UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO

Francesco Astone
Roberto Cavallo Perin
Anna Romeo
Mario Savino

IMMIGRAZIONE e DIRITTI FONDAMENTALI

CON IL COORDINAMENTO REDAZIONALE DI
Manuela Consito e Vittoria Berlingò

ATTI DEI CONVEGNI

Siracusa
4 maggio 2017

Torino
27 ottobre 2017

Università di Torino

ISBN: 9788875901356

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo con valutazione affidata a esperti del tema trattato.

Anno di pubblicazione: 2019

Quest'opera è distribuita con Licenza
Creative Commons Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale.

IMMIGRAZIONE
E DIRITTI FONDAMENTALI

a cura di
Francesco Astone, Roberto Cavallo Perin, Anna Romeo, Mario Savino

Con il coordinamento redazionale di
Manuela Consito e Vittoria Berlingò

ATTI DEI CONVEGNI

SIRACUSA
4 maggio 2017

TORINO
27 ottobre 2017

Prefazione

Relazioni

Antonio Ruggeri, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza* 10

Giuseppe Ugo Rescigno, *Migranti, stati, diritti umani* 30

Vittoria Berlingò, *La problematica tutela della dignità dei migranti nelle fasi del "rimpatrio"* 41

Maria Immordino e Loredana Giani, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?* 74

Nicoletta Parisi, *La tutela dei diritti del migrante tramite la prevenzione della corruzione: la prassi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione* 93

Mario Savino, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione* 113

Alessandra Venturini e Claudia Villosio, *La politica d'integrazione nel nuovo contesto migratorio* 126

Roberto Cavallo Perin, *Migrazioni, diritti dell'uomo e circolazione tra ordinamenti giuridici* 135

Interventi

Parte I – Oltre la cittadinanza

Alessandra Albanese, *Non discriminazione, uguaglianza e ragionevolezza nella garanzia dei diritti sociali degli immigrati. L'approccio della Corte EDU e della Corte Costituzionale* 144

Rossana Caridà, *L'integrazione sociale dello straniero tra sussidiarietà orizzontale ed effettiva partecipazione* 164

Manuela Consito, *L'accoglienza dei richiedenti asilo tra emergenza ed esternalizzazione della gestione* 182

Alessio Rauti, *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza* 198

Parte II – Modelli di coesione sociale e d'integrazione dello straniero

Marco Calabrò, *L'amministrazione di fronte all'immigrato regolare: tra inclusione, esclusione e integrazione* 220

Valeria Marcenò, *Lo straniero e il pubblico impiego tra "privilegio" del cittadino e dignità del lavoro* 234

Francesco Martines, *Politiche di inclusione ed amministrazione consensuale. Il caso dell'Accordo di integrazione (art. 4 bis del d.lgs. n. 286/1998)* 253

Roberto Medda, *Il contributo degli ombudsman alla tutela e alla promozione dei diritti fondamentali delle persone migranti* 264

Claudio Panzera, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione* 273

Renato Rolli, *La tutela della persona umana nella gestione delle politiche di immigrazione. Il progetto Riace* 306

Parte III – L'immigrazione di fronte all'ordine e alla sicurezza pubblica

Stefano Agosta, *La disciplina in tema di protezione internazionale e contrasto all'immigrazione illegale (osservazioni a prima lettura)* 330

Roberto Cherchi, *Immigrazione, relazioni internazionali e sicurezza nazionale negli Stati Uniti: la sospensione degli ingressi degli stranieri di alcune nazionalità negli atti dell'amministrazione Trump* 348

Nicola Gullo, *Prevenzione del terrorismo ed espulsione degli stranieri dopo il "decreto sicurezza" del 2018* 370

Ilenia Ruggiu, *Migrazioni per cause climatiche e impatti sulla sicurezza a livello locale* 399

Livio Scaffidi Runchella, *I "Trump's travel bans" e l'applicazione extraterritoriale della Convenzione di Ginevra del 1951 e del Protocollo del 1967 sullo status dei rifugiati* 411

Donato Vese, *Lo "stato di eccezione" del migrante. Note critiche sulla condizione dello straniero nel diritto amministrativo* 430

Parte IV – La tutela dello straniero tra giurisdizione e interpretazione

Ada Caldarera, *Osservazioni sul riparto di giurisdizione in materia di tutela giuridizionale del migrante* 460

Giovanni Cocozza, *Giudice amministrativo e tutela dei minori stranieri non accompagnati* 487

Silia Gardini, *L'effettività della tutela dello straniero extracomunitario dinnanzi al giudice amministrativo* 499

Parte V – Gli obiettivi e il metodo del progetto di ricerca "La disciplina e la tutela dell'asilante" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Roberto Cavallo Perin e Manuela Consito, *Gli obiettivi e il metodo del progetto di ricerca "La disciplina e la tutela dell'asilante" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino* 524

Prefazione

Il volume nasce dalla volontà dei Curatori di unire i contributi offerti con la rielaborazione delle relazioni e degli interventi a due Convegni, tenuti a Siracusa e Torino tra il maggio e l'ottobre 2017, ove studiosi e rappresentanti delle istituzioni si sono confrontati sul fenomeno della circolazione delle persone straniere negli Stati Membri dell'Unione Europea, sulla disciplina del loro ingresso, soggiorno e allontanamento da un territorio, il tutto alla luce dei differenti ordinamenti e tenuto conto dei punti di vista delle diverse discipline giuridiche, sociologiche, economiche e politologiche.

La circolazione può dirsi il tratto che accomuna ogni scritto che ora viene a comporre quest'opera sui flussi migratori e il loro governo, che è analizzato con attenzione prima ai doveri e poi ai diritti che possono essere riconosciuti a ciascuna persona, indicando le inevitabili limitazioni che sono a essi coessenziali: sia a motivo di prevenzione e financo di contrasto dei flussi medesimi; sia come spunto d'inclusione e di coesione che valgono gradi diversi nel processo d'integrazione; sia come chiave d'interpretazione del dato normativo che qui più che altrove si rivela quanto mai mutevole. Una per tutti è la linea di confine che segna il rapporto tra le giurisdizioni, sul fronte interno degli Stati o su quello sovranazionale, che evoca in questo come in altri una circolazione della disciplina delle libertà che seguono le persone che si spostano tra ordinamenti giuridici.

Seguire le persone e le differenti libertà, seppure declamate come universali da oltre due secoli, significa interrogarsi su come possa cambiare il concetto di cittadinanza; come si declinino i diritti della persona umana dello straniero, ancora prima quale adempimento dei doveri possa convalidare una richiesta di cittadinanza agli Stati membri e per l'effetto all'Unione europea; quali fatti o atti possano contribuire a segnare la democrazia rappresentativa o di governo e perciò quali modelli di gestione dei flussi migratori possano risultare compatibili con tali definizioni, a cominciare dall'esperienza italiana soprattutto del Sud-Italia, verificando quale impatto economico e quali misure di sicurezza possono consentire di governare il fenomeno. La migrazione è infatti essenzialmente circolazione delle persone e può apparire paradossale che della globalizzazione sia stato l'evento che ne ha rivelato la maggiore crisi.

La migrazione è dunque fenomeno che più di altri impone una continua ricerca della sintesi della sovranità con le persone che vi appartengono (cittadini) e con quelle che sono di altri ordinamenti (stranieri), ove ciascuno ritrova definite le libertà proprie e altrui, cioè diritti e doveri, obblighi e poteri su cui il presente lavoro vuole offrire una riflessione.

Non a caso s'apre il presente lavoro con le Relazioni che intendono toccare il fenomeno immigrazione nel suo complesso (Antonio Ruggeri, Ugo Rescigno, Vittoria Berlingò, Maria Immordino e Loredana Giani, Nicoletta Parisi, Mario Savino, Alessandra Venturini e Claudia Villosio, Roberto Cavallo Perin) cui fanno da cornice gli Interventi, che sono stati raccolti in Parti distinte, dedicate ciascuna a un profilo in cui la migrazione trova declinazione: *Oltre la cittadinanza, Modelli di coesione sociale e d'integrazione dello straniero, L'immigrazione di fronte all'ordine e alla sicurezza pubblica, La tutela dello straniero tra giurisdizione e interpretazione.*

Riflessioni che tengono conto, si diceva, del mutevole diritto positivo che – a partire dal Testo Unico delle disposizioni concorrenti la disciplina dell'immigrazione e norme sul-

la condizione dello straniero (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) – ha riconosciuto allo straniero la garanzia dei diritti fondamentali della persona umana e la parità di trattamento con il cittadino in ordine alla tutela giurisdizionale e all'accesso ai pubblici servizi, in ragione della sua sola presenza sul territorio nazionale, dove molte sono state le innovazioni, anche di sistema, progressivamente orientate a obiettivi di sicurezza.

A soli quattro anni di distanza è intervenuta la "Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo" (l. 30 luglio 2002, n. 189), che prevede l'espulsione per lo straniero clandestino, seguita dalle "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" (l. 15 luglio 2009, n. 94), contenente misure di contrasto alla criminalità e all'immigrazione clandestina e di salvaguardia della salute dei cittadini, sino alla più recente decretazione d'urgenza in materia, tra l'altro, di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1 dicembre 2018, n. 132), che ha inciso sulla disciplina della cittadinanza, dell'accoglienza dei richiedenti asilo e limitato il riconoscimento di protezione per motivi umanitari. Fa seguito negli ultimi giorni la pubblicazione di un nuovo decreto sicurezza (d.l. 14 giugno 2019, n. 53, "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica") in tema di soccorso in mare e di misure di potenziamento delle operazioni sotto copertura per contrasto all'immigrazione clandestina.

In tali condizioni i Curatori hanno valutato attentamente l'opzione di un'ulteriore attesa, pur avendo già richiesto agli Autori di procedere all'aggiornamento e a un'integrazione dei propri contributi alla luce delle intervenute modificazioni della normativa. Una ragione di rinvio cui ne sarebbe seguita sicuramente altra e poi altra ancora, senza soluzione di continuità.

L'Opera ha perciò inteso cogliere lo stato attuale delle mutazioni della disciplina sulla migrazione e sulla condizione giuridica dello straniero, offrendo un punto di riferimento anche temporale per quanti vorranno affrontare con completezza e profondità d'indagine i molti spunti che i contributi degli Autori offrono.

Siracusa – Torino, giugno 2019
F.A. R.C.P. A.R. M.S.

LO "STATO DI ECCEZIONE" DEL MIGRANTE. NOTE CRITICHE SULLA CONDIZIONE DELLO STRANIERO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

~ *Donato Vese* ~

Si sta come
d'autunno
sugli alberi
le foglie

(G. Ungaretti, Soldati, da *L'Allegria*, Bosco di Courton luglio 1918)

1. PREMESSA • **2.** LA CADUCITÀ DELLA CONDIZIONE DI MIGRANTE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO • **3.** LA DISCIPLINA AMMINISTRATIVA DELLE MIGRAZIONI E I LIMITI DELLA RISOLUZIONE DELLO *STATUS* DI MIGRANTE COME "STATO DI ECCEZIONE" • **4.** LA RILEVANZA DEL CONCETTO DI CITTADINANZA NELLA DISCIPLINA AMMINISTRATIVA DELLE MIGRAZIONI COME FATTORE DI LIMITAZIONE DEI DIRITTI DEL MIGRANTE • **5.** LO "STATO DI ECCEZIONE" IN CARL SCHMITT E LA REINTERPRETAZIONE DEL BINOMIO STRANIERO/NEMICO ATTRAVERSO LE FONTI CLASSICHE LETTERARIE • **6.** CONCLUSIONI.

1. Premessa.

È sotto gli occhi di tutti come in Italia il fenomeno dei flussi migratori si sia intensificato negli ultimi anni raggiungendo dimensioni considerevoli, eppure la legislazione statale non ha fatto altro che recepire la normativa europea in materia, senza darne, invece, un nuovo e diverso impulso come la politica aveva fatto credere. Sulla scorta dei tragici avvenimenti che hanno coinvolto alcuni Paesi delle democrazie occidentali, la legislazione italiana è andata così infittendosi con disposizioni che toccano lo *status* di migrante, segnando un pericoloso arretramento rispetto alle garanzie costituzionali previste per il cittadino.

È sufficiente dare uno sguardo alla disciplina nazionale dettata in materia dai vari decreti che si sono susseguiti in ordine di tempo (d.lgs. n. 286/1998; d.lgs.n. 25/2008; d.lgs. n. 142/2015; d.l. n. 13/2017; d.l. n. 113/2018) per accorgersi di alcune evidenti criticità riguardanti la condizione del migrante. Ciò che risulta dall'insieme delle disposizioni dei vari decreti è il sostanziale "svuotamento" della fondamentale legge sul procedimento amministrativo e delle sue garanzie ad opera di leggi di settore. Si pensi, per fare qui un solo esempio, all'art. 6, d.lgs. n. 142/2015, sul trattenimento coattivo nei centri di permanenza per i rimpatri, che prevede la limitazione della libertà personale già durante la fase istruttoria di esame della domanda di asilo, nei casi in cui l'autorità amministrativa procedente valuti, «caso

per caso», che il richiedente «costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica», o che «sussista rischio di fuga», o ancora che «vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda sia stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione».

Non è difficile constatare come in questi casi il procedimento assuma i contorni di un procedimento derogatorio (o di "eccezione") rispetto alle insopprimibili necessità del migrante, incidendo, in modo para-sanzionatorio sui diritti fondamentali dell'uomo.

È in quest'ordine di idee che la similitudine ungarettiana richiamata in epigrafe vuole essere uno spunto per riflettere sulla condizione di fragilità e di precarietà che ha assunto lo *status* del migrante nell'ordinamento amministrativo[1], e che sempre più va acquisendo dopo la riforma varata dal governo con il d.l. n. 13/2017[2] e il d.l. n. 113/2018.

Su quest'ultimi decreti e in particolar modo sulla disciplina amministrativa e sulle problematiche che questa solleva in relazione allo *status* del migrante sarà rivolta l'attenzione di questo scritto, il quale, di volta in volta, ove si renderà necessario, ricorrerà oltre che all'analisi giuridica, anche alle conoscenze di altri saperi, di modo che la prima sia confrontata e, ove necessario, "integrata" dalle seconde.

Così, nel secondo paragrafo, l'analisi giuridica è coadiuvata dall'analisi linguistica del termine migrante, in modo da comprendere meglio l'effettiva portata che questo assume nell'àmbito del diritto amministrativo. Così pure, nel quinto paragrafo, l'analisi giuridica è accompagnata da una (ri)lettura delle fonti letterarie classiche, in modo da offrire – in controtendenza rispetto all'affermarsi di un diritto e di un procedimento amministrativo che evoca lo "stato di eccezione" schmittiano per la condizione del migrante – una diversa interpretazione del noto binomio straniero/nemico.

Il terzo paragrafo è dedicato all'analisi della disciplina dei procedimenti inerenti alla persona del migrante che si presenta come derogatoria all'ordinaria procedura amministrativa. Il quarto all'analisi del concetto di cittadinanza e alla sua rilevanza nella disciplina amministrativa delle migrazioni come fattore di limitazione dei diritti del migrante.

2. La caducità della condizione di migrante nel diritto amministrativo.

Dal momento che la dottrina non se ne è occupata direttamente, come anticipato in premessa, in questo paragrafo si soffermerà l'attenzione sulla nozione giuridica di «migran-

1 Il paragone di Ungaretti per definire la provvisorietà della vita al fronte è qui assunto per descrivere la condizione in cui versano le vite dei migranti in fuga dal Paese che ne ha oppresso i diritti fondamentali.

2 Rispettivamente: d.l. n. 13/2017 ("Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale"), convertito con modifiche nella l. n. 46/2017; d.l. n. 133/2018 ("Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata") convertito con modifiche nella 1 n. 132/2018.
Come si dirà meglio nel corso della trattazione, quest'ultimi decreti si inseriscono idealmente nel lungo percorso di riforme sull'immigrazione che il legislatore ha avviato già a partire dagli anni Novanta del ventesimo secolo.

te», cercando di mettere in evidenza le particolarità che tale termine possiede dal punto di vista semantico e le ricadute che lo stesso determina sul diritto.

Va detto, sin d'ora, che non vi è una nozione univoca del termine migrante[3]. Esso, derivando dal participio presente del verbo migrare, suole indicare chi si trasferisce momentaneamente o stabilmente dal suo Paese d'origine in altri Stati. La stessa diffusione del termine, sebbene il suo impiego risulti già attestato nell'Ottocento[4], è relativamente recente. Prima che l'uso del termine migrante si diffondesse, per riferirsi al soggetto che abbandonava la propria terra per raggiungerne un'altra si adoperavano due termini distinti: emigrato e immigrato; l'uno indicava lo spostamento dalla propria terra, l'altro l'approdo all'altrui terra. La locuzione migrante nel nostro lessico, come si diceva, si è affermata in tempi recenti, in particolar modo nel linguaggio sociologico[5], dove a livello semantico viene usato al posto di altri termini allo scopo di non enfatizzare negativamente la condizione dell'individuo costretto a lasciare la propria terra di origine per cercare condizioni di vita migliori in altri luoghi. Seguendo il ragionamento della dottrina costituzionalistica in materia[6], nel linguaggio giuridico si potrebbe assimilare la nozione di migrante alla nozione di «straniero»[7], ossia colui che, rispetto al Paese di approdo, è privo della cittadinanza. Ne deriva che, per delimitarne l'àmbito soggettivo, occorre fare riferimento ai canoni di acquisto, di perdita e di riacquisto della cittadinanza, regolati, per l'ordinamento italiano, dalla l. 5 febbraio 1992, n. 91.

È bene dire che oltre ai cittadini vi sono almeno altre sei categorie di individui. La prima è quella degli «italiani non appartenenti alla Repubblica». Si tratta di coloro che fanno parte della nazione italiana, ma che non appartengono più al popolo italiano, a séguito della perdita della cittadinanza[8]. La seconda categoria, assai diversa dalla precedente, è

---

3 Cfr. L. Zanfrini, *Sociologia delle migrazioni*, Roma-Bari 2004, 24, la nozione di migrante sarebbe «valida solo in riferimento a un dato momento e luogo ed è destinata prima o poi a essere rimessa in discussione».

4 Cfr. A. Bencini, B. Manetti, *Parole dell'Italia che cambia*, Firenze 2005, 1 ss.

5 Nella dottrina sociologica l'uso del termine «straniero», per riferirsi al soggetto che migra da un luogo ad un altro, viene scarsamente adoperato. Tuttavia si v. F. Belvisi, *Nemici, stranieri e pluralismo giuridico nella società multiculturale*, in *Soc. dir.*, 2016, 75-99, che però parla propriamente di «migranti» e di annessi «fenomeni migratori», considerando i migranti come una «minoranza etnico-culturale» in una società «multiculturale». Stessa cosa avviene in G. Torrente, *"Saper farsi la galera". Pratiche di resistenza (e di sopravvivenza) degli immigrati detenuti*, *ivi*, 2016, 109-133, il quale, mentre usa nel titolo il termine immigrato, poi, però userà quasi sempre il termine migrante durante la trattazione.

6 S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario* (Madrid, 25-26 settembre 2008), in www.cortecostituzionale.it.

7 Sulla nozione di straniero nella dottrina si v.: E. Grosso, *Straniero (status dello)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 5787 ss.; B. Nascimbene, voce *Straniero nel diritto internazionale*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano 1990, 179 ss.; Id., voce *Straniero (condizione giuridica dello). Il Diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Milano 1993, 1 ss.; Id., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano 1984, 35 ss.; B. Nascimbene, C. Favilli, voce *Straniero (Tutela Internazionale)*, in *Dizionario cit.*, 5796-5805.

8 S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli, *La condizione*, *loc. cit.* Secondo gli Autori «si tratterebbe degli italiani residenti nei territori ceduti dall'Italia alla Francia ed alla ex-Jugoslavia dopo la fine della seconda guerra mondiale; un'interpretazione meno restrittiva (c.d. del *genuine link*) ha invece incluso in questa categoria anche tutti coloro che, emigrati, hanno dovuto abbandonare – di solito per motivi di lavoro – la cittadinanza italiana

quella che include i cittadini di Stati membri dell'Unione europea, i quali, in virtù dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, possiedono la cittadinanza comunitaria la cui disciplina è di competenza del diritto europeo. In tal guisa, l'art. 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'impugnazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero), appare chiaro, circoscrivendo esso l'àmbito di applicazione della normativa sugli stranieri «ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi» (comma 1), con l'unica eccezione del caso in cui l'applicazione delle norme del testo unico si riveli, per i cittadini comunitari, più favorevole rispetto all'applicazione delle regole loro specificamente destinate (comma 2)[9].

In base a queste previsioni, può quindi delimitarsi l'uso del termine «straniero» alle persone che fanno parte delle quattro residue categorie. Tra queste rientrano coloro ai quali si riferisce l'art. 10, co. 3, Cost., ai sensi del 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»[10]. Dalla lettura della disposizione costituzionale si può appurare che la categoria dei titolari di un diritto di asilo[11] in territorio italiano coincide solo in parte a quello di coloro che possono definirsi «rifugiati»[12], ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951[13]. La discrasia non impedisce, tuttavia, di assimilare tutti i titolari del diritto di asilo, ad una parte dei quali può essere riconosciuto anche lo *status* di rifugiato[14].

Va poi esaminata la categoria delle persone a cui si applica quasi integralmente la normativa in materia di ingresso, di soggiorno e di *status* giuridico degli stranieri. È il caso, innanzi tutto, degli apolidi, vale a dire di coloro che, per la sconveniente combinazione dei criteri di acquisto della cittadinanza, non sono cittadini di alcuno Stato. Gli apolidi sono equiparati, per la maggior parte delle ipotesi, agli stranieri extracomunitari, con l'esclusione di quei casi in cui taluni diritti od obblighi sono loro attribuiti – come, ad esempio, è per lo svolgimento del servizio di leva – essenzialmente in virtù della mancanza di collegamenti con altri Stati[15].

---

a vantaggio della cittadinanza del paese che li ospitava. Quale che sia l'estensione da riconoscere a questa categoria, ciò che va evidenziato in questa sede è che le persone che di essa fanno parte godono di uno *status* di particolare vantaggio, testimoniato dalla disposizione dell'art. 51, secondo comma, Cost., secondo cui "la legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificar[le] ai cittadini"».

9 S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli, *La condizione, loc. cit.*

10 Sul punto è interessante riportare il passo della nota sentenza della Cass. civ., 26 maggio 1997, n. 4674, con cui la suprema Corte ha sancito la diretta operatività dell'art. 10, co. 3, Cost., stabilendo altresì che tale norma «attribuisce direttamente allo straniero […] un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che del diritto stesso specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento».

11 Cfr. S. Furlan, *Diritto di asilo in base all'art. 10 Cost, e status di rifugiato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2006, 1092 ss.

12 Cfr. G. Biscottini, voce *Rifugiati*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano 1989, 898.

13 Efficace in Italia, a seguito della legge di ratifica 24 luglio 1954, n. 722.

14 S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli, *La condizione, loc. cit.*

15 S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli, *La condizione, loc. cit.*

Vi sono, infine, due categorie di individui, ossia quelle in cui rientrano gli stranieri extracomunitari, per i quali occorre distinguere a seconda che siano regolari o irregolari: i primi sono titolari di uno *status* tracciato *in toto* dall'applicazione della normativa in tema di condizione giuridica dello straniero; ai secondi vengono riconosciuti solo i «diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai princìpi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (art. 2, co. 1, d.lgs. n. 286/1998). Si può dire, dunque, che gli stranieri extracomunitari irregolari costituiscono quei soggetti la cui condizione giuridica è contraddistinta da «una protezione minimale da parte dell'ordinamento italiano, una protezione minimale che non può comunque in alcun modo intaccare quelli che sono i diritti consustanziali alla persona»[16].

Dal punto di vista strettamente giuridico il termine migrante, derivando, come detto, dal participio presente del verbo migrare, ha il vantaggio teorico di assommare in un unico vocabolo tutte le possibili situazioni che riguardano l'individuo che si sposta da un territorio ad un altro, ricomprendendo sia il processo di emigrazione, che quello di immigrazione[17]. Ciò può costituire un vantaggio per il diritto amministrativo, sia sul piano legislativo che sul piano ermeneutico. Sul versante legislativo, il beneficio sta nel fatto che la legge può fare riferimento a più fenomeni con il medesimo termine. Allo stesso modo, sul versante ermeneutico, l'interprete può applicare una disposizione che fa riferimento al migrante in tutte le situazioni (emigrazione, immigrazione ecc.) che connotano tale fenomeno. I vantaggi si possono ipotizzare anche dal punto di vista normativo, dato che per l'apparato burocratico, soprattutto per gli organi periferici di governo come le prefetture, l'uso di un termine onnicomprensivo costituisce una semplificazione che rende più veloce – o, perlomeno, meno farraginoso – l'espletamento delle varie tipologie di procedimenti attinenti ai migranti, perché accelera l'*iter* di una procedura che ha a che fare con una fattispecie in cui parte è la persona del migrante. Si pensi ad un provvedimento di espulsione che è eseguito dal prefetto nei confronti di un soggetto che si trova illegittimamente sul territorio dello Stato. In tal caso l'organo periferico del governo, nella relativa istruttoria, non deve procedere ad ulteriori accertamenti, ben potendo applicare le normative previste per lo *status* di migrante, e ciò in considerazione del fatto che le procedure amministrative relative alla persona del migrante non subiscono rallentamenti per le incertezze legate all'utilizzo del termine stesso.

Si vuole dire, in altre parole, che l'affermarsi del termine migrante potrebbe non essere indifferente per il diritto, e soprattutto potrebbe non esserlo per il diritto amministrativo, dove l'ampliamento della portata del termine renderebbe più semplice la tecnica legislativa, meno incerta l'applicazione della norma alla fattispecie concreta, più veloce l'espletamento di una procedura amministrativa.

---

16 S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli, *La condizione cit.*

17 Sulle particolarità di questi due termini cfr. G. Kojanec, *Emigrazione ed immigrazione*, in *Diz. disc. pubbl.* V, Torino 1990, 507.

Seguendo questa impostazione si può dunque affermare che quella di migrante è una nozione che abbraccia tutte le diverse categorie di persone che abbandonano il luogo d'origine o di dimora abituale per stabilirsi in un altro luogo in modo temporaneo o permanente. D'altra parte lo stesso processo migratorio non fa altro che alludere a tutti quei casi in cui le persone si spostano volontariamente o forzosamente dalla propria terra. Lo spostamento può avvenire all'interno dei confini di uno stesso Stato o comprendere l'attraversamento di una o più frontiere internazionali[18], creando così gli stessi presupposti su cui si fonda il fenomeno migratorio. Tant'è vero che non si potrebbe parlare tecnicamente di migrazione senza l'attraversamento da uno Stato ad un altro; ciò in quanto il fenomeno giuridico della migrazione si basa proprio sulla non appartenenza territoriale al luogo di approdo della persona che migra dalla terra propria verso l'altrui; sicché ove un individuo si sposti per raggiungere un altro Stato presso il quale vige un accordo internazionale sulla circolazione delle persone con lo Stato di origine, non potrà più parlarsi di migrazione; e ciò in virtù del fatto che tra i due Stati vi è un accordo che regola la circolazione delle persone, le quali, in base alle norme dell'accordo medesimo, sono libere, a determinate condizioni, di entrare ed uscire dalle frontiere dei rispettivi Stati di appartenenza. Vi è, in altri termini, una regolazione amministrativa degli spostamenti in ingresso e in uscita tra i due Stati che permette alle persone di circolare legittimamente e liberamente nei propri territori. È ciò che accade nell'Unione europea dove i principali Trattati prevedono la libera circolazione delle *gentes* fra gli Stati membri quale presupposto basilare su cui si fonda la stessa Unione.

Va detto che nel diritto amministrativo, in realtà, il termine migrante non compare. Sin dalle prime leggi che hanno disciplinato il fenomeno della migrazione i relativi testi, nel fare riferimento ad alcune importanti procedure amministrative, hanno sempre usato il termine «straniero». Così è stato per una delle prime leggi che ha disciplinato organicamente il fenomeno migratorio, ossia la l. n. 286/1998 (c.d. legge Turco-Napolitano). All'art. 2, sui princìpi generali, la l. n. 286/1998 fa espressamente riferimento allo straniero, prevedendo per la sua persona una vasta gamma di «diritti e doveri», come è per i diritti fondamentali dello straniero contemplati dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai princìpi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Allo stesso modo, sempre il citato art. 2, stabilisce che lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, nonché usufruisce di parità di trattamento con il cittadino italiano relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi.

Nella successiva l. n. 25/2008, che si occupa del fenomeno migratorio all'art. 2, c. 1, lett. d), compare il termine «rifugiato»: – così recita la norma – il cittadino di un Paese non appartenente all'Unione europea, il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può

18 Così S. Trevisanut, voce *Immigrazione (dir. int.)*, in www.treccani.it, 2015.

o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese. Il testo della citata legge riserva il termine «apolide»[19] allo straniero che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale e che, per lo stesso timore sopra indicato, non può o non vuole farvi ritorno[20].

Neppure con il d.lgs. n. 142/2015, di recepimento della Dir. 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione),* in GU L 180 del 29 giugno 2013, appare il termine migrante. Anche in questo testo di legge si usa il termine straniero per indicare il cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea e l'apolide. Di straniero nella citata legge del 2015 si parla nell'art. 9, a proposito delle misure di prima accoglienza e per l'espletamento delle operazioni necessarie alla definizione della posizione giuridica dello straniero.

Anche nella legislazione più recente non compare il termine migrante – salvo per l'eccezione di cui si dirà fra poco –, ma il termine straniero. È il caso della l. n. 47/2017 ("Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati"). All'art. 2, l. n. 47/2017, si parla infatti di «minore straniero non accompagnato» per fare riferimento al minorenne non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trovi nel territorio dello Stato o che venga altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana e che sia privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano. Va notato, sempre con riferimento alla questione terminologica, che sin dalla legge più risalente nel tempo, ossia la l. n. 286/1998, compare il termine «immigrato». Per fare solo alcuni esempi attinenti a questa legge, si pensi all'art. 3, l. n. 286/1990, che stabilisce le politiche migratorie e, quindi, l'assistenza e l'integrazione degli immigrati; e all'art. 4, ove sono usati entrambi i termini «immigrazione» ed «emigrazione», quando si parla di ingresso e di uscita da parte dello straniero nel e dal territorio dello Stato.

Nella legislazione amministrativa, come si è accennato, un'unica eccezione è rappresentata proprio dal recentissimo d.l. n. 13/2017, in cui compare per la prima volta il termine migrante. Il termine viene impiegato nel capo III del citato decreto, dove, come da rubrica, sono previste «misure per l'accelerazione delle procedure di identificazione e per la definizione della posizione giuridica dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale e del traffico di migranti». Il ter-

19 V. Barel, voce *Apolidia*, in *Enc. giur.,* vol. II, Milano 1988, 1. In base all'art. 1 della Convenzione relativa allo *status* degli apolidi, adottata a New York il 28 settembre 1954 (ratificata in Italia con l. 1 febbraio 1962, n. 306), l'apolidia è la situazione giuridica di colui che nessuno Stato considera come suo cittadino sulla base del suo ordinamento giuridico.

20 Secondo P. Farci, *Apolidia: un fenomeno conciliabile con le leggi dello stato italiano?*, in *Dir. famiglia*, 2013, 1227 ss., «l'apolidia è […] una nozione con cui lo Stato non vuole avere a che fare, che spesso tenta di negare, in quanto complica il lavoro dei legislatori e dei giudici non rientrando nel quadro della dottrina tradizionale. Si tratta di un fenomeno del tutto anormale, in contraddizione con l'idea che si ha abitualmente dell'ordine pubblico».

mine migranti viene usato anche nell'art. 11, co. 1, d.l. n. 13/2017, ove viene stabilito che il Consiglio superiore della magistratura predispone un piano straordinario di applicazioni extra distrettuali diretto a fronteggiare l'incremento del numero di procedimenti giurisdizionali connessi con le richieste di accesso al regime di protezione internazionale e umanitaria da parte dei migranti presenti sul territorio nazionale e di altri procedimenti giudiziari connessi ai fenomeni dell'immigrazione. Come si può osservare l'impiego del termine migrante, largamente usato in altri settori, fa fatica a penetrare nella legislazione del diritto amministrativo, dove si preferisce l'utilizzo del termine straniero o dove sono ancora in uso – le leggi del 1998 e del 2008, benché profondamente modificate, sono ancora in vigore – termini come immigrato, immigrazione, emigrazione e così via.

Se questa è la situazione della legislazione e della prassi, la stessa cosa non può dirsi della dottrina amministrativistica dove l'impiego del termine migrante si è pacificamente affermato da tempo[21]. Diversamente dalla legislazione e di pari passo con la dottrina procede invece la giurisprudenza che da molto tempo utilizza il termine migrante nella sua elaborazione[22].

3. La disciplina amministrativa delle migrazioni e i limiti della risoluzione dello *status* di migrante come "stato di eccezione".

Come detto, quando si decide di abbandonare il proprio Paese di origine per cercare altrove condizioni di vita migliori si assume lo *status* di migrante.

Si tratta di una condizione che l'uomo conosce sin dall'antichità, essendo la nostra storia ricca di episodi di migrazioni. Particolarmente significativa è la vicenda della fondazione, in Italia, di una fra le più antiche colonie greche[23]. Più di duemilacinquecento anni fa la

21 Di recente, 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 *Dir e proc. amm.*, 2016, 396. In passato, G. Tropea, *Homo sacer? considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. amm.* 4, 2008, 839 ss. Sempre in dottrina, in altre branche del diritto, è diffuso l'uso dei termini immigrato/immigrati. In tal senso senza pretesa di esaustività e per restare ai contributi più recenti, si v. F. Basile, *I reati cd. 'culturalmente motivati' commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione giustizia*, 2017, 1, 126-135; O. Farkas, *Gli immigrati e il mondo del lavoro*, in www.osservatoriosullefonti.it 1, 2016, 19; P. Simone, *I diritti derivati degli immigrati stranieri appartenenti a nuclei familiari "ricostituiti" o "ricomposti"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, 427-454; D. Schiuma, *Il caporalato in agricoltura tra modelli nazionali e nuovo approccio europeo per la protezione dei lavoratori immigrati*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, 87-115.

22 Si possono fare alcuni esempi fra le tante pronunce che danno conto dell'uso, ormai invalso, del termine migrante. In tal senso si può richiamare la recente sentenza del Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2017, n. 1532, nella quale il termine migrante viene collegato alle disposizioni della l. n. 142/2015, che, invece, come ora sappiamo, non fa mai uso di questa definizione, bensì impiega la locuzione «straniero». L'utilizzo del termine si trova pure in una recente sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana del 23 maggio 2017, n. 222, che lo adopera a proposito della gestione di un servizio di accoglienza e protezione per migranti. E gli esempi potrebbero continuare.

23 Ad oggi la più antica colonia greca risulta Pithecusa. Sul punto si v. G. Buchner, *Nuovi aspetti e problemi posti dagli scavi di Pithecusa*, in *Contribution à l'étude de la société et de la colonisation eubéennes*, Napoli 1975, 63 ss.

costa sicula orientale fu teatro di un'epica migrazione[24] che vide come protagonista un gruppo di migranti corinzi guidati da Àrchia[25]. Questi era ritenuto colpevole di aver scatenato l'ira di Poseidone che da anni era causa di una mortale pestilenza che si abbatteva sull'intera città[26]. Odiato e detestato dai suoi concittadini, Àrchia assieme ai suoi compagni si mise alla ricerca di una terra che avrebbe potuto accoglierli e che sarebbe divenuta la loro nuova patria, riconosciuta dall'oracolo di Delfi nell'isola di Ortigia: così il migrante Àrchia fondò Siracusa[27].

Tale vicenda, se da un lato ricorda che fin dai tempi più remoti l'uomo ha conosciuto il bisogno di migrare, dall'altro è lontana dagli scenari che in questi ultimi anni sono sotto i nostri occhi. La condizione del migrante è difatti mutata radicalmente. Sebbene il termine alluda ancora oggi alla condizione di chi abbandona la propria terra, occorre precisare, con le parole di una dottrina, che oggi «i migranti sono [letteralmente] uomini senza terra e il *nomos* di cui sono portatori è quello di nessun dove»[28]. Proprio per il fatto di essere «uomini senza terra», i migranti sono assoggettati all'autorità dello Stato in cui essi approdano, che, come confermano le recenti vicende, si mostra spesso «nella sua pura veste di potere, faticando a far vedere il volto, che pure esiste, di garante dei diritti»[29].

In ordine al diritto amministrativo e, in particolare, alla disciplina dei procedimenti amministrativi inerenti alle migrazioni accade spesso che l'ordinamento si affidi a procedure derogatorie, che si ispirano allo "stato di eccezione", vale a dire a quello stato in cui si sospende il diritto e prevale la forza[30], con il fine di regolare un fenomeno che si presenta, nella mente del legislatore, come appunto "eccezionale", ma che in realtà mette in luce, in modo ancora più evidente, la fragilità di cui il migrante è portatore quale detentore di diritti non astrattamente riconoscibili nella terra di approdo e quale soggetto con ridotta capacità di ricorrere alla protezione che l'ordinamento offre.

Se si guarda alla legislazione statale in materia, questa ha recepito visioni politiche contrarie allo spirito dell'accoglienza e della solidarietà che da sempre hanno caratterizzato la nostra cultura. Anzi, a dir il vero, la riforma appena approvata con il d.l. n. 13/2017, sulla scorta dei tragici avvenimenti che hanno coinvolto alcuni Paesi delle democrazie occiden-

---

24 Ripercorrere le tracce lasciate da un gruppo di migranti più di duemilacinquecento anni fa può fornire gli spunti ideali per sviluppare e approfondire l'oggetto della trattazione. Per questa ragione, sulle vicende della fondazione di Siracusa, attribuita dalla storiografia all'ecista Àrchia, si rimanda a A. De Biasi, *L'epica perduta. Eumelo, il Ciclo, l'occidente*, Roma 2004, 48 ss.

25 Per le fonti classiche sulla fondazione di Siracusa si v.: Arch., Fr. 293 West (apud Athen. *Deipn.*IV, 63); Thuc., VI, 3-5; Paus., V, 7,3; Strabo VI, 269-27.

26 J. Bérard, *La Magna Grecia*, Torino 1963, 122 ss.

27 Per la dottrina sulla fondazione di Siracusa cfr.: M. Labate, *L'iniziativa individuale nella colonizzazione greca come "topos" narrativo*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, serie III, vol. 2, 1, 1972, 91-104 ma in part. 102; G. Manganaro, *La syrakosion dekate, camarina e morgantina nel 424 a.C.*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 128, 1999, 115-123 ma in part. 115-117.

28 L.R. Perfetti, *La legalità cit.*, 396.

29 L.R. Perfetti, *La legalità cit.*, 395.

30 L.R. Perfetti, *La legalità cit.*, 398, "eccezione" alla normalità dello Stato, dello Stato di diritto.

tali[31], è andata infittendosi di disposizioni che, come vedremo, toccano in più punti lo statuto del migrante, vulnerandone la tutela e segnando un pericoloso arretramento rispetto alle garanzie costituzionali previste per il cittadino.

In realtà, la riforma approvata con il d.l. n. 13/2017, se bene la si osserva, non rappresenta che un *continuum* ideale rispetto alla precedente legislazione in materia di immigrazione. Sicché basta dare uno sguardo alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 25/ 2008 (T.U. sull'immigrazione), dalla l. n. 189/2002 (c.d. Bossi-Fini), dalla l. n. 94/2009 (c.d. pacchetto sicurezza) e dal più recente d.lgs. n. 142/2015 per accorgersi di alcune evidenti criticità. Criticità che investono anche il diritto amministrativo, il quale, come si è accennato e come ora si tenterà di mettere in luce, assume, dinnanzi al fenomeno migratorio e dinnanzi alla condizione dei migranti, i caratteri dell'eccezione, della deroga, dell'emergenza[32].

Già nella legislazione del 2008, la quale si limitava a recepire in larga misura la Dir. 2005/85/CE[33], senza peraltro dare alla delicata materia un nuovo e diverso impulso, si era osservato un sostanziale svuotamento dell'ordinaria disciplina sul procedimento amministrativo e delle sue garanzie prevista dalla fondamentale l. n. 241/1990 ad opera di disposizioni derogatorie dei principali diritti previsti per il cittadino. Si pensi, in tal senso, alla sostanziale opera di sterilizzazione compiuta dall'art. 18 del d.lgs. n. 25/2008 che prevede la non applicazione di numerose disposizioni e di interi capi della l. n. 241/1990[34]. Così, in particolare, secondo l'art. 18 del citato decreto ai procedimenti amministrativi in materia di immigrazione non si applicano i capi I (sui princìpi), II (sul responsabile del procedimento), IV-*bis* (sull'efficacia e invalidità del provvedimento amministrativo, la revoca e il recesso) e V (sull'accesso ai documenti amministrativi), nonché l'artt. 7 (sulla comunicazione di avvio del procedimento), l'art. 8 (sulle modalità di comunicazione di avvio del procedimento) e l'art. 10 (sulle azioni esperibili in relazione alla comunicazione di avvio del procedimento) del capo III della l. n. 241/1990 che disciplina la partecipazione al procedimento amministrativo da parte del migrante.

Con la legislazione del 2015, anch'essa in larga parte attuativa della normativa europea (Dir. 2013/33/UE), si è inasprito ulteriormente il regime inerente alla disciplina amministrativa dello *status* di migrante, come si può evincere dall'art. 6, d.lgs. n. 142/2015, sul trattenimento coattivo nei centri di permanenza per i rimpatri (introdotti, da ultimo,

---

31 Si fa riferimento agli Stati – Francia, Germania, Belgio, Inghilterra, Svezia e, da ultimo, Spagna – che hanno subito gravi attentati terroristici.

32 Cfr. Associazione dei Professori di diritto amministrativo., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in *Annuario AIPDA*, Milano 2006, *passim*; ma in quest'opera cfr. R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Annuario AIPDA, cit.*, 89 ss. Sul punto si v. A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2008, 1 ss.

33 Direttiva recante «Norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca di status di rifugiato».

34 L'art. 18, rubricato «Applicazione della legge 7 agosto 1990, n. 241», prevede che ai procedimenti per l'esame delle domande di protezione internazionale si applicano le disposizioni in materia di procedimento amministrativo e di accesso agli atti amministrativi, di cui ai capi I, ad esclusione dell'art. 2, co. 2, II, IV-bis e V, nonché agli artt. 7, 8 e 10 del capo III della l. n. 241/1990.

dall'art. 19, d.l. n. 13/2017), che prevede la limitazione della libertà personale già durante la fase istruttoria di esame della domanda di asilo, nei casi in cui l'autorità amministrativa procedente valuti, «caso per caso», che il richiedente «costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica», o che «sussista rischio di fuga», o ancora che «vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda sia stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione».

L'inasprimento della disciplina amministrativa nei confronti del migrante diviene ancora più marcato con l'ultimo provvedimento in materia, ossia il citato d.l. n. 13/2017. Se si prende ad esame l'art. 19 di tale decreto, ove sono previste disposizioni urgenti per assicurare l'effettività delle espulsioni e il potenziamento dei centri di permanenza per i rimpatri, si osserva anzitutto che il nuovo testo prevede la sostituzione dei CIE (centri di identificazione ed espulsione) di cui all'art. 14, d.lgs. n. 286/1998, con i «centri di permanenza per i rimpatri». Poi, rispetto alla precedente disciplina, viene allungato di ulteriori quindici giorni, salvo contraria decisione del giudice di pace, il termine di tre mesi per la procedura di trattenimento in custodia del migrante nei casi di particolare complessità dell'*iter* di identificazione e di organizzazione del rimpatrio. Altra modifica, sempre in senso peggiorativo dello *status* di migrante, è quella che viene apportata all'art. 16, d.lgs. n. 286/1998, il quale ora stabilisce che quando non è possibile effettuare il rimpatrio dello straniero per cause di forza maggiore, l'autorità giudiziaria dispone il ripristino dello stato di detenzione per il tempo strettamente necessario all'esecuzione del provvedimento di espulsione. Viene inoltre intensificata la rete dei nuovi centri per i rimpatri al fine di assicurare una più efficiente ed efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione dello straniero. In quest'ottica l'art. 19, d.l. n. 13/2017, prevede il coordinamento tra il Ministero dell'interno e il Ministero dell'economia e delle finanze, i quali, nelle rispettive competenze, adottano tutte le iniziative volte a garantire l'ampliamento della rete dei centri in modo da assicurare la distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale. È così stabilito che la dislocazione territoriale dei centri di nuova istituzione avvenga, sentito il presidente della regione interessata, privilegiando i siti e le aree esterne ai centri urbani che risultano più facilmente raggiungibili e nei quali siano presenti strutture di proprietà pubblica che possano essere, anche mediante interventi di adeguamento o ristrutturazione, resi idonei al tale scopo.

Interessante, per l'indagine che qui si sta conducendo, è pure l'art. 17 del nuovo decreto immigrazione che riguarda le disposizioni sull'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare. Più in particolare secondo la nuova norma lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a séguito di operazioni di salvataggio in mare dovrà essere condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi. Presso i medesimi punti di crisi sono effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, anche per i fini di cui agli artt. 9 e 14 del Reg. (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 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 e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione), in GU L 180 del 29 giugno 2013, ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito. Va detto che la norma ora prevede che le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico siano eseguite, in adempimento degli obblighi di cui agli artt. 9 e 14 del Reg. (UE) n. 603/2013, anche nei confronti degli stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale. Il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai prescritti rilievi configura rischio di fuga ai fini del trattenimento nei centri di cui all'art. 14. Il trattenimento è disposto caso per caso, con provvedimento del questore, e conserva la sua efficacia per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stato disposto.

Sempre in relazione alla limitazione delle garanzie del migrante, e in palese contrasto con i princìpi fondamentali sanciti dalla l. n. 241/1990, si pone, per tutti i provvedimenti riguardanti le richieste di asilo, l'assenza dell'obbligo di motivazione. Obbligo di motivazione che, per i procedimenti in materia di immigrazione, è disciplinato secondo le modalità dell'art. 9, d.lgs. n. 25/2008, a mente del quale le decisioni sulle domande di protezione internazionale devono essere comunicate per iscritto (comma 1) e la decisione con cui viene respinta una domanda deve essere corredata da una motivazione di fatto e di diritto e deve recare le indicazioni sui mezzi di impugnazione ammissibili (comma 2).

Non è difficile constatare come nei casi sopra descritti la disciplina dei procedimenti amministrativi inerenti alla persona del migrante assuma i contorni di un procedimento derogatorio rispetto alle insopprimibili necessità di questi, incidendo, in modo para-sanzionatorio, sui diritti fondamentali dell'uomo. Non a caso – quasi a volersi giustificare per la presenza della *dura lex* – il legislatore all'art. 7, d.lgs. n. 142/2015, tiene a chiarire che: «il richiedente sia trattenuto nei centri con modalità che assicurano la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità»; sia «assicurata in ogni caso alle richiedenti una sistemazione separata, nonché il rispetto delle differenze di genere»; «ove possibile, sia preservata l'unità del nucleo familiare [e sia] assicurata la fruibilità di spazi all'aria aperta».

In materia di immigrazione è poi intervenuto il recentissimo d.l. n. 113/2018 (rubricato "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata") cui ha fatto seguito la l. 1 dicembre 2018, n. 132 che ha convertito con modificazioni tale decreto.

Si tratta di un *corpus* di disposizioni che si pone in linea con il tenore normativo dei precedenti decreti dedicati alla materia delle migrazioni. In tal senso depongono le disposizioni del titolo I del citato decreto con riguardo al rilascio di speciali permessi di soggior-

no temporanei per esigenze di carattere umanitario, nonché in materia di protezione internazionale e di immigrazione e particolarmente delle norme che compongono il capo I inerenti alle urgenti misure di contrasto all'immigrazione illegale.

Nell'ottica derogatoria alle comuni regole procedimentali previste per lo *status* di cittadino si pongono le disposizioni di cui all'art. 2, comma 1, del d.l. n. 113/2018, dove il legislatore italiano ha stabilito un allungamento generalizzato dei termini per il trattenimento dello straniero nei Centri di permanenza per il rimpatrio. Disposizioni cui fanno seguito quelle previste dai commi successivi del medesimo articolo (ovverosia l'art. 2, commi 2, 2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater*), dove, in corrispondenza dell'allungamento dei termini di trattenimento dei migranti, vengono contemplate altrettante misure derogatorie per ciò che concerne l'evidenza pubblica degli appalti per la costruzione, il completamento, l'adeguamento e la ristrutturazione dei Centri di permanenza.

Nello specifico viene previsto che per un triennio, a partire dalla data di pubblicazione del decreto in parola, i lavori relativi ai Centri di permanenza possano essere appaltati mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, secondo la regola dell'art. 63 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). La normativa appena entrata in vigore aggiunge che si deve trattare di lavori di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria e che in ogni caso devono rispettarsi i principi di trasparenza, concorrenza e rotazione nell'appalto delle relative opere. In ragione di ciò viene specificato che l'invito contenente l'indicazione dei criteri di aggiudicazione deve essere rivolto ad almeno cinque operatori economici, sempre che sussistano in tale numero soggetti idonei all'espletamento della commessa pubblica.

Di rilievo è anche la disposizione di cui all'art. 3, e più ancora quella dell'art. 3-*bis*, del citato decreto, riguardante i provvedimenti amministrativi di trattenimento per la determinazione o la verifica dell'identità del migrante richiedente asilo. Quest'ultima norma stabilisce che il migrante può essere trattenuto, per il tempo strettamente necessario, e comunque non deve essere superiore a trenta giorni, in appositi locali presso i cc.dd. punti di crisi di cui all'art. 10-*ter*, comma 1, del d.lgs. n. 286/1998, per la determinazione o la verifica dell'identità. Nel caso in cui non sia possibile determinare o verificare l'identità del migrante, il richiedente può essere trattenuto nei centri di permanenza temporanea.

La norma richiamata si pone già a priva vista in contrasto con le più ovvie regole di garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo. Non si comprende, infatti, come essa possa in un primo momento stabilire un limite massimo di trenta giorni al trattenimento del migrante nei centri di identificazione e poi subito dopo rendere inoperante tale termine di garanzia, stabilendo un trattenimento di durata pressoché indefinita per i casi in cui non sia possibile accertare l'identità dello straniero. Ciò a maggior ragione se si considera – come le cronache di questi anni insegnano – che i migranti che approdano nei centri sono in genere sprovvisti dei documenti di identità.

All'art. 5-*bis* del nuovo decreto si trovano importanti disposizioni di carattere sanzionatorio in materia di convalida del respingimento del migrante disposto dal questore e di registrazione dello straniero nel sistema di informazione stabilito nel trattato di Schengen.

In forza delle nuove regole, lo straniero destinatario di un provvedimento amministra-

tivo di respingimento non può rientrare nel territorio dello Stato italiano senza che prima si sia fatto rilasciare una speciale autorizzazione dal Ministro dell'interno. Qualora poi lo straniero non si attenga al provvedimento che ne respinge il suo ingresso nel territorio dello Stato italiano, la norma in parola prevede una particolare ipotesi di reato la cui pena è fissata nella reclusione da uno a quattro anni, oltre che nella misura amministrativa dell'espulsione coatta mediante accompagnamento immediato alla frontiera.

Altra fattispecie incriminatrice contenuta del nuovo decreto è quella prevista per lo straniero che, essendo stato già denunciato per essere rientrato senza autorizzazione sul suolo italiano, abbia fatto reingresso nel territorio dello Stato. In tale ipotesi, in base alla normativa appena approvata dal Parlamento italiano, allo straniero trasgressore si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni. Inoltre, la norma in questione prevede, in deroga alle regole del codice di procedura penale, che per il migrante autore dei menzionati reati si proceda con la misura cautelare dell'arresto anche fuori dei casi della flagranza e che sia processato con il rito direttissimo.

La norma al comma 2-*sexies* prevede che la durata del divieto di ingresso sul territorio dello Stato italiano per il migrante che abbia commesso uno dei reati summenzionati non possa essere inferiore a tre anni.

Per rendere effettive le operazioni di rimpatrio degli immigrati irregolarmente e/o illecitamente entrati sul suolo italiano, il nuovo decreto ha poi disposto all'art. 6 il potenziamento del c.d. fondo rimpatri (che era stato originariamente istituito dal d.lgs. 286/1998) tramite l'incremento delle risorse finanziarie a disposizione del fondo medesimo ed ammontanti a 500.000 euro per il 2018, 1.500.000 euro per il 2019 e 1.500.000 euro per il 2020.

Dalla legislazione appena esaminata si osserva, dunque, come quello che va delineandosi è un diritto e un procedimento amministrativo che spesso evoca per la condizione dei migranti lo "stato di eccezione". Quest'ultimo, caratterizzandosi per la sospensione integrale dell'ordine giuridico, oltre a non fermare lo sguardo sulla contraddittorietà e sulla fragilità sulle quali poggiano i diritti delle persone, segna anche un pericoloso arretramento delle garanzie costituzionali. Ed è proprio per questi motivi che pare fuorviante cercare la spiegazione dello *status* amministrativo del migrante nello "stato di eccezione" schmittiano[35] o nella parabola arendtiana del "campo"[36].

Se si parte da una forte affermazione della stessa Hannah Arendt, secondo la quale i migranti «[p]rivati dei diritti umani garantiti dalla cittadinanza, si trovarono ad essere senza alcun diritto, schiuma della terra»[37], allora il problema ci apparirà più radicale, ossia

35 C. Schmitt, *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin 1985.

36 H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Milano 1996.

37 H. Arendt, *Le origini cit.*, 372. Secondo la Arendt gli individui nel corso del Novecento sono stati riconosciuti come umanità solo se appartenenti ad uno Stato sovrano. Solo l'essere cittadino e dunque il far parte di una comunità politica conduce l'individuo al riconoscimento dei diritti civili e politici. Tant'è che «[f]uori da tale comunità l'apolide è un reietto, non ha rilevanza giuridica». Cfr. S. Berni, *Diritti naturali e umani nella politica di Hannah Arendt. Spunti per una lettura*, in *Il Politico* 75, 1, 2010, 121-132.

di cultura della Costituzione, di concezione dello Stato. Ed è su questo piano che pare doveroso discutere della condizione del migrante. Anche perché se si guarda allo straniero da tale prospettiva si scoprirà che questi è portatore del *nomos* globale dei diritti del cittadino[38].

Quest'ultima affermazione, ove opportunamente contestualizzata, è poi importante per la trattazione, perché consente di meditare sull'annosa questione della cittadinanza, vale a dire sul se possa esistere o meno un nuovo concetto di cittadinanza, idoneo a consentire l'estensione, anche ai non cittadini – e, dunque, anche ai migranti – della tutela dei diritti fondamentali quali diritti che prescindono dalle posizioni giuridiche e poi dallo *status* di cittadino.

Va detto che l'analisi sin qui svolta e quella che seguirà vuole mettere soprattutto in luce i limiti dell'odierna impostazione del concetto di cittadinanza nel diritto amministrativo. Per poter fare ciò occorre offrire, seppur brevemente, alcune coordinate del concetto di cittadinanza, ricavandole anche dal diritto pubblico e dal diritto comunitario.

4. La rilevanza del concetto di cittadinanza nella disciplina amministrativa delle migrazioni come fattore di limitazione dei diritti del migrante.

Dal punto di vista giuridico il concetto di cittadinanza[39] può essere visto come una soluzione che la dottrina storicamente ha escogitato per connotare lo *status* degli individui appartenenti ad una nazione, di modo che fosse possibile, in base alla cittadinanza, attribuire diritti e sottoporre a doveri i cittadini[40].

Appare chiaro che una simile configurazione del concetto di cittadinanza vada di pari passo con l'evolversi dello Stato-nazione. Nell'àmbito della formazione e poi del culmine degli stati nazionali il concetto classico di cittadinanza era difatti costruito sull'idea della soggezione duratura del cittadino allo Stato. Intriso del rapporto tra libertà e sovranità che permea la relazione tra cittadino e istituzioni statali, ossia sull'esclusività della posizione giuridica della cittadinanza che lega i cittadini al territorio, questo concetto di cittadinanza provocava una reale quanto immotivata discriminazione inerente al godimento dei diritti

38 Così L.R. Perfetti, *La legalità cit.*, 403.

39 Sull'argomento della cittadinanza di recente: A. Daniele, *La cittadinanza tra teoria e prassi. Brevi riflessioni a partire dalla giurisprudenza amministrativa italiana*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2016, 16 ss.; E.A. Ferioli, *La cittadinanza "oltre" lo stato. Interferenze internazionali e sovranazionali nell'acquisto e conservazione della cittadinanza statale*, in www.rivistaaic.it, 2017, 23 ss.; P. De Ioanna, *La giurisdizione amministrativa come presidio dei diritti sociali di cittadinanza*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2016, 531-537; M. Manetti, *Profili costituzionali in materia di diritto alla cittadinanza degli immigrati*, in *Rassegna parlamentare*, 2014, 515-534; E. Chiti. *The content of Citizenship in Europe and the development of Global Administrative Law. Are new layers of complexity emerging?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 395-419.

40 Sul punto cfr. F. Parente, *L'assetto normativo dei diritti fondamentali della persona tra* status civitatis *e posizione di migrante: le suggestioni della «condizione di reciprocità»*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 1108.

fondamentali fra chi è formalmente cittadino e chi, pur non essendolo, «partecipa»[41] alla vita sociale, culturale, politica[42] ed economica del Paese, dandone, per quanto può, un contributo[43].

Ma è con l'avvento dei diritti fondamentali sanciti dalle principali costituzioni democratiche che cambia la concezione di cittadinanza, non più legata bensì slegata dall'appartenenza dell'individuo allo Stato[44]. Basti pensare all'esperienza della creazione di una cittadinanza europea[45], uno spazio che supera il confine statuale per abbracciare una realtà sovrannazionale[46]. In questa direzione va, e qui la si può richiamare, la nota sentenza della Corte di giustizia UE[47], con cui il giudice comunitario ha sancito che «lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri»[48]. Secondo la Corte l'art. 20 TFUE pone un divieto allo Stato membro, da un lato, di negare al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi di cui essi abbiano la cittadinanza e, dall'altro, di negare al medesimo cittadino un permesso di lavoro, qualora queste decisioni possano privare i figli del godimento reale ed effettivo dei diritti

---

41 U. Allegretti, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 3, 7-13, nonché Id., *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, *ivi*, 2008, 2, 175-217.

42 Sul diritto di voto dei migranti, dunque, sulla loro inclusione politica, F. Piermartini. *Cittadinanza e diritto di voto agli stranieri: strumenti d'integrazione*, in *Riv. della coop. giu. int.*, 2011, 37, 57-68.

43 In questi termini, F. Abbondante, S. Prisco, *La condizione giuridica degli immigrati e le politiche degli enti territoriali tra integrazione e rifiuto*, in www.rivistaaic.it, 2009, spec. 11-12.

44 G. Berti, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 11.

45 Nella dottrina straniera sull'evoluzione della cittadinanza europea, J. Shaw, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, in P. Craig, G. De Burca (ed. by), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, 575-609. Nella dottrina italiana, M. Cartabia, voce *Cittadinanza europea"*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. VI, agg., Roma 1995, 4 ss; S. Cassese, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1996, 870 ss.; T. De Pasquale. *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto "europeizzato" di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanze nazionali degli Stati membri*, *ivi*, 3-4, 2012, 445-479; M. La Torre, *Cittadinanza, democrazia europea e "ideologia italiana". Per una critica del realismo politico*, in *Soc. dir.*, 1998, 5-59; L. Montanari, *La cittadinanza in Europa: alcune riflessioni sugli sviluppi più recenti*, in www.rivistaaic.it, 2012, 1.

46 M.R. Mauro, *Immigrati e cittadinanza: alcune riflessioni alla luce del diritto internazionale*, in *La Comunità internazionale*, 2007, 351-375.

47 CGUE, *Ruiz Zambrano c. Office National de l'emploi*, Causa C-34/098, sentenza dell'8 marzo 2011. Nel caso Ruiz Zambrano c. Office National de l'emploi, la Corte di giustizia si è pronunciata su una vicenda relativa al diniego reiterato delle autorità belghe di riconoscere il permesso di soggiorno a un cittadino colombiano, Gerardo Ruiz Zambrano, residente in Belgio con la moglie e il figlio maggiore, anch'essi colombiani, dal 1999 e padre di altri due bambini, Diego e Jessica, nati in Belgio e titolari della sola cittadinanza belga. Il giudice del rinvio ha sottoposto ai giudici del Lussemburgo tre questioni pregiudiziali volte ad accertare se le disposizioni del Trattato, relative alla cittadinanza dell'Unione, riconoscano ai cittadini europei un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui hanno la cittadinanza anche se essi non hanno mai esercitato il diritto alla libera circolazione; e, eventualmente anche con gli artt. 21, 24 e 34 della Carta dei diritti fondamentali, conferiscano a un cittadino di uno Stato terzo, ascendente di cittadini dell'Unione, un diritto di soggiorno derivato nello Stato membro di cui questi hanno la cittadinanza e dove essi risiedono.

48 CGUE, *Ruiz Zambrano c. Office National de l'emploi*, Causa C-34/098, sentenza dell'8 marzo 2011.

connessi allo *status* di cittadino dell'Unione. Un divieto di soggiorno di tal genere porterebbe alla conseguenza che i figli si troverebbero costretti ad abbandonare il territorio dell'Unione per accompagnare i loro genitori. Parimenti, qualora a una persona non venga rilasciato un permesso di lavoro, quest'ultima rischia di non disporre dei mezzi necessari per far fronte alle proprie esigenze e a quelle della sua famiglia, circostanza che porterebbe i figli ad abbandonare il territorio dell'Unione. In ragione di ciò i cittadini dell'Unione si troverebbero nell'impossibilità di godere realmente dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadino dell'Unione.

Questa interpretazione che la Corte di giustizia dà dell'art. 20 TFUE permette a tale norma di conferire la condizione di cittadino dell'Unione a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro; tale condizione, come già risulta dalla giurisprudenza della Corte, è destinata ad essere un principio fondamentale dei cittadini degli Stati membri.

Su questo punto vale la pena soffermarsi un momento.

La Corte di giustizia UE, nella citata sentenza, sviluppando in modo significativo l'orientamento giurisprudenziale che si era formato in passato, riporta in una veste politica, costituzionale e federale la nozione di cittadinanza dell'Unione; e lo fa svincolando i diritti che ne discendono, tra cui soprattutto quello di soggiornare nello Stato membro nel quale il cittadino europeo ha la nazionalità e la residenza, dal previo esercizio della libera circolazione nel territorio europeo. Si discute di un criterio nuovo, modulato sul «"godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino dell'Unione", diverso da quello tradizionale di carattere transfrontaliero»[49].

In sostanza, dunque, può affermarsi che la cittadinanza europea costituisce lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri. Pertanto l'art. 20 del TFUE non può tollerare provvedimenti nazionali che hanno l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea[50].

Va detto che l'orientamento della Corte di giustizia qui richiamato deve essere ridimensionato nella sua portata, come condivisibilmente ha osservato la dottrina[51], per il fat-

---

49 Così D. Gallo, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 40-49. Per l'analisi di questa sentenza, nella dottrina italiana: C. Berneri, *Le pronunce Zambrano e McCarty: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni famigliari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quad. cost.* 2011, 696 ss.; A. Lollo, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Milano 2016, 52 ss.; A.O. Cozzi, *Un conflitto costituzionale silente: Corte di giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza e sul riconoscimento di prestazioni sociali*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 3, 43. Nella dottrina francese: A. Iliopoulou, *Libre circulation et non discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union Européenne*, Bruxelles 2007, spec. 68 ss., 82 ss., 157 ss.; S. Corneloup, *Citoyenneté européenne: la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice*, in *Dalloz*, 2011, 1325-1328; D. Martin, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La Cour de justice et les situations internes à un Etat membre : vive la révolution?*, in *RJS*, 2011, 450-452. Nella dottrina anglosassone, K. Hailbronner, D. Thym, *Casenote*, in *CML Rev*, 2011, 1253-1270; A. Hinarejos: *Extending Citizenship and the Scope of EU Law*, in *CLJ*, 2011, 309-312; G. Martinico, R. Castaldi (ed. by), *Rethinking (EU) Citinzenship*, in *Perspectives on Federalism*, 2011, 31-39.

50 Così S. Spinaci, *Le sentenze Zambrano e McCarthy e i nodi irrisolti della cittadinanza europea*, in *Giur. cost.*, 2011, 2542; Id., *Libertà di circolazione cittadinanza europea e principio di uguaglianza*, Napoli 2011, *passim*.

51 R. Calvano, *Cittadini «statici» e diritti disuguali*, in *Giur. cost.*, 2011, 2536 ss. L'A., in modo condivisibile, sottolinea come nell'Unione europea la tutela di diritti fondamentali assuma un ruolo accessorio e funzionale ri-

to di non aver mai abbandonato la concezione economicistica dell'Unione, anche dinnanzi a diritti preminenti dell'individuo come quelli di cittadinanza di cui qui si discute. Dalla giurisprudenza della Corte, infatti, traspare tuttora una visione che pone al centro dell'Unione la libertà economica, mentre sullo sfondo rimangono le altre libertà, ivi compresa quella di circolazione e di soggiorno delle persone. È vero anche che l'impostazione che pone in rapporto di accessorietà la libertà di circolazione alla libertà economica dipende dallo stesso impianto su cui poggia l'Unione piuttosto che da una logica perversa del legislatore comunitario.

Come sottolineato dalla dottrina costituzionalistica, l'Unione non rappresenta un «ente a competenze generali», bensì poggia le sue fondamenta sul principio delle competenze di attribuzione, attraverso il quale discende l'applicabilità del diritto dell'Unione solo ai settori ad esso attribuiti, e la conseguente garanzia dei diritti fondamentali in forza del diritto Ue «nei soli àmbiti rientranti nel "cono d'ombra" delle competenze dell'Unione»[52].

Questo peculiare aspetto dell'ordinamento comunitario fa si che la tutela dei diritti fondamentali in quegli àmbiti sia attanagliata da un problema che colpisce la rilevanza stessa delle predette situazioni giuridiche, giacché garantite esclusivamente ove attinenti a materie incluse o riconducibili alla competenza dell'Unione. Per questa ragione, la cittadinanza europea rischia di provocare più problemi di quanti ne risolva, poiché essa, come visto, ben può essere vista come un contenitore vuoto ogni qual volta venga chiamata in causa all'atto pratico[53].

Non è solo questa però la criticità maggiore che si può ravvisare nell'elaborazione di una cittadinanza slegata da un preciso àmbito territoriale.

La cittadinanza europea nella sua intima veste resta pur sempre una confinazione, che, come tutte le confinazioni, ha il suo limite maggiore nella chiusura, nella demarcazione, nella limitazione dei diritti ad un preciso àmbito di appartenenza. E la disciplina del diritto amministrativo, soprattutto quella più recente, rappresenta un osservatorio privilegiato da cui il giurista può scorgere come le limitazioni dei diritti dovute al concetto di cittadinanza costituiscano un *quid pluris* per evocare lo "stato di eccezione" nei confronti del migrante.

In questa prospettiva vanno senz'altro richiamate le novità apportate in materia di cittadinanza dal recentissimo d.l. n. 133/2018 (convertito, con modifiche, dalla l. n. 132/2018). Tali novità sono condensate in un unico articolo del decreto, l'art. 14, dove sono previste regole inerenti all'acquisizione e alla perdita della cittadinanza.

---

spetto alle libertà economiche, essendosi formato un orientamento della Corte di giustizia secondo cui la libertà di circolazione e di soggiorno divengono «come una coppia inscindibile nella quale la pregnanza è data alla questione della circolazione all'interno del mercato, mentre il rilievo del diritto a soggiornare con i propri familiari nel luogo scelto da un individuo resta completamente secondario» (p. 2539). Per la critica inerente alla supremazia della libertà economica sulle altre libertà, ivi compresa quella di circolazione, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995, 1 ss.

52 R. Calvano, *Cittadini cit.*, 2539.

53 R. Calvano, *Cittadini*, *loc. cit.*

In dettaglio l'art. 14, d.l. n. 133/2018, stabilisce che la concessione della cittadinanza italiana sia subordinata al possesso, da parte dello straniero interessato, di un'adeguata conoscenza della lingua italiana, non inferiore al livello B1 del Quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue. A tale scopo, i richiedenti la cittadinanza italiana, che non abbiano sottoscritto l'accordo di integrazione di cui all'art. 4-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, o che non siano titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo di cui all'art. 9 del medesimo decreto, sono tenuti, all'atto di presentazione dell'istanza, ad attestare il possesso di un titolo di studio rilasciato da un istituto di istruzione pubblico o paritario riconosciuto dal MIUR e dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, ovvero a produrre apposita certificazione rilasciata da un ente certificatore riconosciuto dal MIUR e dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale.

Per quanto concerne, invece, i casi di perdita della cittadinanza italiana l'art. 14, comma 1, lett. *d*), d.l. n. 133/2018, dispone che questa sia revocata in caso di condanna definitiva per delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni e previsti dall'articolo 407, comma 2, lett. *a*), n. 4), del codice di procedura penale, nonché per i reati di associazione con finalità di terrorismo internazionale o di eversione dell'ordine democratico e di addestramento alle attività terroristiche di cui, rispettivamente agli artt. 270-*ter* e 270-*quinquies* del codice penale.

In casi sopra richiamati, la revoca della cittadinanza è adottata con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Analoghe considerazioni valgono per il d.l. n. 13/2017 che già nel preambolo stabilisce come le disposizioni ivi contenute, prendendo atto della «straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure idonee ad accelerare l'identificazione dei cittadini stranieri», intendono «definire celermente la posizione giuridica di coloro che sono condotti nel territorio nazionale in occasione di salvataggi in mare o sono comunque rintracciati nel territorio nazionale». Ed in questa direzione vanno lette pure le disposizioni del capo II del d.l. n. 13/2017 che approntano le misure necessarie per la semplificazione e l'efficienza delle procedure amministrative davanti alle Commissioni territoriali, nonché per la semplificazione e l'efficienza dei procedimenti giudiziari di riconoscimento dello *status* di persona internazionalmente protetta e degli altri procedimenti giudiziari connessi ai fenomeni delle migrazioni.

È interessante notare, già ad una prima lettura, come il d.l. n. 13/2017 ha apportato alcune corpose modifiche al testo del d.lgs. n. 25/2008. Le modificazioni al precedente testo unico del 2008 si sono rese necessarie anche al fine di adattare la procedura dinnanzi alle Commissioni territoriali con l'introduzione delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, previste ora dal capo I (artt. 1-5) del d.l. n. 13/2017, le quali, proprio nell'intento di accelerare la trattazione delle cause che hanno come parte il migrante, hanno l'obiettivo di definire efficientemente i relativi procedimenti amministrativi.

Questi nuovi organi giudicanti saranno competenti per molte tipologie di controversie. Tra queste il nuovo decreto prevede quelle in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari[54]; quelle aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari per motivi imperativi di pubblica sicurezza[55], nonché per i procedimenti amministrativi di convalida dei provvedimenti previsti dall'art. 20-*ter*, d.lgs. n. 30/2007; quelle in materia di riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 35, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, e per i procedimenti per la convalida del provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento del richiedente protezione internazionale, adottati a norma dell'art. 6, co. 5, d.lgs. n. 142/2015, e dell'art. 10-*ter*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nonché dell'art. 28, Reg. (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio europeo, del 26 giugno 2013, nonché per la convalida dei provvedimenti di cui all'art. 14, co. 6, d.lgs. n. 142/2015; quelle in materia di riconoscimento della protezione umanitaria nei casi di cui all'art. 32, co. 3, di cui al d.lgs. n. 25/2008; quelle in materia di diniego del nullaosta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché relative agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, di cui all'art. 30, co. 6, d.lgs. n. 25/2008.

Il T.U. immigrazione del 2008 non è l'unico ad essere stato modificato. I successivi artt. 7, 8 e 9, d.l. n. 13/2017, intervengono rispettivamente sul testo del d.lgs. n. 150/2011, sul testo del d.lgs. n. 142/2015 e sul testo del d.lgs. n. 286/1998.

In particolare per ciò che concerne le modifiche del d.lgs. n. 150/2011, è di rilievo l'introduzione dell'art. 19-*bis* che ora regola le controversie in materia di accertamento dello stato di apolidia e di cittadinanza italiana mediante il rito sommario di cognizione. Inoltre è prevista la competenza territoriale del tribunale ove ha sede la sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea del luogo in cui il ricorrente ha la dimora.

In controtendenza rispetto alla disciplina amministrativa sinora esaminata nelle principali leggi concernenti i fenomeni migratori si pone l'introduzione del nuovo art. 22-*bis* nel testo del d.lgs. n. 142/2015, sulla partecipazione dei migranti ad attività di utilità sociale.

Venendo alla lettura di questa innovativa norma si scorge come diviene apprezzabile il ruolo degli organi periferici di governo nella promozione delle iniziative che hanno come scopo quello di coinvolgere i migranti in attività socialmente utili. In particolare i prefetti devono promuovere d'intesa con i comuni e con le regioni e le province autonome – anche nell'àmbito dell'attività dei Consigli territoriali per l'immigrazione di cui all'art. 3, co. 6, d.lgs. n. 286/1998 – ogni iniziativa utile all'implementazione dell'impiego di richiedenti protezione internazionale, su base volontaria, in attività di utilità sociale in favore delle collettività locali. In quest'ottica i prefetti promuovono la diffusione delle buone prassi e di

54 In relazione all'art. 8 d.lgs. n. 30/2007.

55 Di cui all'art. 20 e 21 del d.lgs. n. 30/2007.

strategie congiunte con i comuni, con le regioni e le province autonome e le organizzazioni del terzo settore, anche attraverso la stipula di appositi protocolli di intesa. Poi, per quanto riguarda proprio le organizzazioni del terzo settore, il nuovo decreto prevede che i comuni, le regioni e le province autonome, al fine di rendere effettivo il coinvolgimento dei migranti nelle attività di utilità sociale, possono redigere appositi progetti da finanziare con risorse europee destinate al settore dell'immigrazione e dell'asilo[56].

Si tratta di una considerevole previsione normativa che, come già da tempo auspicato dalla dottrina[57], va accolta con favore e va sicuramente rielaborata da parte del legislatore per trasporla in un testo di più ampio respiro, in modo da rendere più evidente la politica di inclusione dei migranti da parte dello Stato italiano[58].

Ciò vale anche nella misura in cui le politiche di inclusione dello straniero servano a far sfumare le tinte fosche che, come visto, si sono via via addensate nelle varie tappe della disciplina amministrativa sull'immigrazione – dal primo decreto del 1998 all'ultimo del 2017 – le quali, come si sta cercando di dire in questo scritto, dipingono la figura del migrante come quella del reietto o peggio del nemico.

5. Lo "stato di eccezione" in Carl Schmitt e la reinterpretazione del binomio straniero/nemico attraverso le fonti classiche letterarie.

Sull'eccezionalità del fenomeno migratorio e sulla risposta del diritto amministrativo come "diritto dell'eccezione" non si deve cedere alla tentazione di considerare lo straniero – e, dunque, il migrante – quale nemico[59].

---

56 L'art. 8, co. 2, d.l. n. 13/2017 prevede anche che i progetti presentati dai comuni dalle regioni e dalle province autonome, i quali prestano i servizi di accoglienza di cui all'art.1-*sexies* del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 ("Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato", conv., con modifiche, nella l. 28 febbraio 1990, n. 39), siano esaminati con priorità ai fini dell'assegnazione delle risorse.

57 Nella dottrina italiana, M. Catarci, *Formazione e inserimento lavorativo dei rifugiati in Italia,* in *Uomini senza qualità. La formazione dei lavoratori immigrati: dalla negazione al riconoscimento* (a cura di S. Bonetti, M. Fiorucci), Milano 2006, 1 ss.; Id., *L'integrazione dei rifugiati. Formazione e inclusione nelle rappresentazioni degli operatori sociali*, Milano 2011, 5 ss.; V. Cesareo, G.C. Blangiardo, *Indici di integrazione. Una ricerca empirica sulla realtà migratoria italiana*, Milano 2009, 1 ss.; L. Calafà, *Le azioni positive di inclusione sociale degli stranieri e il modello regolativo nazionale*, in www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it, 2009, 29 ss. Nella dottrina straniera, H. Beirens, N. Hughes, R. Hek, N. Spicer, *Preventing Social Exclusion of Refugee and Asylum Seeking* Children: Building New Networks, in *Social Policy and Society*, 2007, 219-229; A. Triandafyllidou, *Migrant Integration in 2020 Europe: the case for integration partnerships*, in (S. Carrera, E. Guild, K. Eisele, ed. by), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies. Comparative Perspectives on the EU, the US, Canada and beyond*, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2014, 29 ss; I. Martin, *From Refugees to Workers Mapping Labour-Market Integration Support Measures for Asylum Seekers and Refugees in EU Member States,* vol. I, *Comparative Analysis and Policy Findings*, Bertelsmann Stiftung, 2016, 11 ss., ma per il caso italiano si v. 79 ss.

58 Su quest'aspetto si rimanda a J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano 1998, 1 ss.

59 Sul punto è opportuno ancora richiamare G. Tropea, *Homo sacer? cit.*, 846, il quale, rileggendo ancora C. Schmitt, *Le categorie cit.*, 109, rileva come il giurista tedesco identifichi il nemico con lo straniero (*der Fremde*).

Si intende fare riferimento, in chiave piuttosto critica, alla nota associazione che Carl Schmitt ha fatto dei termini straniero/nemico[60].

Vale la pena, prima di muovere una critica a tale impostazione, richiamare i principali assunti con cui Schmitt è pervenuto ad una simile associazione.

Nel fornire «il concetto di 'politico'» (*Begriff des Politischen*), Schmitt afferma che bisogna trovare una soluzione che tenga distinta tale categoria da altre categorie, e in particolare da quelle morali, estetiche, economiche. Rifacendosi al pensiero hegeliano, Schmitt riconduce la validità di queste categorie all'esistenza di una antitesi di fondo capace di distinguere le une dalle altre. Così come nell'estetica la distinzione è rappresentata dal binomio bello/brutto, nella morale da buono/cattivo, nell'economia da utile/dannoso o da redditizio/non redditizio, per avere validità, secondo Schmitt, anche la politica deve fondarsi su di una propria antitesi, autonoma e indipendente dalle altre.

Per il giurista tedesco «la specifica distinzione politica alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici, è la distinzione di *amico* (*Freund*) e *nemico* (*Feind*)»[61]. A questa antitesi si può ricollegare la categoria del politico, senza necessità che ad essa sia attribuito un nuovo settore, purché la stessa non poggi su altre distinzioni. In questo modo non vi sarà più bisogno di ricondurre il concetto di politico alle antitesi di altre categorie; sicché non vi sarà necessità di indicare il politico come eticamente buono o cattivo o come esteticamente bello o brutto, o ancora come economicamente utile o dannoso. Per Schmitt il nemico «è semplicemente l'altro, lo straniero (*der Fremde*)»[62].

In questa visione è dunque lo straniero – in quanto intrinsecamente "altro" – a rappresentare il nemico. Lo straniero è il diverso, colui che è essenzialmente qualcosa d'altro, e lo è soprattutto nel modo in cui contro di lui si renda indispensabile ricorrere ad un conflitto. È «esistenzialmente altro», giacché la «possibilità di una conoscenza e comprensione corretta e perciò anche la competenza ad intervenire e decidere è qui data solo dalla partecipazione e dalla presenza esistenziale» da parte di colui che non è straniero. Tant'è che, secondo Schmitt, solo colui il quale partecipa in modo diretto può porre fine al «caso conflittuale estremo», solo «costui può decidere se l'alterità dello straniero nel conflitto concretamente esistente significhi la negazione del proprio modo di esistere, e perciò sia necessario difendersi e combattere, per preservare il proprio, peculiare, modo di vita»[63].

I concetti di amico e nemico, secondo la visione di Schmitt, valgono a condizione che vengano distinti dagli altri àmbiti con i quali possono essere «mescolati e affievoliti»; né, poi, devono essere concepiti in senso «individualistico-privato, vale a dire come espressione psicologica di sentimenti e tendenze private»[64]. Così, per Schmitt, in àmbito economico non vi sono nemici da sconfiggere, ma solo concorrenti da battere e in àmbito etico solo

60 C. Schmitt, *Le categorie cit.*, 108.

61 C. Schmitt, *Le categorie*, *loc. cit.*

62 C. Schmitt, *Le categorie*, *loc. cit.*

63 C. Schmitt, *Le categorie cit.*, 109

64 C. Schmitt, *Le categorie cit.*, 110.

avversari di discussione. Questa asserzione permette al giurista tedesco di affermare che nemico «è solo un insieme di uomini *che combatte* almeno virtualmente, cioè in base ad una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere»[65]. Questa idea rappresenta il fulcro del ragionamento schmittiano sul concetto di nemico, ed essa è rinforzata sùbito dopo laddove egli afferma che «nemico è solo il nemico *pubblico*, poiché tutto ciò che si riferisce ad un simile raggruppamento, e in particolare ad un intero popolo, diventa per ciò stesso *pubblico*[66]».

È vero che Schmitt[67], in questa prospettiva, cerca una soluzione interpretativa favorevole rifacendosi ai termini classici di πολέμιος e *hostis* e alla contrapposizione di questi rispettivamente a ἐχθρός e a *inimicus* che si riferiscono al nemico in quanto straniero o meglio al nemico pubblico. Più in particolare Schmitt, per sostenere la sua tesi, riprende la distinzione che Platone[68] ebbe a fare nella *Politica* tra i termini πόλεμος (guerra) e στάσις (tumulto, sommossa, ribellione, guerra civile), per spiegare come per i Greci esista e può essere combattuta solo una guerra contro i barbari (che sono «per natura nemici»), mentre le lotte fra i greci sono definite στάσεις «discordie»[69].

Allo stesso modo Schmitt ricorda come in latino il termine nemico non si traduce con *inimicus*, ossia colui verso il quale si serba rancore o un «odio privato»[70], ma con *hostis,* vale a dire «colui contro il quale si combatte pubblicamente una guerra»[71] e che può essere reso con il termine «nemico politico». Schmitt, poi, rileva come la lingua tedesca non faccia distinzione fra nemico privato e nemico politico, tant'è che questa manchevolezza può creare fraintendimenti. Il giurista tedesco allora richiama i noti passi biblici (*Matteo* 5, 44; *Luca* 6, 27) nella parte in cui gli evangelisti esortano ad «ama[re] i […] nemici», per far notare come tali passi recitano «diligite *inimicos* vestros», «ἀγαπᾶτε τοὺσ εχθποὺς ὑμῶν» e non «diligite *hostes* vestros»[72]. Schmitt aggiunge come nella lotta millenaria tra occidente e oriente, tra Cristianità e Islam, «mai un cristiano ha pensato che si dovesse cedere l'Europa, invece che difenderla, per amore verso i Saraceni o verso i Turchi». Dunque, «non è necessario odiare personalmente il nemico in senso politico, e solo nella sfera privata ha senso amare il proprio "nemico", cioè il proprio avversario»[73].

La tesi del presente scritto, ricorrendo alla (ri)lettura delle fonti letterarie classiche, mira a rilevare i limiti dell'impostazione schmittiana attraverso una diversa interpretazione dei termini ξένος e *hostis*, pervenendo così a risultati differenti da quelli che apparentemente condurrebbero a una facile associazione fra lo straniero e il nemico.

---

65 C. Schmitt, *Le categorie cit.*, 111. (corsivo dell'autore).

66 C. Schmitt, *Le categorie, loc. cit.* (corsivo dell'autore).

67 C. Schmitt, *Le categorie, cit.*, 111.

68 *Politeia,* Libro V, cap. XVI.

69 Secondo la traduzione di O. Apelt, *Philosophische Bibliothek*, vol. LXXX, Leipzig 1921, 208.

70 C. Schmitt, *Le categorie cit.*, 112, nota 17.

71 Qui Schmitt si rifà alla traduzione di E. Forcellini, *Lexikon totius Latinitatis*, vol. III, 320 e 511.

72 C. Schmitt, *Le categorie cit.*, 112 (corsivo dell'autore).

73 C. Schmitt, *Le categorie, loc. cit.*

Questi due termini, come si è avuto modo di vedere, nella visione del giurista tedesco si equivalgono semplicemente, divenendo così componenti di una diade indistinta, nella quale l'un significato sfuma nell'altro. Tanto basta, poi, a Schmitt per provare e avvalorare il sillogismo secondo cui lo straniero è il nemico e il nemico è lo straniero, risultato, a mio modo di vedere, di una interpretazione etimologica e storica limitata e parziale che rivela non poche criticità.

Pare dunque opportuno tentare di ripercorrere brevemente, mediante le fonti dei testi classici, la storia di entrambe le voci per fare luce sulla loro effettiva portata semantica.

La più antica attestazione della parola ξένος nella tradizione greca si incontra nei poemi omerici, dove ξένος è l'ospite, l'individuo al quale si è legati da vincoli di ospitalità e protetto da Zeus Xenios, il nume che tutela la condizione dell'ospite straniero e predispone un rigoroso sistema di norme e consuetudini che occorre osservare. In numerosi canti è descritta la condizione dello straniero accolto con ospitalità. Nell'Odissea Ulisse è ospite straniero presso i Feaci (*Od.*, VI-XII) e di nuovo ospite sarà ad Itaca sotto le mentite spoglie di un nobile cretese ridotto in miseria (*Od.*, XVI-XXI). Così nel VI canto dell'Iliade il duello tra il licio Glauco e il greco Diomede si risolve in uno scambio di doni una volta che i due scoprono di essere uniti da un antico e sacro vincolo di ospitalità[74]. Gli eroi non esitano ad abbandonare il combattimento dopo l'avvenuto riconoscimento e ricongiungimento: il legame privato di amicizia sancito dalla ξενία finisce per imporsi sull'obiettivo comune che è rappresentato dalla guerra, così la dimensione individuale riemerge da uno stato di nebulizzazione entro cui pure era stata costretta in forza della necessità collettiva di un conflitto armato[75].

Appare dunque chiaro come da tale accezione del termine ξένος per indicare l'ospite straniero non emerga alcuna associazione con la categoria del nemico.

Nella tradizione greca il termine che individua l'alterità e l'estraneità non è ξένος come Schmitt fa intendere, ma βάρβαρος, che trova diffusione durante gli anni delle guerre persiane per indicare i popoli non greci, o meglio, tutte le comunità o i singoli individui che si esprimevano in una lingua diversa dal greco. L'etimologia della voce, connessa alla radice onomatopeica bar-bar, doveva rilevare e riprodurre i suoni sgraziati e disarmonici delle parlate straniere, lingue primitive e lontane dal grado di evoluzione e raffinatezza del gre-

---

74 Cfr. Hom, *Il.* 6.119-236. L'interruzione è determinata dalla scoperta di un antico scambio di doni intercorso tra gli antenati dei due eroi, Oineo e Bellerofonte: «Tu sei dunque un ospite antico per me da parte di padre; il divino Oineo accolse un tempo il nobile Bellerofonte nella sua reggia e lo trattenne per venti giorni, e si scambiarono l'un l'altro doni ospitali, bellissimi; Oineo offrì una cintura di porpora, splendida, Bellerofonte una coppa d'oro a due manici […]. Io sono dunque per te ospite e amico in Argolide e tu in Licia, se mai io vi giunga. Non incrociamo le lance fra noi, anche se siamo in battaglia; sono molti i Troiani e gli illustri antenati che io posso uccidere […] e molti sono gli Achei che tu puoi abbattere. Scambiamoci invece le armi perché sappiano anche costoro che siamo ospiti per tradizione antica e questo è il nostro vanto».

75 Cfr. C. Schmitt, *Le categorie*, 33 ss., secondo il quale, proprio nei casi di emergenza, quando il diritto ordinario è sospeso, lo Stato afferma e rivela la fonte della propria sovranità e l'individuo finisce per annullarsi totalmente in esso: «[i]l sovrano è chi decide sullo stato di eccezione» (33). E ancora, «Il caso d'eccezione rende palese nel modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica, e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto» (40).

co. Tale esclusiva caratterizzazione del termine per indicare lo straniero, che si sostanzia nell'espressione «πᾶς μὴ Ἕλλην βάρβαρος» – chiunque non sia greco è un barbaro – dunque – chiunque parli una lingua diversa dal greco non è un greco –, si spiega in quanto il mondo greco, scomposto in una miriade di *patois* politiche, riconosceva nella lingua comune il segno più distintivo della propria unità culturale.

D'altra parte, l'evoluzione semantica del termine latino *hostis* deve aver convinto Schmitt dell'autenticità della sua asserzione: lo straniero è il nemico e il nemico è lo straniero. Il termine che più comunemente compare nei testi di storici, oratori e poeti latini per definire il nemico è appunto *hostis,* ma la voce aveva in origine un significato diverso. Così afferma Cicerone: «i nostri antenati chiamavano *hostis* quello che noi oggi chiamiamo *peregrinus*. Ne danno prova le dodici tavole […]. È ben vero che ormai il lungo tempo trascorso ha reso questo vocabolo assai più duro: esso ha perduto il significato di forestiero per indicare propriamente colui che ti vien contro con l'armi in pugno»[76]. E Varrone aggiunge che «molte parole oggi hanno un significato, mentre prima ne avevano un altro, come *hostis*: con quella parola chiamavano un tempo lo straniero, che faceva uso delle leggi proprie, ora chiamano con essa colui che allora chiamavano *perduellis*»[77].

È l'etimologia del termine a chiarire il passaggio semantico: *hostis* deriva da *hostire* dunque «contraccambiare», significato che ci riporta alla sfera della reciprocità e dello scambio di doni in rapporto allo straniero[78]. Il termine non sembra presupporre rilevanti barriere culturali come si è visto per il greco βάρβαρος, che definiva l'individuo "lontano" dall'ambiente culturale di appartenenza, e ciò per il fatto che i cittadini di Roma arcaica intrattenevano rapporti e scambi di diverso genere con le vicine genti italiche a un livello di sviluppo culturale che doveva essere il medesimo[79]. È con le prime campagne di conquista in età repubblicana che i popoli vicini, i quali fino a quel momento erano stati *hostes*, divengono nemici, avversari da conquistare e sottomettere.

Una simile evoluzione non può essere intesa come uno sviluppo socio-antropologico indipendente e incondizionato, che è possibile generalizzare ed estendere a precetto universalmente valido: lo straniero è il nemico. Nel caso specifico esso viene piuttosto a rientrare entro un progetto di conquista ben definito, atto a realizzare il disegno di Roma *caput mundi* che può compiersi attraverso l'assorbimento di ogni alterità, di ogni elemento estraneo, in forza del quale si è finito per «[c]hiamare con un nome così benigno (*hostis*) colui col quale si combatte!»[80].

---

76 Cic., *De Off.*, 1.12.37.

77 Var., *De l. Lat.*, 5.3.

78 Cfr. E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino 2001, 47 ss., ove viene approfondito il rapporto tra *hostis* e *donum.*

79 Cfr. M. Mauss, *Saggio sul dono: forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, tr. di F. Zannino, Torino 2002, I ss., dove è descritto il modello «scambista» proprio delle società arcaiche e dove l'A. analizza «il carattere volontario, per così dire libero e gratuito e tuttavia obbligato e interessato delle prestazioni», che si realizza nella forma del dono.

80 Cic., *De Off.*, 1.12.37.

6. Conclusioni.

La risposta con la quale si intende sciogliere il rapporto tra lo *status* giuridico del migrante e il concetto di cittadinanza, così pure la spiegazione dello stesso *status* come "stato di eccezione" è resa nella conclusione del presente scritto del quale ne rappresenta anche la tesi.

L'applicazione ai migranti delle garanzie costituzionali e con esse dei princìpi fondamentali e delle tutele giurisdizionali che sono propri del diritto amministrativo non subisce alcuna eccezione per il fatto che si è di fronte ad una situazione giuridica non disciplinata dall'ordinamento. Così come non subisce limitazioni l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali per il fatto di trovarsi di fronte a non-cittadini, perché il «*nomos* dei migranti non ha né *topos* né *Ortung*, così come la loro persona non pertiene ad un territorio»[81].

Il declino della sovranità degli Stati[82], la crisi della legalità formale[83], la globalizzazione dei processi economici, la trasformazione della guerra, richiedono che sussista uno *ius gentium* – un diritto comune delle persone in movimento nello spazio[84] con le loro aspettative giuridiche – che esista indipendentemente dall'ordine giuridico dell'autorità[85]. E il migrante è un paradigma di questa legalità: egli non ha patria, fugge dall'ordine giuridico dell'autorità che ne ha oppresse le libertà fondamentali e domanda ingresso in un territorio perché siano rispettate[86].

Il bisogno di cui il migrante è portatore ci fa prendere atto che deve esistere una realtà giuridica svincolata dall'ordine legale dello Stato nazionale o dell'Unione Europea, dai concetti di cittadinanza, e che abita nell'ordine giuridico della società, nel valore normativo della persona. Al contrario dell'ordine della legge, del *nomos* dello Stato, che, per riprende-

---

81 Così L.R. Perfetti, *La legalità cit.*, 408.

82 Su cui si v. K. Jayasuriya, *Globalization, law and the transformation of sovereignty: the emergence of global regulatory governance*, in *Indiana journal of global legal studies*, vol. 6 1999, *passim*; G. Palombella, *Oltre la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari 2006, 195 ss.; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa declino e trasfigurazione di un modello*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss.; E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, *ivi*, 1996, 76; M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle istituzioni*, *ivi*, 124; Molte considerazioni che si ritrovano già in S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.* II, 1910, 97 ss.

83 Secondo la definizione di L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari 2007, 29-30, il principio di legalità deve essere inteso «quale norma di riconoscimento del diritto vigente» e quale «criterio esclusivo di identificazione del diritto valido». Nel diritto amministrativo, tra gli altri, si v. B. Sordi, *Legge e amministrazione: incontri e scontri*, in *Le legalità e la crisi della legalità*, (a cura di C. Storti), Torino 2016, 171-181. Ma più diffusamente si v. Id, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Diritto amministrativo* I, 2008, 1-28.

84 S. Angioi, *Cittadino, straniero e immigrato: evoluzione del concetto e del rapporto di cittadinanza tra norme internazionali e diritto interno*, in *La Comunità Internazionale*, 2001, 183-221.

85 P. Saitta, *Integrazione, cittadinanza e immigrazione. I lenti mutamenti del diritto*, in *Soc. dir.*, 2002, 41-58.

86 Sul punto sono interessanti le considerazioni di S. Reda, *Il diritto all'asilo nel continuo equilibrio fra etica e diritto. L'esigenza di tutela del diritto umano all'asilo ed il continuo e necessario intreccio con la cittadinanza*, in *Cultura e diritti*, 2012, 49-58, sulla scorta delle quali, in tema di protezione del migrante, si sostiene la tesi dell'esistenza di un generale divieto di allontanamento combinato col generale rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, cui l'A. lega il concetto di cittadinanza.

re ancora una volta il pensiero schmittiano[87], hanno necessità di «*Ortung*»[88], ossia di localizzazione in un dove preciso, in una terra precisa, mentre quel che il migrante personifica è il paradigma di una legalità senza luogo, senza autorità sovrana, senza legge.

D'altra parte, nel pensiero di Schmitt il binomio terra/mare e soprattutto il binomio individuo/terra rappresenta un vero e proprio scontro tra tradizione e sradicamento. Egli coglie bene (pp. 80-81) come il legame con la terra non è più in grado di spiegare le decisioni planetarie del ventesimo secolo, l'epoca «dell'aria e del fuoco», della spazializzazione infinita (ivi). Schmitt ripensa allora all'argomento (mitico anch'esso) del *finis historiae*: il ventesimo secolo, così, contraddistingue la fine del *nomos* della terra e del mare (p. 82).

Va tratteggiandosi per tale via la classica situazione schmittiana dell'eccezionalità, del vuoto «epocale» che richiede un nuovo *nomos*, frutto di una decisione il cui soggetto, tuttavia, è ignoto. Come nel mito l'epocalità rinnova, ad un livello più alto ed in forme mutate, l'eterna conflittualità[89].

Ciò che il migrante personifica è la necessità di riconoscere l'esistenza di un ordine di pretese giuridiche e di regole – anch'esse giuridiche – di natura realmente globale, che prescindano da confinazioni e localizzazioni di cui tipicamente fanno uso gli Stati-nazione per segnare il limite della validità dell'esercizio dei diritti[90], anche di quelli fondamentali riconosciuti dalle costituzioni.

Riaffiorano le idee che in *Interpretazione costituzionale* Giorgio Berti[91] già ebbe su un simile concetto di cittadinanza.

A proposito delle «[l]ibertà del cittadino» e delle «libertà dell'uomo», Berti auspica quel processo di "sostanzializzazione" della cittadinanza, che pure è presente fra le pieghe della Costituzione, ma che trova difficoltà ad emergere in quanto tale.

In quelle pagine così dense di spunti si legge quanto segue. «Qualche riflessione merita la riserva di alcuni diritti, come la circolazione, la riunione, l'associazione, ai soli cittadini. Ebbene, pare si stiano verificando i presupposti perché anche questi diritti si affermino nei confronti delle persone*, indipendentemente dalla cittadinanza come identificazione dell'appartenenza formale ad uno stato*»[92]. Berti sa bene che nella Costituzione vi sono diversi articoli «che sembrano invece favorire, con la garanzia di alcuni diritti, i cittadini rispetto a coloro

---

87 Sul punto si v. G. Tropea, *Homo sacer? cit.*, 846. Secondo l'A. «a Schmitt va anche ascritto il tentativo più rigoroso di costruire una teoria dello stato di eccezione. Come noto, il tema centrale torna ad essere la sovranità: «sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione (*Ausnahmezustand*)». L'idea è quella di collegare direttamente eccezione e sovranità, iscrivendo lo stato di eccezione in un contesto giuridico. Operazione potenzialmente paradossale, se non aporetica, perché ciò che deve essere iscritto nel diritto è qualcosa di essenzialmente esteriore ad esso».

88 C. Schmitt, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Leipzig, 1942, tr. it. Milano 2002, 73 ss.

89 Sul punto cfr. C. Bonvecchio, "Il Politico", in *Il Politico* vol. 51, 1, 1986, 149-150.

90 G. Fiengo, *La nuova frontiera dei diritti sociali e della cittadinanza europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 1029-1046.

91 G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, *Lezioni di diritto pubblico*, Padova 2001.

92 G. Berti, *Interpretazione cit.*, 377.

che tali non sono (stranieri, apolidi)». Ciò a maggior ragione, secondo l'Autore, mette in evidenza «un certo contrasto con l'art. 2 [della Costituzione] e la libertà generale da esso riconosciuta a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza»[93]. Berti osserva come il concetto di sovranità nazionale vada adeguatamente ridimensionato alla luce dell'affermarsi del «mondo del sovranazionale» e del «diritto universale» che, «quanto più si articola e si sfaccetta, tanto più deve appoggiarsi all'unità della persona (non quindi del cittadino)»[94].

Il diritto di cui sono portatori i migranti – vale a dire il diritto che, nella prospettiva bertiana appena richiamata, si radica nella dimensione normativa[95] della persona, nella natura extra-legale dei suoi diritti fondamentali – è una prima, significativa emersione di un *nomos* globale, a-territoriale, in movimento, la cui pretesa decisiva è di essere comune, indipendente dal confine degli ordinamenti, globale perché destinato ad essere riconosciuto da qualunque ordinamento locale[96].

Se davvero ciò si realizzasse, se davvero un *nomos* globale iniziasse ad essere riconosciuto e tutelato dagli stati, se davvero le tante vite dei nostri fratelli migranti che il mare ha inesorabilmente spezzato ci fossero da monito, allora, forse, potremmo pensare all'avvento di una nuova «*koinè* giuridica»[97].

---

93 G. Berti, *Interpretazione cit.*

94 G. Berti, *Interpretazione cit.*

95 Sul punto va richiamato il pensiero di G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova 1990, 46, secondo il quale «la norma che scaturisce dal processo normativo è fondamentalmente una proposta o un progetto ovvero una direttiva, la quale va però saggiata e resa effettiva, e se si vuole cogente, attraverso una serie infinita di confronti e di processi attuativi. E su quest'ultimo, U. Allegretti, *Il pensiero amministrativo di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Legalità e illegalità le due facce del pluralismo*, (a cura di G. Berti), nella rivista *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 2007, 71 ss.

96 L.R. Perfetti, *La legalità cit.*, 408.

97 I. Del Vecchio, *"Koinè" costituzionale e cittadinanza europea. La lunga strada della tutela dei diritti in Europa*, in *Dir. soc.* 2015, 423 - 441, secondo cui la «koinè costituzionale europea» deve fondarsi sulla equilibrata tensione tra due principi, quello della omogeneità costituzionale e quello delle identità nazionali e sul legame a doppio filo che collega la tutela dei diritti fondamentali alla cittadinanza europea. Mentre il primo binomio valoriale, omogeneità costituzionale e identità nazionali, è esplicitato nei Trattati post-Lisbona, il collegamento tra la tutela dei diritti fondamentali e la cittadinanza europea è frutto della giurisprudenza della Corte di giustizia UE.