riconoscimento di provvedimenti in materia familiare che, in quanto tali, sono sussumibili *sub* art. 65 legge n. 218 del 1995, abbiamo fatto riferimento anche all'art. 64 legge n. 218 del 1995, in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui le due disposizioni sono in relazione di complementarietà, dimodoché una decisione che non integra gli estremi dell'art. 65, poiché non è stata pronunciata in un ordinamento la cui legge è richiamata dalla normativa italiana di diritto internazionale privato, potrà essere riconosciuta ai sensi dell'art. 64, il quale, alla sua lett. a) utilizza, invece, il c.d. *Spiegelbildprinzip* per delineare il bacino di provenienza delle decisioni riconoscibili: in tal senso si è espressa, *in primis*, Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 129 nonché in *Int'l Lis*, 2005, p. 124, con nota adesiva di P. PICONE, *Sulla complementarità tra gli artt. 64 e*

atti negoziali, essendo quest'ultimo fenomeno verosimilmente riconducibile alla sfera di operatività delle disposizioni di diritto internazionale privato contemplate dalla legge n. 218 del 1995.

Segnatamente, le fattispecie a cui faremo riferimento sono quelle in cui il nucleo familiare si sia costituito, mediante matrimonio, in uno Stato musulmano. Dopodiché ipotizzeremo che, essendosi la famiglia spostata in Italia, l'atto di matrimonio celebrato all'estero sia stato trascritto nei registri dello Stato civile italiano. Immagineremo, infine, che, nello Stato musulmano di origine, sopravvenga il ripudio e la conseguente pronuncia di accertamento dell'avvenuto scioglimento del matrimonio.

In un siffatto contesto, diviene rilevante per l'ordinamento italiano – laddove i coniugi risultano sposati – comprendere se il ripudio unilaterale del marito, la cui valenza caducatoria sia stata constatata con provvedimento giurisdizionale o amministrativo nello Stato musulmano di origine della famiglia, dove il matrimonio è ormai sciolto, possa produrre effetti anche in Italia, in virtù del riconoscimento automatico ai sensi degli artt. 65 o 64 della legge n. 218 del 1995.

A fronte di situazioni di tal fatta, il riconoscimento, nello Stato europeo, del provvedimento straniero che ha constatato l'avvenuto scioglimento del matrimonio, perseguirebbe una finalità di armonia tra ordinamenti (quello di origine della coppia e quello italiano).

Occorre, però, tenere presente che, a prescindere dalla soluzione che sarà data al quesito, ossia quand'anche si dovesse optare per la irriconoscibilità di pronunce di tal fatta, in Italia il fine dell'armonia tra ordinamenti sarebbe egualmente suscettibile di essere realizzato – almeno quando uno dei coniugi sia cittadino italiano – per il tramite della disposizione di cui all'art. 3, lett. e, della legge 1° dicembre 1970, n. 898. In forza di tale previsione, un coniuge (nel caso di specie: la moglie) può domandare, in Italia, lo scioglimento del matrimonio, qualora l'altro coniuge, cittadino straniero, abbia ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio (evidentemente con

65 l. n. 218/95 di riforma del diritto internazionale privato, ai fini del riconoscimento in Italia di sentenze straniere.

provvedimento irricevibile nel foro) ovvero abbia colà contratto nuovo matrimonio.

La seconda questione (2) che sarà fatta oggetto di trattazione attiene ai rapporti tra il matrimonio poligamico, tendenzialmente ammesso negli Stati musulmani, e la materia successoria.

Con riferimento al tema del riconoscimento delle sentenze straniere, in particolare, vi sarà da stabilire se, in caso di successione ereditaria del cittadino musulmano apertasi in Italia, sia possibile attribuire efficacia alla decisione emessa in uno Stato straniero che, facendo applicazione della legge dello Stato di nazionalità del *de cuius*, dichiarare la seconda moglie di quest'ultimo erede (2a).

Parimenti, sempre con riferimento alla materia successoria, ma stavolta guardando alla posizione dei figli, vi sarà da domandarsi se, ancora una volta nell'ipotesi di successione ereditaria del cittadino musulmano apertasi in Italia⁵, sia da noi riconoscibile una decisione straniera che, come accade in diritto musulmano, attribuisca alle figlie femmine una quota di eredità corrispondente alla metà di quella assegnata ai figli maschi (2b).

Questa volta, con riferimento ad ambedue le sottopotesi (2a, 2b), non necessariamente si tratterà di una sentenza emessa in uno Stato musulmano, come tale riconoscibile in Italia ai sensi della legge n. 218 del 1995. Infatti, se la sentenza in materia successoria è stata pronunciata in uno Stato membro (con esclusione del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca), e riguarda la successione di persona deceduta

⁵ In caso di decesso avvenuto alla data del – ovvero dopo il – 17 agosto 2015, in base a quanto disposto dagli artt. 4 e 21 del Regolamento n. 650 del 4 luglio 2012 la successione potrà aprirsi in Italia se in tale stato il defunto aveva la propria residenza abituale. In una ipotesi di tal fatta, in linea di principio, sarà la legge italiana a disciplinare l'intera successione. In arg. *ex multis*: C. BALDUS, *Erede e legatario secondo il Regolamento Europeo in materia di successioni*, in *Vita notarile*, 2015, p. 561 ss.; A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVI, H.P. MANSEL (Edited by), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, spec. *sub* artt. 4 e 21.

Nell'ipotesi di decesso avvenuto prima di tale data, in base a quanto disposto dall'art. 46 della legge n. 218 del 1995, la successione potrà aprirsi in Italia quando il cittadino musulmano vi abbia risieduto al momento della morte e, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, abbia sottoposto tutta la sua successione alla legge italiana.

alla data del (ovvero dopo il) 17 agosto 2015, il suo riconoscimento sarà disciplinato dal Regolamento n. 650 del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo (di seguito: Regolamento n. 650/2012).

Se, invece, la decisione in materia successoria riguarda una successione apertasi il – ovvero successivamente al – 17 agosto 2015 ed è stata resa in uno Stato terzo ovvero in uno Stato membro non vincolato al rispetto del Regolamento n. 650/2012 (ossia: Regno Unito, Irlanda ovvero Danimarca) ovvero se si tratta di una decisione emessa in uno Stato membro diverso da quelli appena ricordati ma riguardante una successione apertasi anteriormente alla data del 17 agosto 2015 (si ricorderà, difatti, che la materia successoria è sempre stata esclusa dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, così come dall'ambito di applicazione del Regolamento n. 44 del 2001 nonché da quello del Regolamento n. 1215 del 2012), allora il riconoscimento sarà disciplinato dall'art. 64 della legge n. 218 del 1995.

2. Riconoscimento, in Italia, di provvedimenti di ripudio emessi in uno Stato musulmano (con uno sguardo oltralpe)

In base al programma delineato al paragrafo precedente, la prima problematica che esamineremo sarà quella concernente la riconoscibilità, in Italia, di un provvedimento di ripudio emesso (genericamente) in uno Stato musulmano.

Sia che il riconoscimento automatico di una pronuncia così configurata sia chiesto *ex art.* 65 della legge n. 218 del 1995, sia che venga invocato, invece, ai sensi dell'art. 64 della legge n. 218 del 1995, è di tutta evidenza come la questione centrale consista nello stabilire se siffatte statuizioni integrino, o meno, il requisito ostativo della contrarietà all'ordine pubblico e siano, pertanto, insuscettibili di produrre effetti in Italia.

È parimenti noto che la nozione di ordine pubblico che rileva ai fini del riconoscimento delle sentenze straniere include sia l'ordine pubblico sostanziale che il c.d. ordine pubblico processuale.

Con riferimento all'ordine pubblico sostanziale, la nozione a cui fare riferimento è quella di "ordine pubblico internazionale", comprensivo unicamente dei valori fondamentali di un ordinamento, caratterizzanti la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una individuata ed inconfondibile fisionomia. A tale nozione sono riconducibili le regole inderogabili immanenti ai più importanti istituti giuridici, ivi compresi i principi desumibili dalla Carta costituzionale⁶, nonché i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷.

Altresì – giova ricordarlo – soprattutto la dottrina e la giurisprudenza straniera hanno fatto notare che i confini della nozione di "ordine pubblico sostanziale", quale requisito ostativo impediente il riconoscimento delle sentenze straniere, sono più ristretti rispetto alla clausola di ordine pubblico di diritto internazionale privato (da noi disciplinata all'art. 16 della legge n. 218 del 1995), la quale viene in gioco allorché il giudice italiano debba applicare al merito della controversia una legge sostanziale straniera.

⁶ Così, testualmente, Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3966, nonché in *Int'l lis*, 2016, p. 16. In senso conforme: Cass. (ord.), 16 maggio 2016, n. 9978, in *Corr. giur.*, 2016, p. 909 ss.; Cass., 18 aprile 2013, n. 9483, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 386; Cass., 19 luglio 2007, n. 16017; Cass., 4 maggio 2007, n. 10215, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 214; Cass., 26 novembre 2004, n. 22332; Cass., 13 dicembre 1999, n. 13928, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3571.

⁷ Di cui l'Italia è sigataria e che, perciò, come chiarito dalla Corte di Strasburgo nella sentenza 20 luglio 2001, *Pellegrini c. Italia* (ricorso n. 30882/96: su cui v. C. FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso Pellegrini*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 995 ss.; J.P. COSTA, *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Pellegrini c. Italia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2002, p. 453 ss.), essa è tenuta ad osservare anche in caso di riconoscimento di sentenze straniere provenienti da un ordinamento che non aderisce, invece, alla Convenzione.

Per descrivere il fenomeno, in Francia si suole parlare di *effet atténué de l'ordre public*⁸, mentre in Spagna è utilizzata l'espressione *orden público internacional parcial*⁹.

La dottrina tedesca giunge ad un risultato corrispondente per altra via, ossia valorizzando il carattere strettamente territoriale della nozione ordine pubblico. Siffatta valorizzazione conduce ad affermare che l'ordine pubblico sostanziale, come motivo di rifiuto del riconoscimento, è suscettibile di attivarsi solo quando sussiste un legame tra il foro e la decisione da riconoscere (c.d. *Inlandsbeziehung* o *Binnenbeziehung*, a cui si fa riferimento anche in Austria e Svizzera)¹⁰.

Così, ad esempio, un giudice italiano non potrebbe pronunciare il ripudio applicando la legge straniera, facendo a ciò ostacolo vuoi l'art. 12 del Regolamento n. 1259 del 2010, c.d. Roma III, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, vuoi il già citato art. 16 della legge n. 1.218 del 1995. Tale legge, infatti, è lesiva del

⁸ *Ex multis*: B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Paris, 7 édition, 2013, p. 337 ss.; H. BATIFFOL, *Droit international privé*, I, Paris, 1974, p. 415 ss.; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 1. Partie générale, 3 ed., Paris, 2014, p. 306. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cour de cassation, 17 aprile 1953, *arrêt Riviere*, in *Rev. cr. droit int. privé.*, 1953, p. 412; Cour de cassation, 2 ch. civ., 12 marzo 2009, n. 08-10974, www.legifrance.gouv.fr.

⁹ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLES, *Derecho internacional privado*, I, Granada, 2012, p. 486.

¹⁰ A mero titolo esemplificativo v. F. KAHN, *Die Lehre vom Ordre public (Prohibitivgesetze)*, in *Jherings Jahrbücher*, Jena, 1898, p. 9 ss.; E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I Band, Leipzig, 1897, p. 363 ss., nonché, più di recente, D. MARTINY, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Band III/1, Tübingen, 1984, p. 465 ss.; R. GEIMER, R. SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, I, München, 1984, p. 1583. Merita, peraltro, dare conto del fatto che la più moderna dottrina francese – prendendo spunto da alcune pronunce della *Cour de cassation* – ha sviluppato una teoria concettualmente affine a quella tedesca che fa leva sulla *Inlandsbeziehung*, denominata, in Francia, teoria dell'*ordre public de proximité* su cui v. per tutti P. COURBE, *L'ordre public de proximité*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 227 ss. e, in giurisprudenza, Cour de cassation, 1 ch. civ., 3 gennaio 1980, n. 78-13.762, in *Bull.*, 1980, I, n° 4; Id., 1 ch. civ., 6 luglio 1988, n. 85-12.743, in *Rev. cr. droit int. privé*, 1989, p. 71.

divieto di discriminazione tra coniugi protetto dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ciò posto, occorre però stabilire se sia invece possibile, in virtù della valenza attenuata che tale requisito ostativo assume (con riferimento, lo si ribadisce, alla nozione di ordine pubblico sostanziale) nel contesto dell'istituto del riconoscimento di sentenze pronunciate all'estero, recepire un provvedimento emesso da un'autorità giurisdizionale (o amministrativa) che sancisca l'avvenuto scioglimento del matrimonio per ripudio.

In linea di principio al quesito la nostra giurisprudenza ha risposto – con una scelta condivisibile – in maniera negativa.

I giudici, tuttavia, hanno motivato la loro posizione facendo essenzialmente leva sulla nozione di ordine pubblico processuale, invece che richiamarsi all'ordine pubblico sostanziale. Si afferma, cioè, che il ripudio unilaterale, in quanto determina lo scioglimento del matrimonio per cause non predeterminate dalla legge ed accertabili dal giudice nel contraddittorio di entrambi i coniugi, ma, viceversa, a seguito di una mera manifestazione (discrezionale) di volontà del marito, è irricognoscibile per violazione del principio del contraddittorio, *i.e.* per contrarietà all'ordine pubblico processuale del foro¹¹.

¹¹ Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Riv. dir. int.*, 1970, p. 590 (riferendosi ad un ripudio iraniano); App. Milano, 15 dicembre 1965, in *Foro pad.*, 1966, I, p. 510, con nota di M. MIELE, *Ripudio iraniano della moglie già cittadina italiana e riflessi (delibatori e internazionalprivatistici?) nel nostro ordinamento*; App. Roma, 9 luglio 1973, in *Dir. fam.*, 1974, p. 653, con nota di C. SCHWARZENBERG, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello scioglimento del matrimonio islamico per ripudio* (relativo ad un ripudio posto in essere dal marito egiziano nei confronti della moglie italiana); App. Trieste, 23 ottobre 1980, in *Foro pad.*, 1981, p. 62 e, assai più di recente, App. Venezia, 9 aprile 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1029, con nota di O. VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*; App. Torino, 9 marzo 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 156 ss. con nota di A. SINAGRA, *Ripudio-divorzio islamico e ordine pubblico italiano* (riferendosi ad un ripudio marocchino). La pronuncia torinese merita di essere segnalata poiché non solo dichiara il ripudio lesivo della garanzia del contraddittorio ma aggiunge (facendo riferimento alla nozione di ordine pubblico sostanziale) che un siffatto provvedimento discrimina i coniugi e, dunque, viola il principio della parità dei sessi. Quest'ultimo rilievo pone la pronuncia in linea con la posizione della giurisprudenza francese (*infra*, nel testo).

Si tratta di un'opzione ermeneutica condivisa dalla giurisprudenza tedesca¹².

Poiché ad essere valorizzato, *in primis*, è il dato per cui la procedura di ripudio lede il diritto al contraddittorio della moglie (e non anche il fatto che si tratta di procedura che, se non controbilanciata da un eguale diritto potestativo in capo alla moglie, risulta lesiva del principio di uguaglianza tra i coniugi) è stato possibile, per la Corte d'appello di Cagliari¹³, riconoscere effetti in Italia ad un provvedimento di ripudio pronunciato in Egitto, davanti ad una autorità giurisdizionale locale, che aveva constatato lo scioglimento del matrimonio precedentemente intervenuto, in Egitto, tra due cittadini egiziani (e successivamente trascritto nei registri di stato civile italiano) dal quale non erano nati figli.

Si noti che, nel caso di specie, essendo entrambi gli ex coniugi cittadini egiziani, questo era l'unico modo per conseguire l'obiettivo della armonia tra ordinamenti, *i.e.* solo mediante il riconoscimento del provvedimento straniero, anche in Italia, avrebbero potuto considerarsi

¹² V., ad esempio, OLG Stuttgart, *Beschluss* vom 03.12.1998 - 17 VA 6/98, riguardante un atto di ripudio giordano. Tuttavia, in riferimento ad un caso concreto in cui, nel corso di un procedimento di divorzio, il marito invocava gli effetti di un *Talāq* irrevocabile effettuato per scritto e alla presenza di testimoni, l'AG Frankfurt, sentenza 9 agosto 1988 - 35 F 4153/87, in *NJW*, 1989, p. 1434, ha dichiarato l'istituto in contrasto con il principio della parità tra uomo e donna sancita dall'art. 3 del *Grundgesetz*. È giunto ad analoga conclusione l'AG Garmisch-Partenkirchen, sentenza 19 dicembre 2006 - 1 F 290/03, in *BeckRS*, 2006, 16903.

La dottrina tedesca ha invece per lo più concentrato la propria attenzione su di un problema preliminare consistente nello stabilire se il provvedimento con cui il giudice si limita a constatare l'avvenuto ripudio della moglie in sede stragiudiziale possa essere considerato, a tutti gli effetti, una "decisione" come tale riconoscibile in virtù delle disposizioni sul riconoscimento processuale di cui al § 107 FamFG. Al quesito si dà risposta positiva: per tutti T. RAUSCHER, *sub § 107 FamFG*, in *Münchener Kommentar zum FamFG*, 2 Auflage, München, 2013, Rn. 26-28 (consultato tramite la banca dati *Beck online*); A. LÜDERITZ, «*Talāq*» vor deutschen Gerichten, cit., p. 333 ss. e, in giurisprudenza, BGH, *Beschluß* 14 ottobre 1981 - IVb ZB 718/80, in *NJW*, 1982, p. 517.

¹³ App. Cagliari, 16 maggio 2008, consultabile al sito www.immigrazione.it con nota di A. BARBU, *Compatibilità del ripudio-divorzio islamico e ordine pubblico italiano*.

cessati gli effetti del matrimonio prima celebrato e poi sciolto in Egitto. Non essendo alcuno dei coniugi cittadino italiano, infatti, non sarebbe stato possibile ottenere l'armonizzazione tramite l'art. 3, lett. e, della legge n. 898 del 1970.

Del resto, nella vicenda sottoposta all'attenzione della corte sarda, l'esigenza di garantire e tutelare il valore del contraddittorio risultava cedente rispetto all'obiettivo di armonizzazione, posto che la stessa moglie, *medio tempore*, si era risposata in Egitto.

L'armonia degli ordinamenti sembra essere il fine primario anche dell'ordinamento inglese, il quale, in più di un'occasione, ha riconosciuto le decisioni di constatazione dell'avvenuto *Talāq*¹⁴.

¹⁴ In *El Fadl v. El Fadl* [2000] 1 FLR 175 un *tālaq* pronunciato in Libano è stato dichiarato idoneo a determinare, anche in Inghilterra, la cessazione degli effetti di un matrimonio tra due libanesi. Successivamente, in *H v. H* [2007] EWHC 2945 (FAM); [2008] 2 FLR 857, la High Court of Justice è stata chiamata a pronunciarsi sulla riconoscibilità di un ripudio avvenuto in Pakistan, in relazione ad un matrimonio contratto in Pakistan da una coppia che per venti anni aveva poi vissuto in Inghilterra, decidendo quindi di fare ritorno nella terra natia. Dopo il ripudio, il marito si era risposato in Pakistan, avendo dei figli dalla nuova moglie. La corte inglese ha deciso di considerare cessati anche in Inghilterra gli effetti del matrimonio, osservando che «it was important that marriages and divorces recognised in one country should be recognised in another unless there were good reasons for not doing so, especially when there were, as in this case, close links between the two countries and many people moved freely between them». Nel caso di specie, il principio di armonizzazione è stato considerato prevalente nel bilanciamento di interessi posto che «although the wife had not been given notice of the divorce or the opportunity to take part, the talāq was the prevailing form of divorce in the country of origin of both parties».

Tuttavia, nella successiva *A v. L* [2010] EWHC 460 (Fam), la High Court of Justice è andata di diverso avviso con riferimento ad una fattispecie riguardante una coppia libica naturalizzata britannica che, dopo aver contratto matrimonio in Libia, si era stabilita in Inghilterra, senza più fare ritorno nella propria terra di origine. La moglie aveva instaurato procedimento di scioglimento del matrimonio in Inghilterra, nel corso della quale il marito aveva pronunciato ripudio davanti ad una corte del Cairo in base alla legge libica (nella decisione si legge che «the Egyptian Judgment is (as on its face it appears to be) the confirmation of a talāq under Libyan law»); ripudio al quale chiedeva che fosse riconosciuta efficacia in Inghilterra. La High court ha rigettato la richiesta per ragioni di rispetto del principio del contraddittorio, ossia perché il marito aveva deliberatamente omesso di dare notizia alla moglie dello *hearing* davanti alla corte egiziana.

Tuttavia, volendo fare una riflessione di più ampio respiro che prescindendo dalla singola vicenda concreta, si osserva che, a ben vedere e come già in parte anticipato, nelle fattispecie qui prese ad esame il nodo problematico sembra essere di diritto sostanziale, prima che di diritto processuale.

Prima di preoccuparsi del fatto che nel procedimento estero è stato leso il principio del contraddittorio, vi è un altro profilo pregiudiziale di contrasto con l'ordine pubblico sostanziale italiano da prendere in considerazione: ossia la circostanza che l'attribuzione, ad uno solo dei coniugi (segnatamente: al solo marito), del potere di risolvere unilateralmente il rapporto coniugale, viola il principio di uguaglianza degli sposi sancito dall'art. 5 del VII Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché il principio della parità tra uomini e donne garantito dall'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la quale, giova ricordarlo, ha la stessa valenza vincolante dei trattati UE.

Questa, non a caso, è la prospettiva fatta propria dalla giurisprudenza francese¹⁵ e spagnola¹⁶.

Coerentemente, quindi, la dottrina afferma che le Corti inglesi valutano caso per caso, a loro discrezione, se riconoscere o meno efficacia, in Gran Bretagna, al *talāq*: così, ad esempio, K. STANDLEY, P. DAVIES, *Family Law*, 8 Edition, New York, 2013, p. 145.

¹⁵ La giurisprudenza di legittimità francese è costante in questo orientamento. A mero titolo esemplificativo v. Cour de cassation, 1 ch. civ., 25 maggio 2016, n. 15-10532, nella cui motivazione si legge che: «même si elle résulte d'une procédure loyale et contradictoire, la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale par le mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage énoncé par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984 n° VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international, lorsqu'au moins l'un des époux est domicilié en France»; Cour de cassation, 1 ch. civ., 24 settembre 2014, n. 13-21751; Cour de cassation, 1 ch. civ., 14 maggio 2014, n. 13-17124; Cour de cassation, Cour de cassation, 1 ch. civ., 23 ottobre 2013, n. 12-21344; Cour de cassation, 1 ch. civ., 26 settembre 2012, n. 11-25015.

Ciò detto, bisogna però tener conto del fatto che il diritto di famiglia dei paesi musulmani talvolta, con legge, apporta correttivi a questa regola: dunque il giudice italiano, dinanzi a cui sia fatta valere una decisione straniera di ripudio o al quale sia chiesto di accertarne l'efficacia nel foro con valenza di giudicato ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995, dovrà verificare attentamente il contenuto della legislazione in base alla quale è stato posto in essere il ripudio per verificare, in particolare, se eguale *chance* è attribuita alla moglie. Se così fosse, la parità di trattamento sarebbe stata assicurata, non potendosi più ravvisare una contrarietà all'ordine pubblico sostanziale¹⁷ ma, semmai, solo una contrarietà all'ordine pubblico processuale del foro, nella misura in cui nello Stato di origine del provvedimento la moglie non sia stata notiziata della pendenza del procedimento e non abbia avuto in quella sede la possibilità di esercitare il proprio diritto di replica.

3. Segue: *la frode alla legge quale autonomo requisito ostativo di riconoscibilità?*

Una pronuncia resa, nel 2012, della Cour de cassation francese¹⁸, offre l'occasione per riflettere sulla possibilità di utilizzare anche in Italia la frode alla legge come autonomo requisito ostativo di riconoscibilità di decisioni che constatano l'avvenuto scioglimento del vincolo matrimoniale per ripudio.

La decisione francese riguardava due coniugi algerini, sposatisi in Algeria, e poi trasferitisi in Francia. A seguito del rientro del marito in Algeria, la moglie aveva instaurato in Francia un procedimento per

¹⁶ SAP Murcia, 12 maggio 2003, AC/2003/1676. In dottrina, per analoghi rilievi v. C. STAATH, *La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico*, in *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 717 ss., spec. p. 728.

¹⁷ Conf. OLG Hamm, *Beschluss* del 7 maggio 2013, II 3 UF 267/12, in *IPRax*, 2014, p. 349, con riferimento ad una fattispecie concreta in cui anche alla donna era consentito sciogliere unilateralmente il vincolo matrimoniale, in forza di una clausola contenuta in un contratto matrimoniale iraniano.

¹⁸ Cour de cassation, 1 ch. civ., 20 giugno 2012, n. 11-30120.

sentire condannare il coniuge alla corresponsione, in suo favore, di una somma di denaro a titolo di mantenimento. Per tutta risposta il marito aveva chiesto ed ottenuto da un tribunale algerino una decisione che constatava l'avvenuto scioglimento del matrimonio per ripudio. Rientrato in Francia, aveva invocato gli effetti di tale pronuncia nel corso del giudizio francese di mantenimento, al fine di ottenere il rigetto della domanda avanzata dalla moglie.

La Corte d'appello di Parigi, con decisione confermata dalla Corte di legittimità, ha però rifiutato di attribuire efficacia ad una siffatta decisione, in ragione del fatto che vi era stato un uso fraudolento delle norme sulla giurisdizione. La giurisdizione algerina era stata adita solo per ottenere un provvedimento idoneo ad impedire che il giudizio francese si concludesse con una pronuncia di accoglimento nel merito.

Prima di effettuare una riflessione in riferimento alla possibilità di valorizzare la frode alla legge quale requisito ostativo del riconoscimento anche all'interno del nostro ordinamento, giova segnalare che la situazione italiana è per certi aspetti diversa da quella francese, laddove la legge non disciplina i requisiti positivi e negativi che debbono sussistere affinché una decisione straniera possa essere là recepita. La giurisprudenza si è allora fatta carico di delineare tali requisiti¹⁹ e, nel novero di quelli negativi, ha incluso anche la *fraude a la loi*.

Per contro, in Italia, i requisiti ostativi contemplati dagli artt. 64 e 65 della legge n. 218 del 1995 hanno carattere tassativo e non sono pertanto suscettibili di interpretazione estensiva.

Dunque, appare vano il tentativo di ricondurre la frode alla legge a tale categoria.

Semmai, a fronte di fattispecie di tal fatta, in Italia sarà possibile affermare che la decisione straniera che constata l'avvenuta cessazione degli effetti del matrimonio per ripudio non è riconoscibile per mancata integrazione del requisito della competenza giurisdizionale indiretta (nel caso di riconoscimento ai sensi dell'art. 64 della legge n. 218 del 1995) ovvero, nel caso di riconoscimento ai sensi dell'art. 65 della

¹⁹ A partire dal celebre arrêt *Munzer* ossia Cass. civ., 7 gennaio 1964, in *J.C.P.*, 1964, II, 13590.

legge n. 218 del 1995, per mancata provenienza da un paese la cui legge è richiamata dalla l. 218 del 1995²⁰.

4. Riconoscimento di decisioni in materia ereditaria

Con riferimento alla materia ereditaria, la prima questione da affrontare riguarda la riconoscibilità di decisioni pronunciate in uno Stato terzo ovvero in uno Stato membro che, in caso di matrimonio poligamico, attribuiscono diritti successori alla seconda moglie del defunto²¹. Già si è detto che, a seconda dello Stato in cui la decisione è stata emessa – e del momento in cui la successione si è aperta – muta la normativa in base alla quale può avvenire il riconoscimento: legge n. 218 del 1995, ovvero Regolamento n. 650 del 2012.

Anche in questo caso si tratta di stabilire se il riconoscimento, in Italia, di siffatte pronunce sia ostacolato dal requisito ostativo della contrarietà all'ordine pubblico sostanziale.

Poiché sia l'art. 64 della legge n. 218 del 1995 che le disposizioni sul riconoscimento delle decisioni straniere contenute nel Regolamento n. 650 del 2012 (in particolare l'art. 40) annoverano, tra i requisiti ostativi, quello della contrarietà all'ordine pubblico, la problematica sarà affrontata in maniera unitaria, senza distinguere a seconda della disposizione in base alla quale dovrebbe avvenire la ricezione della pronuncia estera.

Si tenga solo presente che, se la decisione da riconoscere ed avente il tenore qui ipotizzato è stata pronunciata in uno Stato membro, significa che la legge dello Stato musulmano applicata alla successione ere-

²⁰ Qualora si tratti di valutare l'applicabilità dell'art. 65 della legge n. 218 del 1995 potrà porsi l'insidiosa questione – di cui non è possibile dare compiutamente conto in questa sede – consistente nello stabilire se l'espressione «la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge» contenuta all'art. 65 della legge n. 218 del 1995 debba oggi essere considerata inclusiva del richiamo agli ordinamenti la cui legge è applicabile alla materia *de qua* in forza del Regolamento n. 1259/2010.

²¹ In arg. v. fin da ora I. PRETELLI, *Article 40*, in A. BONOMI, P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2 edizione, Bruxelles, 2016, p. 649 ss.

ditaria, in base alla quale la seconda moglie del defunto è stata dichiarata erede, ha superato indenne un primo vaglio di contrarietà all'ordine pubblico. Il giudice che ha pronunciato la decisione, infatti, prima di applicare al merito della controversia la legge islamica, ne ha preventivamente vagliato la compatibilità con l'ordine pubblico sostanziale del foro, evidentemente risolvendo il quesito in senso positivo.

Con riferimento alla decisione che, in caso di matrimonio poligamico, dichiara l'esistenza di diritti successori in capo alla seconda moglie del defunto, si è propensi a ritenere che non si tratti di una fattispecie contraria all'ordine pubblico. Riconoscere una decisione con tale contenuto, infatti, significa solamente consentire alla donna di esercitare i propri diritti successori nello Stato richiesto, mentre il "matrimonio poligamico" in sé continuerà a produrre i propri effetti soltanto nello Stato di origine, *i.e.* fuori dal territorio dello Stato richiesto²², senza che vi sia *Inlandsbeziehung* (trattasi, evidentemente, della medesima ragione per cui il diritto islamico è in grado di superare indenne il vaglio a cui lo sottopone la clausola dell'ordine pubblico di diritto internazionale privato).

Neppure la circostanza per cui, in tal modo, ciascuna delle due mogli percepisce la metà della quota spettante all'unica moglie sembra ragione tale da costituire, di per sé, violazione dell'ordine pubblico

²² D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 1, cit., p. 535 ss.; A. DAVI, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1981, p. 335, nota n. 98; C.A. ESPLUGUES, *Legal Recognition of Polygamous Marriages*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1984, p. 302 ss.; F. GUILLAME, *O tempora! O mores!: l'effet du temps sur l'ordre public end droit international privé*, in P. ZEN-RUFFINEN, *Le temps et le droit. Recueil de travaux offerts à la journée de la société suisse des juristes 2008*, Bâle, 2008, p. 108 ss.; P. LAGARDE, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation: l'expérience française*, in F. RIGAUX, *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 263 ss.

Nell'ambito della giurisprudenza francese, che in molteplici occasioni si è occupata della questione segnalata nel testo, è noto il caso *Bendeddouche*, deciso dalla Cour de cassation con sentenza del 3 gennaio 1980, n. 78-13762, in *Rev. cr. droit int. privé*, 1980, p. 331. La vicenda riguardava la successione di un musulmano poligamo. La Cour de cassation dovette dividere la quota riservata dal diritto francese al coniuge superstite (ossia un terzo dell'eredità) in parti uguali fra le due mogli, le quali riceverono, ciascuna, un sesto dell'eredità.

sostanziale del foro²³. La conclusione era (testualmente) avvalorata dal tenore dell'art. 27, par. 2 della Proposta di regolamento sulle successioni europee²⁴, nel quale espressamente si affermava che una legge, la quale stabilisca quote di successione ereditaria diverse da quelle previste nel foro, non avrebbe potuto essere considerata, per ciò solo, contraria all'ordine pubblico.

Benché la previsione non sia stata riprodotta nel testo dell'art. 40 del Regolamento n. 650 del 2012, la maggior parte degli autori è propensa a ritenere che, nonostante l'omissione, una siffatta divergenza non sia in grado di far attivare il motivo di rifiuto del riconoscimento di cui all'articolo 40, lett. a, del Regolamento n. 650 del 2012. Si osserva, infatti, che, se simili divergenze fossero, per ciò solo, considerate idonee a far attivare il motivo di rifiuto del riconoscimento di cui all'articolo 40, lett. a, ne risulterebbe pregiudicata la stessa ragion d'essere del Regolamento europeo²⁵. Del resto, è il tenore del Regolamento n. 650 del 2012 a confermare questa conclusione, nella misura in cui consente la stipula di patti successori ai sensi dell'articolo 25. Se, come sembra, le pronunce che hanno ad oggetto la validità ed efficacia di tali patti sono idonee a circolare nello spazio giudiziario ai

²³ Conf. E. JAYME, *Nochmals: Der heiratslustige Hadschi*, in *Juristische Schulung*, 1977, p. 677 ss.; A.K. PATTAR, *Islamisch inspiriertes Erbrecht und deutscher Ordre public*, Berlin, 2007, p. 514. Nel medesimo senso è orientata anche la giurisprudenza nazionale spagnola ed italiana. Si vedano infatti: Trib. supremo, 15 novembre 1996 (Lowenthal), in *Rev. esp. der. int.*, 1997, p. 264 e Trib. Supremo, 21 maggio 1999 (Denney), *ivi*, 1999, p. 756 ss. commentate da M. VIRGÓS SORIANO, E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution*, in *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, vol. I, p. 977 ss. nonché, nell'ambito della giurisprudenza italiana, Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 784 ed altresì in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 164 con nota di E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*.

²⁴ COM (2009) 154 final.

²⁵ Conf. A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2013, Vol. 5, N° 2, p. 44, testo e nota 164; G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, in G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD, *Droit européen des successions internationales*, Paris, 2013, p. 57; I. PRETELLI, *op. cit.*, p. 594-595; M. STÜRNER, *Deutsch-italienische Erbfälle unter der kommenden Europäischen Erbrechtsverordnung*, in *Jahrbuch für italienisches Recht*, 2013, p. 59 ss., spec. p. 78-79.

sensi dell'art. 39 del Regolamento n. 650 del 2012, senza poter essere disconosciute per contrarietà all'ordine pubblico materiale²⁶, *a fortiori* – sembra – lo dovranno essere anche quelle facenti applicazione di diverse regole sulla parte di eredità da devolvere necessariamente ai parenti più prossimi.

In forza di quanto appena affermato è da considerare riconoscibile nel foro, poiché non contrastante con l'ordine pubblico italiano, anche la pronuncia che dichiara eredi i figli nati dalla seconda moglie del defunto poligamo²⁷.

Ciò precisato, passiamo ad esaminare la seconda questione concernente il diritto successorio che ci proponemmo di trattare, ossia quella relativa alla riconoscibilità una decisione emessa in uno Stato terzo (ovvero in uno Stato membro) che, per effetto della applicazione al merito della controversia di una legge di un paese musulmano, attribuisca alle figlie femmine una quota ereditaria ammontante alla metà di quella assegnata ai figli maschi (differenza che, in diritto islamico, è giustificata dalla mancanza di obblighi di mantenimento così come di partecipazione alla guerra santa, in capo alle donne)²⁸ o, più in generale, crei una diseguaglianza tra gli eredi del defunto per ragioni non solo di sesso ma anche di *status* (ad esempio escluda dalla successione i figli naturali del *de cuius*, posto che il diritto islamico conosce unicamente la filiazione legittima).

Ancora una volta si tratta di valutare se tale risultato contrasti con l'ordine pubblico sostanziale del foro rendendo, perciò, la decisione irricevibile in Italia.

La soluzione prevalente, almeno in linea di principio, consiste nel considerare irricevibili siffatte pronunce, in quanto il loro contenuto si pone in contrasto con norme fondamentali di origine europea, come tali uniformemente applicabili nello spazio giudiziario comune, Italia inclusa. Segnatamente, si ritiene che vi sia contrasto:

²⁶ I. PRETELLI, *op. cit.*, p. 653.

²⁷ Conf. Cour de cassation, 1^{ère} chambre, 25 febbraio 1997, N-94-19321, *Bull. civ.*, 1997, I n° 67 non senza precisare che, conoscendo il diritto islamico soltanto la filiazione legittima, diviene rilevante, ai fini successori, l'accertamento della validità del secondo matrimonio del marito poligamo.

²⁸ Lo osserva A.K. PATTAR, *op. cit.*, p. 515.

- con le disposizioni contenute negli articoli 8-10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
- con le disposizioni contenute nel Protocollo XII, articolo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo;
- con le disposizioni contenute nell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁹.

Questa la ragione per cui sembra difficile che una pronuncia di tal fatta sia emessa dal giudice di uno Stato membro in applicazione del diritto musulmano (che dovrebbe così aver passato indenne il vaglio della clausola dell'ordine pubblico riguardante la legge straniera) e si tratti, quindi, di riconoscerla all'interno dello spazio giudiziario europeo ai sensi del Regolamento n. 650 del 2012.

A meno che non si decida di associare a queste valutazioni “di principio” una valutazione, in concreto delle effettive potenzialità lesive di siffatte decisioni³⁰, tenendo conto, di conseguenza, della circostanza per cui, anche da noi, giocando sulla quota disponibile si può, nei fatti, differenziare la quota spettante agli eredi³¹ (anche se, in Italia, questa differenza è la conseguenza della libera manifestazione della volontà del testatore, mentre in diritto musulmano la scelta ha una motivazione religiosa). E si decida altresì di computare nel calcolo, come previsto dal nostro ordinamento, eventuali donazioni fatte in vita dal

²⁹ I. PRETELLI, *op. cit.*, p. 647; J. FOYER, *Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires*, in G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD, *Droit européen des successions internationales*, cit., p. 157. Analoghe riflessioni, pur guardando la tematica dal punto di vista del diritto internazionale privato, ossia della legge applicabile al merito della controversia, in A.K. PATTAR, *op. cit.*, p. 473 ss., il quale, tuttavia, in una prospettiva tedesca aggiunge che deve essere integrato anche il requisito della *Inlandsbeziehung*.

³⁰ Come ha fatto il *Landgericht Hamburg*, 12 February 1991, *IPRspr*, 1991, p. 264. Il giudice della città anseatica ha reputato non contraria all'ordine pubblico la regola di diritto iraniano che limita la quota dell'eredità paterna da devolversi alle figlie alla metà di quella attribuita ai maschi, in quanto anche in base al diritto tedesco il genitore avrebbe potuto differenziare le quote spettanti ai figli mediante disposizione testamentaria utilizzando la “quota disponibile”.

³¹ Così, ad esempio, in base al codice civile, se il defunto lascia la moglie e due figli, questi ultimi si divideranno metà del patrimonio (un quarto ciascuno), mentre la quota disponibile ammonterà ad un quarto, che il *decius* può assegnare ad uno dei due figli, facendo sì che quest'ultimo riceva il doppio dell'altro.

defunto alle figlie femmine di (pur non conoscendo il diritto musulmano la collazione).

Ciò che, invece, sembra impossibile fare in sede di riconoscimento è la rimodulazione delle quote ereditarie, così come risultanti dalla decisione straniera, in base alla legge del foro, poiché siffatta attività – lungi dall'essere riconducibile al fenomeno dell'adattamento – si risolverebbe in una indebita revisione nel merito della pronuncia straniera, vietata sia dal Regolamento n. 650 del 2012 che dalla legge n. 218 del 1995.

5. Conclusioni

La breve analisi qui condotta ha mostrato che il fenomeno “immigrazione” costringe l'autorità giurisdizionale a confrontarsi con istituti giuridici strettamente legati alla religione islamica, spesso di non agevole comprensione per il giurista continentale. Di fronte alla diversità, è forte la tentazione di proteggersi attivando barriera dell'ordine pubblico. La multiculturalità della società attuale impone di non osservare il diritto musulmano attraverso la rigida lente del giurista continentale. Piuttosto, attraverso la comparazione e giovandosi dell'ausilio di esperti di diritto islamico (o meglio: esperti del diritto dello Stato musulmano di provenienza della decisione da riconoscere) che, altresì, siano in grado di comprendere l'arabo³², occorre capire se, al di là della diversità di forme, il risultato che si ottiene è, dal punto di vista giuridico, corrispondente a quello realizzabile nel foro. In caso di risposta negativa, bisognerà valutare se sussistono valide ragioni che giustifi-

³² Quali difficoltà possa causare la complessità di interpretazione della normativa straniera unita mancata consultazione delle fonti arabe è dimostrato da L. ASCANIO, *op. cit.*, spec. p. 505, il quale, nel commentare una decisione del tribunale di Aosta del 25 giugno 2010, osserva che il giudice si era giovato della traduzione ufficiale francese del codice della famiglia marocchina pubblicata dal Ministero della giustizia marocchino, la quale, però, non era totalmente fedele all'originale arabo. La discrasia, secondo l'A., unita alle notevoli difficoltà interpretative che le disposizioni da applicare presentavano, ha indotto il giudicante a considerare erroneamente contraria all'ordine pubblico una decisione di ripudio marocchina, *in primis* in quanto reputata revocabile, a differenza del nostro divorzio.

cano la differenza. Solo ove così non sia, potrà attivarsi la clausola dell'ordine pubblico sostanziale. In questo modo, il requisito ostativo della contrarietà all'ordine pubblico, invece che essere una barriera che rende il foro impermeabile ai valori giuridici stranieri, può divenire uno strumento che consente al foro di arricchirsi grazie a tali valori ma che, al contempo, è un baluardo a protezione dei soggetti più deboli che, abbandonata la propria terra di origine, sono alla ricerca di migliori condizioni di vita e di una maggiore protezione giuridica.

RIPUDIO ISLAMICO, ORDINE PUBBLICO E DIRITTI FONDAMENTALI

Davide Strazzari

SOMMARIO: *1. Il ripudio islamico tra istanze di riconoscimento del pluralismo culturale e religioso e tutela dei principi della tradizione liberale-democratica. 2. Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico nel diritto internazionale privato. 3. L'influenza del diritto europeo (convenzionale e dell'UE) sulla nozione di ordine pubblico. 4. La giurisprudenza italiana in materia di riconoscimento di atti di ripudio: la varietà delle soluzioni offerte. 5. Osservazioni conclusive: per un pluralismo culturale, religioso e giuridico sostenibile.*

1. Il ripudio islamico tra istanze di riconoscimento del pluralismo culturale e religioso e tutela dei principi della tradizione liberale-democratica

Nel dibattito giuridico contemporaneo è ormai un tema noto lo studio delle tensioni determinate dalla necessità di accomodare, da un lato, le esigenze di riconoscimento identitario culturale delle “nuove” minoranze formatesi per effetto delle migrazioni mondiali e, dall'altro, l'esigenza di mantenere salda la garanzia dei diritti fondamentali propri del patrimonio costituzionale della tradizione liberale-democratica cui si rifanno i Paesi recettori di immigrazione.

Il riconoscimento, infatti, del pluralismo culturale, quale principio giuridico che innerva di sé le costituzioni degli Stati di tale tradizione giuridica, nonché le fonti internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo¹ impongono alle autorità statali di non guardare in modo indifferente alle manifestazioni dell'identità culturale di tali gruppi.

¹ Si ricordi, ad esempio, l'art. 27 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966). Peraltro, come noto, a livello internazionale è controverso se la nozione di minoranza etnica, linguistica, religiosa di cui all'art. 27 includa solo le minoranze

Ne deriva l'opportunità e talvolta l'esigenza del legislatore o del giudice di adattare il precetto normativo in modo da introdurre discipline di carattere derogatorio che, prendendo atto delle diversità strutturali di tali gruppi, consentano ad essi di esprimere le proprie esigenze culturali, religiose, linguistiche². Allo stesso tempo, tuttavia, tale obbligo giuridico di riconoscimento delle altrui pretese identitarie di matrice culturale conosce a sua volta limiti resi necessari dall'esigenza di tutelare sia altri interessi giuridici della collettività (sicurezza, ordine pubblico, salute, etc.), sia i diritti e le libertà della persona che devono essere garantiti anche contro eventuali restrizioni operate dai gruppi minoritari nei confronti dei loro appartenenti³.

Il rispetto della parità uomo-donna, principio cardine del patrimonio costituzionale europeo, è, ad esempio, frequentemente messo in discussione da stili di vita, regole, manifestazioni culturali proprie delle "nuove" minoranze religiose ormai stabilmente presenti negli stati europei.

Tale problematica è emersa soprattutto in relazione a taluni istituti giuridici fortemente influenzati dal fattore religioso, in modo particolare della tradizione islamica. Ciò è dovuto sia alla diffusione della reli-

autoctone o si applichi anche alle "nuove" minoranze frutto dei processi migratori e, dunque, a prescindere dal possesso della cittadinanza. Sul punto, il Comitato dei Diritti Umani, si è espresso chiaramente in favore della seconda opzione. Si veda, a tale proposito, il General Comment No 23, *The Rights of Minorities (art. 27)* (ccPR/C/21/Rev.1/Add.5), 08.04.1994, p. 5.1: «The terms used in art. 27 indicate that the persons designed to be protected are those who belong to a group and who share in common a culture, a religion and/or a language. Those terms also indicate that the individuals designed to be protected need not be citizens of the State party». Sulla nozione di minoranza di cui all'art. 27 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e sulla sua riferibilità alle sole minoranze autoctone è d'obbligo il riferimento a F. CAPOTORTI, *Study of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic minorities*, NU., 1979 e ID., *Il regime delle minoranze nel sistema delle NU e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1992, 101 ss.

² Vedi, nella amplissima letteratura, W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1991, ID., *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995; J. RINGELHEIM, *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, 2006, A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001, I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, Milano, 2012, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2004.

³ Vedi S. POULTER, *Ethnicity, Law, and Human Rights*, Oxford, 1998.

gione islamica nel mondo, e in particolar modo proprio nei Paesi oggetto attualmente di forti spinte migratorie, sia alle caratteristiche intrinseche del diritto religioso islamico (*sharī'a*).

A riguardo, è opportuno fin da subito sottolineare che sembra profondamente erroneo partire dal presupposto che esista un solo diritto islamico e ciò non solo perché quest'ultimo conosce al suo interno differenti declinazioni⁴, a seconda della tradizione giuridica religiosa che si prenda in considerazione, ma anche perché in taluni Paesi appartenenti a tale area religiosa si è assistito a un processo di “modernizzazione” ad opera della fonte di produzione politica statale del diritto religioso⁵.

Ciononostante, si può osservare, con un certo grado di astrazione, che è dato riscontrare i tali contesti giuridici, quale dato giuridico connotativo, il disconoscimento del principio di uguaglianza tra uomo e donna nell'ambito del diritto di famiglia. Ciò è particolarmente evidente in relazione a taluni istituti giuridici, quali la poligamia maschile e il ripudio⁶, che, facendo propri modelli di relazioni familiari di tipo patriarcale presenti prima della diffusione della religione islamica, pongono severe differenziazioni di trattamento della donna rispetto all'uomo⁷.

La potenziale conflittualità tra detti istituti giuridici e il principio di non discriminazione per il sesso è riconosciuta anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nella nota sentenza *Refah Partisi e altri c. Turchia*, la Corte ha ritenuto conforme alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) lo scioglimento decretato dalle autorità governative turche di un partito di ispirazione islamica. La Corte osserva, infatti, la non compatibilità coi valori della Convenzione di

⁴ In generale, v. F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enc. Giur.*, IX, 1989.

⁵ Su questo profilo, v. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano, 1990.

⁶ Per una descrizione dei profili del ripudio secondo il diritto religioso islamico, v. E. GIARNIERI, *Matrimonio islamico: caratteri e limiti di compatibilità con l'ordinamento italiano*, in C. CARDIA, G. DALLA TORRE (cur.), *Comunità islamiche in Italia*, Torino, 2015, 335 ss.

⁷ Ampiamente, su questo, lo studio di C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Intern.*, 2011, 4, 1037 ss.

a regime based on Sharia which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, *its rules on the legal status of women* and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts⁸.

Riconosciuto, dunque, sul piano astratto dei principi il potenziale conflitto tra il diritto religioso di matrice islamica e il principio di parità uomo-donna, si deve tuttavia considerare, poi, se sul terreno pratico della risoluzione dei conflitti ci siano margini per ricomporre tale frattura.

Proprio da quest'ultima prospettiva – quella, appunto, della concreta risoluzione giudiziale dei conflitti – un particolare punto di osservazione è rappresentato dal sistema di diritto internazionale privato.

Poiché certamente tra gli elementi di estraneità di una situazione – elementi che fanno appunto scattare le norme di diritto internazionale privato – rientra anche il possesso di una cittadinanza diversa da quella dello Stato territoriale del foro, ne consegue che gli immigrati presenti nei Paesi europei hanno un'aspettativa di vedere loro applicate, attraverso i sistemi nazionali di diritto internazionale privato, norme dell'ordinamento statale di appartenenza, le quali possono talora coincidere o comunque risultare profondamente influenzate dal diritto tradizionale religioso, in particolar modo islamico⁹.

Ebbene, se è vero che tra le primarie finalità del diritto internazionale privato vi è certamente l'apertura degli ordinamenti nazionali alle soluzioni giuridiche elaborate in un contesto giuridico straniero, con il fine di rafforzare l'armonia e la reciproca fiducia tra i soggetti dell'ordinamento internazionale, è altrettanto vero che lo stesso diritto internazionale privato si preoccupa di fornire all'operatore giuridico degli strumenti, quali, ad esempio, l'ordine pubblico o le norme di applicazione necessaria, per preservare l'integrità dell'ordinamento del foro allorché il diritto straniero richiamato confligga coi valori di questo.

Tale potenziale tensione tra apertura e preservazione dell'ordinamento, da sempre presente nella materia del diritto internazionale privato, è oggi certamente accresciuta per effetto della *vis expansiva* dei di-

⁸ *Refah Partisi e altri c. Turchia*, 13 febbraio 2003, par. 123.

⁹ Il punto è particolarmente sottolineato da C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, 1038.

ritti fondamentali – costituzionali, convenzionali e dell’UE – che fanno parte dei valori caratterizzanti gli ordinamenti della tradizione liberale¹⁰.

Di qui il potenziale conflitto. Come, infatti, deve reagire il giudice (e prima di lui l’ufficiale di stato civile) di fronte alla richiesta di dare riconoscimento a atti, quali il ripudio o il matrimonio poligamico, che sembrano potenzialmente contrari al principio di parità tra sessi? Assolutizzare la tutela del diritto fondamentale a non essere discriminati per ragioni legate al sesso – e dunque negare qualsivoglia effetto giuridico a istituti della tradizione islamica che si pongano in contrasto con tale valore – o riconoscere una sorta di specialità del diritto internazionale privato, tale da consentire agli operatori del diritto un’applicazione più sfumata dei diritti fondamentali in tale ambito¹¹?

Collocandoci, dunque, in tale ambito tematico, il contributo andrà ad esplorare l’atteggiamento assunto dalle giurisdizioni italiane in tema di riconoscimento degli effetti civili di atti di ripudio formulati all’estero. La disamina delle sentenze finora emanate sul punto mostrerà come la giurisprudenza appaia contrassegnata da una certa contraddittorietà, alternandosi pronunce di radicale chiusura ad altre in cui risulta maggiormente evidente il tentativo di accomodamento.

¹⁰ Ricostruisce i termini della questione, F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2007.

¹¹ Nella dottrina internazional-privatista il tema è oggetto di acceso dibattito. Oltre al contributo già citato di C. CAMPIGLIO, si veda H. GAUDEMET-TALLON, *Nationalité, statut personnel et droits de l’homme*, in AA.VV., *Mélanges dédiés à Erik Jayme*, Monaco, 2004, 219; J. DÉPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, in *Rec. des cours*, 1988, t. 211; E. JAIME, *Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des cours*, 1995, t. 251, 13 ss.; L. GANNAGÉ, *A propos de l’“absolutisme” des droits fondamentaux*, in AA.VV., *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Parigi, 2008, 265 ss.; P. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des conflits des cultures*, in *Rec. de cours*, 2010; M.C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations*, Parigi, 2005.

In tutte queste decisioni, si rivela centrale la nozione di ordine pubblico, declinata sia in senso sostanziale, quale clausola riassuntiva dei principi giuridici fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico in un dato momento storico, sia in senso processuale, come riferita al rispetto del principio di contraddittorio e delle fondamentali norme processuali a tutela dei diritti di difesa¹².

2. Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico nel diritto internazionale privato

La nozione di ordine pubblico è rilevante per diverse branche del diritto. Da questo punto di vista, in dottrina si è soliti distinguere detta nozione a seconda che essa sia utilizzata nell'ambito delle scienze pubblicistiche (diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto penale) anziché nell'ambito di quelle civilistiche o del diritto internazionale privato¹³.

Nel primo caso, infatti, l'ordine pubblico opererebbe sul piano del lecito giuridico, ponendosi come limite all'estrinsecazione di un'attività che si connota nei termini di una manifestazione di libertà, spesso costituzionalmente garantita (v. art. 14, 16, 17 e 41 Cost.)¹⁴. Ponendosi, dunque, come limite rispetto a posizioni di libertà costituzionalmente garantite, si impone la necessità di restringere la portata della nozione e di farla coincidere con una nozione materiale di ordine pubblico, ossia di *ordre dans la rue*, di sicurezza e di incolumità pubblica¹⁵.

Nel contesto, invece, civilistico e del diritto internazionale privato, la nozione di ordine pubblico assume una valenza normativa, o ideale,

¹² Sulla nozione di ordine pubblico processuale, v. F. SALERNO, *Principio del contraddittorio e riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. Dir. Int.*, 1979, 67 ss.

¹³ V. G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, 1057 ss.; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 1963, CLXV, 1963, 111 ss.; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. D.I.*, XII, 1965, 130 ss.

¹⁴ G. CORSO, *op. cit.*

¹⁵ V. A. PACE, in *Rapporti civili (art. 13-20)*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, 159 ss.

riferendosi, cioè, a un insieme di principi, anche a carattere etico, che informano l'ordinamento giuridico. L'ordine pubblico in tale contesto assume così la funzione di limite di efficacia o all'autonomia negoziale dei privati o all'esplicazione degli effetti nell'ordinamento interno di atti giuridici formati all'estero¹⁶.

Se la distinzione appare netta sul piano teorico e se pure è evidente il tentativo della dottrina pubblicistica di circoscrivere l'ordine pubblico a un'accezione materiale che escluda possibili letture in senso funzionalista delle libertà costituzionali¹⁷, è da dire che la giurisprudenza costituzionale è sul punto assai meno netta e, anzi, non congruente con tali ricostruzioni.

Nel definire, infatti, una nozione di ordine pubblico costituzionale, inteso come ordine legale su cui poggia la convivenza sociale, la Corte sembra ammettere la possibilità di un'accezione anche in senso ideale dell'ordine pubblico che operi quale possibile limite all'esercizio delle libertà costituzionali¹⁸. Più correttamente, secondo alcuni, tale giurisprudenza andrebbe intesa nel senso che la nozione di ordine pubblico opererebbe come una clausola riassuntiva di altre situazioni di libertà o di altri valori costituzionali. In questo modo, il richiamo all'ordine pubblico non significa la prevalenza di un interesse pubblico, qualificato in termini astratti, sull'esercizio di una data libertà costituzionale, ma, piuttosto, sarebbe lo strumento che consente di bilanciare, attraverso l'utilizzo del principio di proporzionalità, la data libertà con altre libertà e valori costituzionali, anche non formalizzati come limiti espliciti, che

¹⁶ G. CORSO, *op. cit.*

¹⁷ Cui si ricollega ulteriormente la questione dell'estendibilità del limite dell'ordine pubblico alle libertà costituzionali per le quali il testo costituzionale nulla prevede, come nel caso della libera manifestazione del pensiero. In senso contrario, A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971, 1774 ss. e già C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. Cost.*, 1962, 190 ss.

¹⁸ Corte cost. n. 168/1971 che si richiama a Corte cost. n. 19/1962. Critici nei confronti della giurisprudenza costituzionale in materia, A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale*, cit.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 42-43.

entrano appunto in bilanciamento per il tramite della nozione di ordine pubblico¹⁹.

Così intesa, la nozione di ordine pubblico costituzionale presenta alcuni aspetti di somiglianza con quella in uso nell'ambito internazionale-privatistico.

L'eccezione di ordine pubblico, proprio perché in grado di paralizzare l'applicazione del diritto straniero richiamato o dell'istituto di diritto straniero cui riconoscere effetti – e dunque in ultima analisi di ostacolare quella *concordia ordinum* cui tende il diritto internazionale privato – è uno strumento da applicare con cautela²⁰. Infatti, essa non opera, o non dovrebbe operare, in relazione alla pretesa incompatibilità, considerata in astratto, di un istituto di diritto straniero o legge straniera rispetto all'ordinamento del foro ma, piuttosto, in relazione alla specifica vicenda processuale.

Nella prassi giurisprudenziale e teorizzazione dottrinale, soprattutto belga e francese, tale valutazione in concreto dell'eccezione di ordine pubblico implica che tra gli elementi che il giudice o l'ufficiale di stato civile deve considerare per azionare tale clausola vi siano, da un lato, la gravità degli effetti che si produrrebbero nell'ordinamento del foro, come conseguenza dell'applicazione della legge o del riconoscimento dell'atto straniero, dall'altro, l'intensità del collegamento della controversia con l'ordinamento del foro²¹.

In definitiva, proprio perché la clausola di ordine pubblico deve essere applicata al caso concreto e presupporre una valutazione degli effetti che il riconoscimento dell'atto produce nell'ordinamento interno, essa finisce per operare secondo parametri non lontani dal giudizio di

¹⁹ In questo senso, G. CORSO, *op. cit.*, 1066.

²⁰ In argomento, G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954.

²¹ La combinazione dei due parametri dà luogo alla nozione di ordine pubblico di prossimità e di ordine pubblico attenuato. In linea generale, si può osservare che la nozione di ordine pubblico attenuato tende ad applicarsi soprattutto allorché l'ordinamento del foro debba procedere al riconoscimento di una situazione o di un atto prodotto all'estero, anziché dover applicare il diritto straniero come diritto sostanziale. Cfr. P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Parigi, 1959; ID., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Rec. des Cours*, 1986, t. 1 vol. 196, 9 ss.

proporzionalità e dal bilanciamento in concreto dei valori in gioco, quale normalmente operato dalla giustizia costituzionale.

Questa prospettiva di avvicinamento tra le accezioni pubblicistica e internazionalprivatista della clausola di ordine pubblico si giustifica anche alla luce della crescente tendenza nel diritto internazionale-privato di veicolare, per il tramite appunto dell'ordine pubblico, il necessario rispetto dei diritti fondamentali costituzionali e di natura convenzionale.

Il contemperamento dei tradizionali meccanismi operativi e delle finalità del diritto internazionale privato con il necessario rispetto dei diritti fondamentali non può, tuttavia, condurre a un uso per così dire apodittico della clausola di ordine pubblico, volta a tutelare in modo assoluto taluni principi della tradizione giuridica occidentale (quale appunto la non discriminazione per il sesso). In effetti, è da tenere in considerazione il fatto che attraverso la scelta di utilizzare soluzioni previste nel diritto di famiglia dei paesi d'origine, laddove questo diritto risulti sostanzialmente adesivo ai dettami di una data religione, le parti possono manifestare talora un preciso bisogno religioso-culturale e la loro opzione può qualificarsi, sia pure problematicamente, come esercizio di libertà religiosa²². In questo senso, indubbiamente il tema si lega anche alla questione dell'identità e dell'appartenenza a gruppi sociali connotati culturalmente e religiosamente e della conseguente accettazione da parte di questi di forme di dissoluzione del matrimonio che appaiano in linea con la loro specifica tradizione culturale e religiosa.

Sotto questo profilo, e avvicinandosi maggiormente all'ambito tematico oggetto di indagine, proprio il richiamo ai diritti fondamentali

²² La questione intreccia inevitabilmente quella dei confini della libertà religiosa e di ciò che si può ricondurre al concetto di religione. Una distinzione che si rifaccia ai profili spirituali contrapposti a quelli secolari, se adatta a cogliere la realtà cristiana, dove il principio appare consolidato, lo è molto meno in relazione alle altre due religioni monoteiste dell'Islam e dell'ebraismo, in cui molti aspetti della vita quotidiana (successioni, diritto di famiglia, prescrizioni alimentari) sono disciplinate dal diritto religioso. Sul punto, S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Bologna, 2002, 75 ss. Sull'utilizzo del diritto internazionale privato come strumento per consentire l'espressione dei diritti religiosi delle nuove minoranze, v. i contributi contenuti nella collettanea a cura di R. BOTTONI, R. CRISTOFORI, S. FERRARI, *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism – A comparative Overview*, Berlino-Heidelberg, 2016.

dovrebbe rafforzare, o comunque problematizzare anziché operare facili automatismi in un senso anziché nell'altro, l'ipotesi di riconoscimento di taluni atti prodotti all'estero nell'ambito di diritto di famiglia, potendosi questi qualificare sia come manifestazioni dell'identità religiosa e/o culturale degli individui, sia come situazioni che ricadono sotto lo spettro del rispetto della vita privata e/o familiare, ai sensi dell'art. 8 CEDU²³.

La qualificazione delle situazioni indicate alla stregua di esercizi di libertà comunque costituzionalmente o convenzionalmente garantite non vale ovviamente a determinare un riconoscimento automatico degli atti stranieri in questione, ma solo a ulteriormente sostenere la necessità di un'applicazione della clausola di ordine pubblico che non operi sul piano appunto dei valori e principi considerati in chiave ideale, ma su quello concreto del bilanciamento.

In questo senso, proprio in relazione alla tema del riconoscimento degli effetti civili di atti di ripudio, è significativo riportare l'opinione espressa dall'autorevole istituto di diritto internazionale in materia di applicazione di ordine pubblico al diritto internazionale privato della famiglia. La risoluzione dà atto che un'esclusione reciproca e sistematica delle leggi espressive di culture differenti, ad opera dell'ordine pubblico, disconoscerebbe l'esigenza di coordinamento dei sistemi giuridici. Riconosce, inoltre, che il rispetto dell'identità culturale è divenuto una finalità del diritto internazionale che deve trovare applicazione anche nel contesto del diritto internazionale privato. Invita pertanto gli stati a non opporre la clausola di ordine pubblico in relazione al riconoscimento di atti di ripudio laddove la moglie, anche se cittadina o residente nello stato di riconoscimento, abbia consentito al provvedimento o abbia beneficiato di provvedimenti patrimoniali sufficienti²⁴.

²³ Il punto verrà ripreso *infra* nel testo.

²⁴ Institut de droit international, Session de Cracovie, 2005, neuvieme commission, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*.

3. *L'influenza del diritto europeo (convenzionale e dell'UE) sulla nozione di ordine pubblico*

Si è detto, dunque, dell'opportunità che la clausola di ordine pubblico, allorché applicata al riconoscimento di effetti civili di atti di ripudio prodotti all'estero, operi in concreto, secondo un bilanciamento che tenga conto di come, attraverso tali provvedimenti, possa manifestarsi un esercizio di interessi costituzionalmente rilevanti.

Tuttavia, si deve considerare come, invece, proprio in tale ambito la clausola di ordine pubblico tenda ad essere applicata talvolta in modo astratto, secondo una valutazione aprioristica dell'incompatibilità dell'istituto del ripudio con il principio dell'eguaglianza giuridica tra coniugi.

È quest'ultimo un processo riscontrabile innanzitutto in taluni ordinamenti nazionali.

In Belgio, ad esempio, una riforma del codice di diritto internazionale privato ha introdotto nel 2004 un'apposita disposizione, l'art. 57, che stabilisce che un atto, formulato all'estero, in cui si constata la volontà del marito di sciogliere il vincolo matrimoniale non potrà essere riconosciuto in Belgio²⁵.

In Francia, la giurisprudenza francese soprattutto degli anni '90 aveva riconosciuto atti di ripudio celebrati all'estero, una volta riscontrato il rispetto del principio del contraddittorio e dei diritti patrimoniali della moglie. Tuttavia, nel 2004 è intervenuta una definitiva svolta nella giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale nega ogni effetto agli atti di ripudio pronunciati all'estero, ritenendo di fatto insufficiente, ai fini della valutazione della compatibilità con l'ordine pubblico francese, tanto le garanzie procedurali, quanto le forme di compensazione economica previste a vantaggio della moglie. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, la circostanza che il ripudio sia rimedio nella disponibilità del solo marito determina un irriducibile contrasto con il principio di

²⁵ Esistono, tuttavia, delle deroghe applicabili, però, solo se entrambi i coniugi non abbiano la cittadinanza o la residenza in uno stato che non conosce l'istituto del ripudio. Sul punto, v. D. STRAZZARI, *Diritti fondamentali, istanze culturali religiose e "preferenze nazionali"*. *Riflessioni sul case-study belga*, in *D.P.C.E.*, 2014, 3, 1204 ss.

parità tra coniugi, quale sancito all'art. 5 del protocollo 7 della CEDU, e con l'ordine pubblico francese²⁶.

Con tale decisione, che costituisce ancora oggi il *leading case* in materia, il riferimento alla necessità di garantire la parità di trattamento tra coniugi assurge, o esso stesso o in quanto filtrato dalla clausola di ordine pubblico, a barriera insormontabile per il riconoscimento di effetti all'atto di ripudio, negando la compatibilità dell'istituto del ripudio in sé, a prescindere da una valutazione dell'interesse specifico delle parti in causa.

Proprio il caso francese introduce un ulteriore elemento di complessità al quadro tratteggiato rappresentato dal fatto che è proprio il riferimento all'art. 5 del protocollo 7 alla CEDU a costituire la giustificazione dell'irrigidimento della posizione giurisprudenziale.

Ci si interroga, così, se l'emersione di un paradigma comune nella tutela dei diritti fondamentali, rappresentato in particolare dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche dal diritto, positivo e giurisprudenziale dell'Ue, possa determinare il formarsi di una nozione di ordine pubblico europeo che finirebbe per imporsi, secondo una logica omogeneizzante, sulle declinazioni giurisprudenziali nazionali di ordine pubblico²⁷.

In questo senso, nel contesto tematico da noi analizzato, si è già ricordata l'affermazione della Corte EDU nella sentenza *Refah Partisi c. Turchia* sulla non compatibilità coi valori della Convenzione del diritto islamico.

Per quanto riguarda, invece, il diritto dell'UE, a rilevare, nello specifico contesto tematico qui tratteggiato, è il Regolamento 1259/2010 del Consiglio relativo all'attuazione d'una cooperazione rafforzata nel set-

²⁶ Cass. 17 febbraio 2004, su cui H. FULCHIRON, "*Ne repudiez point...*" pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 2006, 1, 7 ss.

²⁷ Cfr. P. MAYER, *La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, in *Rev. crit. DIP*, 1991, 651; P. HAMMJE, *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Rev. crit. DIP*, 1997, 451; E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne de droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruxelles, 1999.

tore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale in controversie aventi un carattere di transnazionalità²⁸.

Il regolamento fornisce una disciplina unitaria in merito all'individuazione del diritto sostanziale da applicarsi in caso di scioglimento del matrimonio e separazione in circostanze che comportino un conflitto di leggi.

L'interesse per il regolamento è rappresentato dal suo carattere universale, nel senso che la legge da esso designata si applica anche laddove non sia quella di uno Stato membro partecipante alla cooperazione rafforzata, ciò che rende possibile, appunto, l'applicazione di un diritto straniero proprio della tradizione islamica. In secondo luogo, con una scelta effettivamente innovativa rispetto a quanto si riscontra normalmente nelle discipline nazionali di diritto privato internazionale in materia di diritto di famiglia, si introduce la possibilità per le parti coinvolte di scegliere la normativa applicabile, sia pure all'interno di un ventaglio di possibilità²⁹. Tra queste, viene appunto prevista la legge nazionale anche di uno solo dei coniugi. Ciò dovrebbe facilitare appunto l'applicazione della legge del Paese d'origine degli immigrati anche laddove la parte dovesse possedere più cittadinanze, inclusa quella del foro.

A fronte di questa potenziale apertura verso il riconoscimento di diritto straniero, in ipotesi anche di tradizioni giuridiche diverse da quella europea, si deve registrare la formulazione dell'art. 10 dello stesso Regolamento, disposizione che inibisce, in favore della legge del foro, l'applicazione della legge voluta dalle parti o di quella altrimenti applicabile in mancanza di scelta delle parti, *ex art. 8* dello stesso reg. 1259/2010, allorché detta legge non preveda il divorzio o «non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione e personale».

La disposizione in esame – che merita di essere letta in connessione con il 16° considerando del Regolamento secondo cui «la legge scelta dai coniugi deve essere conforme ai diritti fondamentali riconosciuti dai Trattati e dalla carta dei diritti fondamentali dell'UE» – effettua una

²⁸ Cfr. Reg. 1259/2010 del Consiglio, in GUUE n. 343 del 29.12.2010.

²⁹ Vd. art. 5 reg. 1259/2010.

valutazione aprioristica della incompatibilità delle leggi di paesi islamici che contemplino meccanismi di scioglimento del matrimonio nella sola disponibilità del marito.

La clausola opera solo nel contesto della individuazione della legge sostanziale da applicarsi ai casi di divorzio o separazione. Non riguarda, dunque, il riconoscimento di sentenze o provvedimenti in materia di scioglimento del matrimonio conclusi in paesi extra-UE, aspetto che permane, al momento, di competenza nazionale. È tuttavia ipotizzabile che tale disposizione produca effetti sugli ordinamenti nazionali producendo un irrigidimento circa i possibili riconoscimenti di atti di ripudio conclusi all'estero.

Un'altra situazione in cui è possibile individuare l'esplicazione di un concetto di ordine pubblico europeo, di origine dell'UE, in grado di comprimere margini di soluzioni alternative e più flessibili ad opera delle giurisprudenze nazionali, è rappresentata dal riconoscimento del matrimonio poligamico ai limitati effetti del ricongiungimento familiare.

L'approvazione della direttiva n. 86/2003/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare ha comportato un deciso irrigidimento sul punto, stante l'esplicito divieto in essa contenuto di ammettere il ricongiungimento di più di un coniuge³⁰ e consentendo agli stati di estendere tale limitazione ai figli di una coppia poligama.

Un esempio di come l'approvazione di tale disciplina abbia implicato un mutamento in senso più restrittivo nella prassi nazionale proviene dal caso italiano. Il legislatore, in sede di prima trasposizione della direttiva, non aveva proceduto a disciplinare il relativo divieto, sicché si era ammesso in giurisprudenza la possibilità di consentire al figlio di una coppia poligama, già ricongiunto in Italia con il primo genitore, di esercitare il diritto all'unità familiare nei confronti del secondo genitore, sebbene ciò determinasse il crearsi di una situazione di bigamia in Italia.

Nel 2009, con la legge n. 94, il legislatore procedeva all'inserimento di un nuovo art. 29, 1 *ter* nel TU immigrazione che, in conformità alla direttiva, non consente il ricongiungimento del coniuge o del genitore

³⁰ V. art. 4.4 dir. 2003/86/CE del 22 settembre 2003 in GUCE 02.10.2003.

allorché questi risulti coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale. La Corte di Cassazione, prendendo nota della modifica occorsa, ha infine stabilito che il divieto di cui all'art. 29, c. 1 *ter* TU immigrazione opera oggettivamente, anche se il richiedente è il figlio minore, mirando a evitare l'insorgenza nell'ordinamento italiano di una condizione di poligamia contraria all'ordine pubblico anche costituzionale³¹.

4. La giurisprudenza italiana in materia di riconoscimento di atti di ripudio: la varietà delle soluzioni offerte

Le argomentazioni finora riferite possono certamente contribuire a meglio inquadrare la giurisprudenza italiana più recente intervenuta in tema di riconoscimento di atti di ripudio.

È conveniente preliminarmente ricordare che in argomento vengono anzitutto in rilievo gli artt. 64 e 65 della l. n. 218/1995, non rilevando, invece, il Reg. CE 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, applicabile solo in relazione a decisioni rese da giurisdizioni di stati dell'UE.

Come noto, rispetto al precedente sistema legislativo, caratterizzato dalla necessità di un giudizio di delibazione ad opera della Corte d'Appello, cui era subordinata la capacità di ogni provvedimento giurisdizionale di esplicare effetti in Italia, la legge 218/95 ha proceduto ad una semplificazione dell'intero processo. Infatti, il provvedimento straniero viene oggi presentato all'ufficiale di stato civile il quale procederà automaticamente alla trascrizione, iscrizione o annotazione nei registri pubblici, se ritiene sussistere i requisiti di cui agli artt. 64 e 65. In caso contrario, l'ufficiale di stato civile rimetterà la questione al prefetto, il quale, se ritiene fondati i dubbi dell'ufficiale di stato civile, inviterà

³¹ V. Cass. Civ. 28.02.2013, n. 4984. La vicenda è ricostruita da D. DURISOTTO, *Poligamia e ordinamenti europei*, in C. CARDIA, G. DALLA TORRE (cur.), *Comunità islamiche in Italia*, Torino, 2015, pp. 357 ss., nonché R. TUCCILLO, *La tutela della Famiglia*, in A. MACRILLÒ (cur.), *Il diritto degli stranieri*, Padova, 2014, pp. 375 ss.

quest'ultimo a negare l'iscrizione. Avverso detto diniego la parte può rivolgersi alla Corte d'Appello, *ex art.* 67, l. n. 218/95.

Nel caso in cui il relativo provvedimento sia stato effettivamente iscritto, chiunque vi abbia interesse (nel caso di specie, tipicamente la moglie) può agire in giudizio, *ex art.* 67 l. 218/95, con ricorso dinnanzi alla Corte d'appello, per contestare il riconoscimento e far accertare la mancanza dei requisiti prescritti dagli artt. 64 o 65 della l. 218/95, oppure può contestare detto accertamento, a titolo incidentale, nel corso di un processo principale. Quest'ultima situazione si presenta come relativamente frequente in relazione alla nostra tematica proprio nelle ipotesi in cui la moglie inizi davanti al giudice italiano la separazione giudiziale cui viene opposta, con l'eccezione di giudicato, la sentenza straniera o il provvedimento dichiarativi del ripudio. A questo punto, qualora la moglie non agisca direttamente per l'accertamento negativo dinnanzi alla Corte d'Appello, sarà lo stesso giudice della causa principale a dover risolvere incidentalmente la questione relativa alla efficacia in Italia del provvedimento di ripudio³².

Il riconoscimento delle sentenze straniere è subordinato al rispetto dei criteri dell'art. 64 della l. n. 218/1995. Tuttavia, l'art. 65 ha inteso definire una procedura più agile proprio in rapporto al riconoscimento di provvedimenti stranieri relativi alla capacità di persone, all'esistenza di rapporti di famiglia o diritti della personalità. Tale articolo – applicabile secondo la giurisprudenza di legittimità anche al caso di riconoscimento di sentenze straniere relative alle stesse materie – indica un percorso complementare a quello generale previsto dall'art. 64. Esso opera, però, solo quando la sentenza o il provvedimento stranieri siano stati adottati dalle autorità del paese la cui legge sostanziale sia richiamata dalla legge 218/95 come applicabile o producano effetti nell'ordinamento di tale stato. In tali ipotesi, il diniego del riconoscimento sarà possibile solo se il provvedimento straniero sia contrario all'ordine pubblico oppure se nel procedimento di adozione non siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

³² Per un'applicazione in tal senso, v. Trib. Monza, sez. IV, 19.05.2009, rel. De Giorgio, in cui si nega l'efficacia al divorzio/ripudio per l'assenza dell'instaurazione del contraddittorio e per la mancanza di un rigoroso accertamento del disfacimento della comunione familiare.

Tale “alleggerimento” nei confronti del riconoscimento di sentenze straniere si applica, dunque, in relazione al nostro tema, solo quando il provvedimento di ripudio sia stato pronunciato dalle autorità dello Stato di comune nazionalità dei coniugi o, in subordine, dello Stato in cui era prevalentemente localizzata la vita matrimoniale (o comunque produca effetti in tali stati), ai sensi dell’art. 31 della l. 218/95 che stabilisce i criteri per la determinazione della legge sostanziale in materia di separazione e scioglimento del matrimonio.

Passando, ora, a considerare nello specifico la giurisprudenza più recente formatasi sul punto, merita richiamare tre sentenze rese a livello di Corti di Appello che si segnalano per l’ampiezza delle argomentazioni addotte e per la diversità delle soluzioni raggiunte.

Prima in ordine di tempo è la sentenza della Corte d’Appello di Torino del 9 marzo 2006. In essa, parte attrice, cittadina italiana ma nata in Marocco, conveniva in giudizio il marito, anch’egli divenuto italiano, per un’azione di accertamento negativo, ai sensi dell’art. 67 della l. 218/216, dell’efficacia in Italia della sentenza di ripudio-divorzio emessa dal giudice marocchino. A fronte, infatti, dell’avvio della separazione giudiziale da parte della moglie, il marito aveva ottenuto nel frattempo in Marocco, luogo di celebrazione del matrimonio, un provvedimento definitivo di ripudio che opponeva, una volta iscritto, all’azione di separazione intrapresa dalla moglie.

La Corte d’Appello di Torino procede, dunque, a valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dall’art. 64, non applicando al caso di specie l’art. 65, presumibilmente in ragione della comune cittadinanza italiana delle parti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 19 e 31 l. 218/216.

I giudici torinesi riterranno di negare il riconoscimento al provvedimento richiesto sia per ragioni di carattere processuale, sia per contrarietà con la nozione di ordine pubblico (in senso materiale).

Sotto il primo profilo, la sentenza rileva la violazione dell’art. 64, lett. a) difettando, nel caso di specie, la giurisdizione del giudice marocchino ai sensi dei principi sulla competenza giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano. Secondo, infatti, i giudici torinesi il fatto che entrambi i coniugi possiedano la cittadinanza italiana e che siano residenti in Italia priverebbe il giudice marocchino della relativa giurisdi-

zione e ciò nonostante il matrimonio sia stato celebrato in Marocco ed esplicitamente l'art. 32 fondi la giurisdizione anche su tale criterio.

Ritiene, inoltre, il giudice d'appello che il provvedimento di ripudio non sia riconoscibile in ragione della litispendenza esistente in Italia con l'azione di separazione giudiziale avviata dalla moglie prima dell'inizio della procedura di ripudio proposta dal marito.

Secondo poi la Corte d'Appello torinese non sarebbero stati garantiti i diritti essenziali della difesa poiché la parte, pur avendo avuto comunicazione della pratica di divorzio, non avrebbe avuto notizia dell'udienza in cui la dichiarazione di divorzio è divenuta definitiva. Soprattutto, secondo il giudice torinese, nel caso di specie la dissoluzione del vincolo coniugale sarebbe riconducibile a una dichiarazione potestativa unilaterale del marito, limitandosi il giudice ad accertare la stessa, senza verificare "l'irrimediabile disfacimento della comunione familiare". Infine, essendo lo scioglimento unilaterale precluso alla donna, esso si porrebbe in sostanziale violazione del principio di parità e solidarietà coniugale³³.

A distanza di due anni dalla pronuncia della Corte d'Appello di Torino, si segnala, anche per l'opposta tesi di fondo, la pronuncia della Corte d'Appello di Cagliari del 16 maggio 2008³⁴.

Il ricorrente, cittadino italo-egiziano, agisce contro il diniego relativo all'iscrizione nel registro dello stato civile dell'atto di ripudio di un primo matrimonio contratto in Egitto. L'atto di ripudio, risalente a più di quindici anni prima dei fatti di causa, era avvenuto secondo il diritto egiziano. Esso era stato pronunciato in assenza della moglie, la quale, tuttavia, aveva dato atto di aver ricevuto soddisfazione integrale delle sue pretese economiche e si era peraltro risposata.

Il (mancato) riconoscimento del provvedimento di ripudio viene valutato dal giudice sotto il profilo del rispetto dei parametri di cui all'art. 65 e dunque dell'asserita violazione dei diritti essenziali della difesa e dell'ordine pubblico. La corte cagliaritano non riterrà, in particolare, che la decisione egiziana sia intervenuta violando i diritti essenziali della difesa, sussunti nella categoria dell'ordine pubblico (processua-

³³ Corte Appello Torino, 09.03.2006 in *Diritto fam. e pers.*, 2007, 156 ss., non nota di A. SINAGRA, *Ripudio-divorzio islamico e ordine pubblico italiano*.

³⁴ Corte Appello Cagliari, 16.05.2008, n. 198.

le). È da osservare, infatti, che tanto l'Egitto quanto l'Italia hanno sottoscritto la Convenzione dell'Aja del 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni la quale prevede per le parti contraenti la possibilità di rifiutare il riconoscimento di un atto di divorzio o di separazione solo se manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico. Secondo il giudice cagliaritano, non si può ritenere nel caso di specie che detto nucleo essenziale dell'ordine pubblico sia stato violato.

Osserva, infatti, il giudice che la procedura di divorzio-ripudio, disciplinata dal diritto egiziano, salvaguarda la possibilità della moglie di intervenire in giudizio, al fine di manifestare o meno il suo consenso. La mancanza di consenso della moglie rileva, osserva il giudice cagliaritano, perché in tale caso si prevede in capo alla stessa il diritto a un'indennità di consolazione che tenga conto della situazione finanziaria del marito. In definitiva, dunque, la procedura di ripudio, quale disciplinata dal diritto egiziano, prevede un accertamento da parte di un soggetto terzo del venir meno della comunione materiale e spirituale e la moglie, pur non potendo impedire detta pronuncia, può ottenere soddisfazioni economiche.

Sul piano più prettamente sostanziale dell'ordine pubblico – dunque sulla pretesa incompatibilità dell'istituto del ripudio rispetto al principio di eguaglianza tra i coniugi – il giudice riterrà di non applicare la clausola in questione sul rilievo che il diritto egiziano contempla l'istituto del divorzio cosiddetto per *khol*, in cui la moglie ha lo stesso diritto di sciogliersi dal vincolo coniugale, pur rinunciando alla restituzione della dote.

Ultima in ordine di tempo tra le sentenze emanate in materia è da ricordare la decisione della Corte d'Appello di Venezia del 9 aprile 2015³⁵, la quale, tra le due opposte soluzioni accolte rispettivamente dalle corti torinese e cagliaritana, entrambe richiamate in motivazione, mostra di aderire alla prima.

I fatti di causa risultano analoghi a quelli cagliaritani, salvo la nazionalità marocchina delle parti e dunque la non applicabilità della Convenzione dell'Aja. Benché i giudici veneziani valutino la ricorrenza

³⁵ Corte Appello Venezia, 09.04.2015, in *Nuova giur. civ. commentata*, 11/2015, p. 1029 ss., con nota di O. VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*.

dei presupposti ai sensi dell'art. 64, l. 218/95, di fatto la loro argomentazione si limita a verificare l'effettivo rispetto dei diritti essenziali della difesa, letti attraverso il filtro dell'ordine pubblico c.d. processuale. Nel caso di specie la corte veneziana riterrà di non poter condividere le osservazioni formulate dal giudice cagliaritano. Secondo i giudici veneziani, infatti, non si può ritenere che la procedura prevista nel diritto marocchino sia tale da garantire un effettivo contraddittorio. La presenza della moglie, infatti, non è funzionale a contestare nel merito la richiesta del marito, ma solo a modulare in modo diverso gli effetti economici scaturenti dalla dissoluzione, la quale resta una decisione sostanzialmente maritale di cui il giudice si limita a prendere atto.

5. Osservazioni conclusive: per un pluralismo culturale, religioso e giuridico sostenibile

Le sentenze in questione hanno dato risposte parzialmente diverse al tema del riconoscimento degli effetti di un provvedimento di ripudio pronunciato all'estero. In tutte, si può evidenziare un'attenzione particolare al tema dell'ordine pubblico, declinato sia in senso sostanziale, come contrarietà dell'istituto del ripudio al principio dell'eguale accesso senza distinzioni di sesso allo scioglimento del matrimonio, sia in senso procedurale, come rispetto dei diritti essenziali del contraddittorio, ma anche come indefettibile presenza di un organo giurisdizionale che non si limiti ad omologare la decisione di scioglimento del matrimonio, ma che appunto la dichiari, previo accertamento della cessata comunione spirituale dei coniugi.

Per quanto riguarda il profilo relativo al tema dell'ordine pubblico processuale, è da osservare che da tempo la giurisprudenza di altri paesi, in particolare quella francese, ha proprio fatto leva sul mancato rispetto del principio del contraddittorio per giustificare il diniego di riconoscimento di atti di ripudio.

Tuttavia, a riguardo, si deve segnalare come i legislatori di taluni paesi islamici, anche per rispondere alle sollecitazioni provenienti dai paesi europei e favorire la circolazione delle loro decisioni, abbiano introdotto sostanziali modifiche volte, da un lato, a giurisdizionalizzare

la procedura in questione, prevedendo come necessaria l'autorizzazione da parte del giudice, dall'altro, a garantire i diritti di difesa della moglie. In questo senso, si può ricordare il caso del Marocco dove il legislatore fin dal 1993, e poi ulteriormente nel 2004, ha subordinato la validità del ripudio all'autorizzazione del giudice ed ha altresì previsto la necessaria notifica della moglie dell'intera procedura.³⁶

Rimane il fatto che tali adeguamenti normativi non possono dirsi uniformi. In questo senso, ad esempio, proprio la legge egiziana vagliata dalla Corte d'appello di Cagliari non sembra potersi dire rispettosa dell'effettiva instaurazione del contraddittorio, atteso che la notifica della procedura si ha a ripudio già perfezionato.

Un ulteriore profilo cui sembra darsi particolare rilievo nelle decisioni esaminate attiene al ruolo del giudice nei procedimenti in esame. A rilevare, infatti, è propriamente la circostanza che nell'ordinamento italiano il giudice non si limiterebbe ad omologare la scelta dei coniugi di sciogliere il matrimonio, ma costituirebbe tale situazione, previa verifica del disfacimento della comunione spirituale e materiale dei coniugi.

Tuttavia, è da interrogarsi se tale profilo possa davvero assurgere a integrare, oggi, la fattispecie dell'ordine pubblico. La Corte di Cassazione ha da tempo ammesso che uno scioglimento del matrimonio per mutuo consenso, in cui il giudice si limita a prendere atto della volontà delle parti, non è manifestamente in contrasto con l'ordine pubblico italiano³⁷. Soprattutto è da rilevare come, in parallelo con un processo di c.d. privatizzazione dei rapporti di famiglia, vada aumentando la tendenza in Europa ad ammettere lo scioglimento del matrimonio attraverso procedure extragiudiziarie³⁸. La recente introduzione nel nostro ordinamento della possibilità per i coniugi di accedere alla separazione personale e/o al divorzio, attraverso un accordo reso davanti all'ufficia-

³⁶ In argomento, G. SILVA, *La cultura giuridica familiare marocchina: analisi della normativa marocchina sulla dissoluzione del legame coniugale e sulla filiazione (codice marocchino della famiglia del 2004)*, in *Diritto, Immigrazione e Citt.*, 2011, 1, 73 ss.

³⁷ Cass., sent. 10.11.1989, n. 4769.

³⁸ In questo senso, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, v. II, *Statuto personale e diritti reali*, Milano, 2011, 154-155.

le di stato civile o una convenzione di negoziazione assistita, i quali producono gli effetti e tengono luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione e di divorzio, sembra confermare l'avvio di tale percorso anche nel nostro paese³⁹.

Rimane, dunque, da considerare la censura relativa al profilo sostanziale della violazione dell'ordine pubblico, relativo, cioè, alla violazione del principio di eguaglianza tra coniugi.

Il punto, in verità, ci sembra di per sé difficilmente risolvibile. Non può esserlo, mi pare, osservando, come ad esempio fa la Corte d'appello di Cagliari, che nella tradizione islamica o nel diritto di famiglia di taluni stati islamici si siano riconosciute forme di dissoluzione del matrimonio che sono nella disponibilità anche della moglie. Evidentemente l'astratta esistenza di tali strumenti non fa venir meno la circostanza che ciò di cui si chiede il riconoscimento sia una decisione unilaterale e potestativa del marito di porre fine al vincolo coniugale e sia proprio la compatibilità di tale istituto a dover essere valutata. Inoltre, l'istituto del *talaq*, essendo previsto nel diritto sharaitico, ben difficilmente potrà essere rimosso dalle legislazioni degli stati islamici, le quali, se certamente possono intervenire per meglio garantire processualmente la posizione della donna e i suoi diritti patrimoniali, non possono, però, disconoscere tale rimedio.

³⁹ Cfr. d.l. 12.09.2014, conv. in l. n. 162, del 10.11.2014, art. 6 e 12. È da notare che l'art. 6 prevede due distinte ipotesi di ricorso alla negoziazione assistita con i rispettivi difensori delle parti. Nel primo caso, in mancanza di figli minorenni o maggiorenni incapaci o portatori di handicap, la convenzione, che potrà contenere statuizioni relative ad aspetti patrimoniali, è trasmessa al Procuratore della Repubblica il quale si limita, però, a un semplice nulla osta, se non ravvisa irregolarità. Nel caso, invece, la coppia abbia figli minorenni o incapaci, il nulla osta diviene più pregnantemente un'autorizzazione, la quale, tuttavia, può essere negata solo nell'ipotesi in cui l'accordo non risponda all'interesse dei figli. In entrambi i casi, dunque, il giudice non sembra svolgere alcuna funzione di accertamento della dissoluzione della comunione spirituale e materiale dei coniugi. Secondo l'art. 12 della stessa legge, nel caso di separazione/divorzio attraverso il semplice accordo tra le parti, senza l'assistenza degli avvocati, via percorribile solo in mancanza di figli e di pattuizioni di carattere patrimoniale, gli effetti si perfezionano con la sola dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile, senza alcun coinvolgimento dell'autorità giudiziaria.

La questione, dunque, mi sembra, non sia tanto riconoscere la conflittualità in astratto di tale strumento col principio di eguaglianza giuridica dei coniugi, essendo questa evidente, ma piuttosto di capire se la tutela di detto principio debba sempre prevalere, senza considerazioni per altri principi, anche di pari rango, eventualmente coinvolti.

In questo senso, come accennato in apertura, sono almeno tre i valori da bilanciare rispetto a quello della parità uomo-donna. Il primo è quello tipicamente perseguito dal diritto internazionale privato ossia il favorire, attraverso la circolazione degli atti prodotti in altri ordinamenti, una maggiore concordia e apertura al pluralismo giuridico.

Il secondo aspetto da tenere in considerazione è, come si è accennato, la circostanza che attraverso l'opzione di una determinata legge o istituto di diritto di famiglia le parti possono manifestare una loro identità culturale e religiosa.

Il terzo profilo concerne, infine, il rilievo che può assumere il diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per quest'ultima, l'art. 8 garantisce all'individuo il diritto a continuare a godere delle situazioni giuridiche di natura personale e familiare costitutesi in un ordinamento giuridico diverso da quello in cui si trova. Non si tratta di un diritto assoluto, potendo lo stato del foro porre limitazioni di ordine pubblico ma queste, però, devono essere conformi al principio di proporzionalità⁴⁰.

Mi sembra che la valutazione di questi tre principi possa individuare un percorso interpretativo utile per uscire dal rischio di uno scontro tra civiltà che la questione del riconoscimento del ripudio rischia di creare. In particolare, l'approccio che si deve valorizzare è pur sempre quello di una valutazione legata alle singole vicende del caso, rifuggendo da assolutizzazioni di taluni dei principi in gioco a discapito di altri.

⁴⁰ V. sent. 28.06.2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*. Sull'assenza di rilievo dato a tale argomento nelle decisioni italiane sul ripudio, v. criticamente O. VANIN, *op. cit.*, 1035. Sull'argomento, v. P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2011, 609 ss.

Da questo punto di vista, se si guarda alle vicende fattuali decise dalle sentenze delle Corti d'Appello in precedenza esaminate, ci si avvede di una certa similitudine.

Da un lato, i casi decisi dalle Corti d'Appello di Cagliari e di Venezia riguardano situazioni in cui la controparte femminile non aveva manifestato alcuna contrarietà all'istituto del ripudio e il disfacimento della comunione materiale e spirituale dei coniugi era un dato consolidato. In tali ipotesi, dunque, sembra ragionevole pervenire ad una soluzione favorevole al riconoscimento del ripudio.

Diversamente, nel caso deciso dalla Corte d'Appello torinese, la lettura dei fatti di causa ci porta a considerare che la decisione del marito di procedere all'ottenimento di un ripudio nel paese d'origine fosse assunta proprio con l'intento di paralizzare l'azione di separazione giudiziale intrapresa dalla moglie. Qui, dunque, si è in assenza non solo di una situazione consolidata e accettata da ambedue le parti, ma anche di un comportamento processuale che risulta abusivo, a maggior ragione considerando il rapporto di stretta prossimità del marito con lo stato del foro (cittadinanza e residenza).

La Corte di Cassazione ha riconosciuto la possibilità per un giudice di dichiarare una domanda inammissibile per abuso del processo ogniqualvolta appunto la stessa, al di là della sua fondatezza, non appaia meritevole sotto il profilo della tutela, perché utilizzi i rimedi processuali in modo strumentale e non per ottenere un giusto risultato, ponendosi così in contrasto coi principi di buona fede e correttezza⁴¹.

Sebbene la portata di tale sentenza sia stata oggetto di critica in dottrina⁴², ci si può chiedere se l'idea dell'abuso processuale non possa essere almeno un criterio ermeneutico utile proprio in relazione al nostro ambito tematico.

In altre parole, laddove i fatti di causa lascino suggerire un possibile abuso degli strumenti processuali (tipicamente quando all'azione di separazione giudiziale proposta dalla moglie viene contrapposta l'eccezione di giudicato del provvedimento estero di ripudio, ottenuto nelle more del processo avviato dalla moglie), i giudici potrebbero interpreta-

⁴¹ Cass., Sez. Un., 15.11.2007, n. 23726.

⁴² Cfr. G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 1448 ss. e bibliografia ivi citata.

re in modo più restrittivo le condizioni di carattere processuale richieste ai sensi dell'art. 64 o la nozione di diritti essenziali della difesa, ai sensi dell'art. 65 della l. 218/95.

In questo senso, talune forzature ermeneutiche della Corte d'appello di Torino (ad esempio, la ritenuta prevalenza della giurisdizione italiana a fronte di quella marocchina, nonostante il luogo di celebrazione del matrimonio in Marocco oppure la ritenuta esistenza della litispendenza tra causa di separazione giudiziale italiana e divorzio-ripudio marocchino, nonostante la diversità di oggetto delle due domande) potrebbero giustificarsi alla luce del criterio individuato.

Tale approccio avrebbe a nostro parere l'ulteriore pregio di evitare statuizioni relative alla pretesa violazione dell'ordine pubblico sostanziale basate sul principio di eguaglianza tra coniugi, così evitando il rischio di assolutizzare il principio in questione e farlo divenire uno strumento di automatica prevalenza sugli altri interessi comunque coinvolti in relazione al riconoscimento del provvedimento di ripudio.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Antonino Ali: professore associato di Diritto internazionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento

Maurizio Ambrosini: professore ordinario di Sociologia delle Migrazioni, Facoltà di Scienze Politiche, Università degli Studi di Milano

Francesca Biondi Dal Monte: assegnista di ricerca, Scuola Superiore Sant'Anna di Studi universitari e di perfezionamento, Pisa

Enrico Borrelli: giudice, Tribunale di Trento

Lucia Busatta: dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento; assegnista di ricerca, Università degli Studi di Padova

Luca Buscema: dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina

Federico Casolari: professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Bologna

Antonio Cassatella: professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Trento

Alma Chietтини: giudice della Commissione Tributaria di Secondo Grado di Trento; già giudice amministrativo, TRGA Trento

Fulvio Cortese: professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Trento

Elena D'Alessandro: professore associato di Diritto processuale civile, Università degli Studi di Torino

Juan Alberto Díaz López: *profesor asociado* di Diritto penale, Università Autonoma di Madrid

Francesco Luigi Gatta: dottorando in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Padova

Giovanni Guarini: avvocato, foro di Rovereto

Flavio Guella: dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento; assegnista di ricerca, Università degli Studi di Trento

Alessandra Macillo: dottoranda di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento

Gracy Pelacani: dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento; docente presso l'Università Pompeu Fabra di Barcellona.

Simone Penasa: ricercatore a tempo determinato in Diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Trento

Claudia Pretto: dottoressa di ricerca in Istituzioni e Politiche Comparative, Università degli Studi di Bari; Servizio centrale, Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati

Francesco Rota: ricercatore a tempo determinato in Diritto amministrativo, Università degli Studi del Sannio

Mario Savino: professore associato di Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

Filippo Scuto: professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Milano

Davide Strazzari: ricercatore a tempo determinato in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento

Marta Tomasi: dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento; assegnista di ricerca in Diritto pubblico, Libera Università di Bolzano

Bruno Tonoletti: professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Pavia

Fulvio Vassallo Paleologo: docente a contratto, Università degli Studi di Palermo

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (ed. by) ANDREA PRADI (2015)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza immigrazione". La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)