



NUOVE  
AUTONOMIE

RIVISTA QUADIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXII - Nuova serie  
N. 2-3/2013 (maggio-dicembre)

NUMERO MONOGRAFICO

Atti del Convegno Internazionale

**“DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE  
E DIRITTI DEI MIGRANTI”**

(Agrigento, 22-23 maggio 2013)

a cura di  
MARIA IMMORDINO e CRISTIANO CELONE





# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXII - Nuova serie  
N. 2-3/2013 (maggio-dicembre)

## INDICE

### INDIRIZZI DI SALUTO

- MARIA IMMORDINO, Presidente del Polo Universitario della Provincia di Agrigento 177
- MONS. FRANCESCO MONTENEGRO, Arcivescovo di Agrigento 181
- ANTONIO SCAGLIONE, Preside della Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università degli studi di Palermo 183

### DOTTRINA

- ANTONIO CARLOS WOLKMER  
*La etica intercultural como fundamento  
del derecho humano a migrar* 189
- MARIA IMMORDINO  
*La salute degli immigrati irregolari tra "certezza"  
del diritto e "incertezza" della sua effettività* 197
- ALBERTO ZITO  
*Beni primari, diritti sociali degli immigrati  
e ruolo delle pubbliche amministrazioni* 223

FABRIZIO FRACCHIA	<i>Integrazione, eguaglianza, solidarietà</i>	229
ESTEFÁNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA	<i>La protezione normativa dei rifugiati in America Latina ed in Brasile</i>	241
GIOVANNI FRANCESCO TUZZOLINO	<i>Lampedusa. Architetture per l'accoglienza</i>	261
ORNELLA SPATARO	<i>I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale</i>	269
CRISTIANO CELONE	<i>La "detenzione amministrativa" degli stranieri irregolari nell'ordinamento italiano e dell'Unione europea ed il diritto fondamentale di ogni persona alla libertà ed alla tutela giurisdizionale</i>	299
ROBERTA TERESA DI ROSA	<i>La tutela dei minori stranieri alla prova delle politiche migratorie</i>	335
LICIA SIRACUSA	<i>Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura</i>	365
ELISA CAVASINO	<i>Le trasformazioni del diritto d'asilo</i>	385
ALESSANDRO RICCOBONO	<i>Immigrazione e lavoro al tempo della crisi. Aspetti problematici e prospettive di riforma del quadro normativo</i>	401
ALESSANDRA SCIURBA	<i>Le violazioni dei diritti umani nel mercato del lavoro di cura prestato dalle donne migranti</i>	431

		173
GIUSEPPE PUMA	<i>Convenzione europea dei diritti dell'uomo e non-refoulement in mare</i>	451
ROSARIO PAPANIA	<i>La tutela giurisdizionale degli stranieri tra sistema dualistico, giurisdizione "piena" del giudice ordinario e tendenze migratorie dalla giurisdizione amministrativa</i>	475
LAURA VERDUCI	<i>La condizione esistenziale del migrante e la privazione della libertà personale</i>	505
VINCENZO CERULLI IRELLI	<i>Politica dell'immigrazione e tutela dei migranti (una disciplina positiva in corso di evoluzione)</i>	519



*Indirizzi  
di saluto*





Maria Immordino

Presidente del Polo Universitario della Provincia di Agrigento

Autorità, civili e militari, Delegato del Rettore, Colleghe e Colleghi provenienti dalle Università di Florianópolis e di Curitiba del Brasile, da altri Atenei italiani, dall'Università di Palermo, Cari studenti, Gentili ospiti, a tutti voi un cordiale benvenuto ed il più sentito grazie per una così gradita e numerosa presenza.

Un ringraziamento speciale desidero rivolgere a nome mio personale, del Consorzio e del Polo universitario di Agrigento al prof. Cristiano Celone per avere organizzato questo Convegno. Gratitudine che nasce dalla consapevolezza delle numerose difficoltà che ha dovuto affrontare nell'organizzazione dell'evento, considerato che la riduzione ormai endemica delle risorse finanziarie destinate all'Università rende un'impresa quasi titanica l'organizzazione di un evento culturale, soprattutto se di livello internazionale, come questo. Un grazie sentito, quindi, agli sponsor, l'Università di Palermo, il Polo universitario di Agrigento, che, assieme al Consorzio universitario, hanno finanziato e patrocinato l'evento, con la Caritas ed il FAI di Agrigento.

Il tema del convegno, "Diritto dell'immigrazione e diritti dei migranti", costituisce uno di quei temi "sensibili" che, per l'importanza che riveste nell'attuale panorama internazionale, nazionale e regionale, ha sempre sollecitato la riflessione anche da parte di noi giuristi, nella consapevolezza che la ricerca scientifica è destinata ad impoverirsi senza il confronto ed il raccordo con la società civile, le istituzioni, gli attori della vita culturale, imprenditoriale e professionale, su temi che, come questo dell'immigrazione, coinvolgono in pieno il territorio in cui operiamo.

La scelta del tema non è quindi casuale e non lo è nella misura in cui il Polo universitario di Agrigento ha assunto quale "missione" quella di essere "motore culturale" e "produttivo" del territorio, capace di rispondere non soltanto alla domanda di alta formazione, integrandola con la ricerca scientifica, ma anche di assecondare quelle istanze di sviluppo sociale, economico e culturale della comunità agrigentina.

I consistenti flussi migratori oggi in atto, coinvolgono, in modo massiccio, non solo Lampedusa e Linosa, sempre alla ribalta per l'emergenza sbarchi, ma anche Agrigento ed i Comuni della Provincia, chiamando tutte le istituzioni, politiche, reli-



giose, militari, culturali, a confrontarsi con il fenomeno dell'immigrazione. Un fenomeno che, se da un lato ci porta ad interrogarci sulla tenuta ed effettività degli attuali strumenti di garanzia dei diritti degli immigrati, dall'altro ci costringe a ripensare la nostra identità di "cittadini" e prima ancora di "uomini e donne". Come "uomini e donne" e non meri "numeri" sono i migranti, dei cui diritti e doveri siamo chiamati oggi a discutere, in relazione alla legislazione, nazionale e internazionale, che li riguarda. In questo senso, del resto, milita l'elevazione della "dignità umana", a valore "supercostituzionale" (A. RUGGERI – A. SPADARO) dell'ordinamento "multilivello" (A. LOLLO), snodo del sistema costituzionale dei diritti nell'Unione europea (P. COSTANZO) e dell'ordito della nostra Costituzione che, ispirata a logiche "inclusive del diverso", pone al centro dell'attenzione la "persona". L'universalismo dei diritti viene così a radicarsi direttamente nella persona e nella sua dignità.

La Corte costituzionale, del resto, ha da tempo chiarito che i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2) sono diritti riconosciuti a "tutti", indipendentemente, cioè, dal loro "status", e che, nonostante l'art. 3 riferisca ai soli "cittadini" il principio di eguaglianza, "tutti", quindi anche gli stranieri irregolari, possono invocarlo "quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali", (sentt. nn. 120/1967, 11/1968, 252/2001), se non altro in forza del 2° comma, che vieta discriminazioni, con conseguente lesione del valore della dignità, fondate sulla razza, la lingua, la religione, con conseguente sottoposizione ad un rigoroso scrutinio di ragionevolezza di quelle scelte legislative volte ad introdurre differenze di trattamento fra cittadini e non cittadini.

Anche se la piena uguaglianza, mentre con riguardo ai diritti sociali, è garantita limitatamente al contenuto essenziale, ovvero a quel "nucleo irriducibile", o "duro", di salvaguardia dei diritti fondamentali, quali sono i diritti sociali, posti a garanzia di beni primari (come la salute), nucleo, la determinazione dei cui confini è di massimo rilievo, considerato che dalla stessa dipende l'effettività della salvaguardia di tali diritti. Con riguardo ai diritti politici, invece, nonostante le aperture a livello locale e regionale, perfettamente in linea con quelle disposizioni del T. U. sull'immigrazione (art. 2, co. 4), del TUEL (art. 8, co. 5) e della Convenzione di Strasburgo, che riconoscono allo straniero il diritto di partecipazione alla vita pubblica in ambito locale, il loro esercizio è ancora saldamente ancorato al possesso della cittadinanza legale. Diversamente, va detto, da quanto avviene per i diritti sociali, il cui godimento è slegato dalla nozione classica di cittadinanza in senso stretto, ed ancorato, secondo quella logica "inclusiva" del diverso che anima la nostra Costituzione e parte della legislazione, sia statale che regionale, al principio personalista e al principio solidarista, nelle cui declinazioni le persone, in quanto tali, sono "portatori del valore generale e non frazionabile della dignità umana e sociale" (A. PATRONI GRIFFI).

L'introduzione, inoltre, con il Protocollo n. 12, allegato alla CEDU, di un generale principio di non discriminazione nel contesto della Convenzione, oltre che

rappresentare un parametro di legittimità rispetto ad ogni norma nazionale, può stimolare un processo di “rigenerazione” in senso “inclusivo” della nostra Costituzione, già “di per sé ricca di norme a vocazione inclusiva” (A. Lollo), come prima ricordavo, con conseguente attivazione di un generale processo di diffusione dei diritti, e in particolare dei diritti sociali degli immigrati, anche se irregolari.

Certo siamo tutti consapevoli del fatto che in un momento di grave crisi economico/finanziaria, quale quello attuale, con una disoccupazione, soprattutto giovanile, che ha raggiunto in Italia ed in Sicilia livelli altissimi, il rischio concreto è che l’immigrato, indipendentemente dal suo status, venga visto come l’“intruso”, se non il “nemico”, da cui difendersi perché sottrae opportunità lavorative, o concorre con gli autoctoni all’accesso a quei diritti “a prestazione”, quali sono i diritti sociali, il cui godimento è sempre più condizionato da esigenze di bilancio e, dunque, dalla tendenza, che si manifesta a tutti i livelli di governo, al contenimento della spesa pubblica. Da qui le resistenze, spesso rozze, che sta incontrando quella proposta di civiltà, e cioè il riconoscimento del diritto allo ius soli dei bambini figli di immigrati, nati e cresciuti nel nostro Paese, che il ministro Kyenge ha posto all’attenzione di un Parlamento e di un’opinione pubblica per lo più recalcitrante.

Ciò nondimeno il quadro che emerge, per usare una felice espressione di Zito, “dai piani alti dell’ordinamento giuridico”, mi sembra foriero di un, sia pur moderato, atteggiamento fiducioso, almeno per quanto concerne l’accesso ad alcune prestazioni sociali da parte degli immigrati, indipendentemente dal loro status.

Resta, in ogni caso, la preoccupazione per gli effetti negativi che l’esigenza di rispettare il vincolo di pareggio di bilancio, ormai costituzionalizzato, con conseguente contenimento della spesa pubblica, possa avere sulla garanzia dei diritti sociali e, tra essi, del diritto alla salute. Non è escluso infatti il rischio che, nell’attuale momento di crisi, venga data un’interpretazione restrittiva di quel nucleo “essenziale” che, nell’ambito dei diritti sociali, va, comunque, garantito, come sempre più spesso ribadisce la nostra Corte costituzionale.

Le relazioni che seguono chiariranno i molteplici e complessi problemi che il tema oggetto del convegno pone al dibattito giuridico.

Prima di chiudere vorrei ringraziare a nome mio personale e dell’Istituzione che rappresento, l’Arcivescovo di Agrigento, sua Eccellenza, Monsignor Francesco Montenegro, che per un impegno istituzionale, legato al suo incarico di Presidente della Commissione Episcopale per le Migrazioni e della Fondazione Migrantes, non ha potuto assistere, come era suo desiderio, a queste giornate di studio, inviando ai partecipanti un messaggio che proietta l’importanza dei nostri lavori oltre il ristretto ambito della speculazione giuridica ed in genere scientifica.

Di seguito se ne riporta il testo integrale.



Mons. Francesco Montenegro  
Arcivescovo di Agrigento

Gent.ma Prof.ssa, stimatissimi Relatori e Partecipanti al Convegno odierno, è con profonda soddisfazione che ho appreso la notizia dell'organizzazione di questa lodevole iniziativa alla quale mi dispiace vivamente di non poter prendere parte personalmente. Benché impegni istituzionali in precedenza fissati, infatti, mi impediscano di unirmi fisicamente ai Vostri lavori, ho voluto comunque farmi presente rivolgendovi questo breve, ma sentito, indirizzo di saluto.

Il tema scelto per il Convegno odierno, "Diritto dell'immigrazione e Diritti dei migranti", sollecita una profonda riflessione sul rapporto che deve naturalmente legare il diritto positivo che disciplina le immigrazioni nel nostro territorio e i diritti che vanno indubbiamente riconosciuti all'uomo migrante.

Una constatazione da fare è che il dibattito politico in merito è assai acceso, ma non di rado, strumentalizzato. Quale rapporto deve legare il Diritto dell'immigrazione e i Diritti dei migranti? È domanda interessante e inderogabile, anche perché le norme dello Stato spesso sono emanate in forza di ragioni di sicurezza. E l'immigrazione non è solo problema di sicurezza.

Le relazioni che saranno proposte dagli illustri Relatori, che si susseguiranno nel corso delle diverse sessioni di lavoro, toccheranno temi di grandissimo risalto. Si parlerà del ruolo delle Pubbliche Amministrazioni nella tutela dei diritti sociali degli immigrati, ma anche del ruolo ambiguo del diritto dell'immigrazione, fra tutela e discriminazioni; si affronterà il delicato tema del lavoro dei migranti e, particolarmente, delle donne migranti, così presenti e importanti nella cura dei nostri anziani e dei nostri bambini.

Sono argomenti tutti attuali ed estremamente coinvolgenti e sono certo che le riflessioni che saranno condivise potranno contribuire a segnare nuovi percorsi di integrazione e accoglienza responsabile.

Mentre mi compiaccio per l'iniziativa e confidando di poter ricevere i testi delle relazioni che saranno proposte, auspico che il Polo Universitario di Agrigento possa continuare ad offrire nuove e numerose proposte formative analoghe a questa odierna.

A Lei, gent.ma Presidente, e a tutti porgo i miei più cordiali saluti assieme all'augurio di un proficuo lavoro.





Antonio Scaglione  
Preside della Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di Palermo

Prendo la parola per rivolgere alle autorità civili e militari, ai magistrati, ai docenti, agli avvocati, agli studenti e a tutti i presenti, i miei più cordiali saluti anche a nome del Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Palermo, prof. Roberto Lagalla, che, per pregressi impegni istituzionali, non è potuto intervenire.

Rivolgo un particolare plauso alla collega Maria Immordino, Presidente del Polo Universitario della Provincia di Agrigento e ordinario di Diritto amministrativo nella nostra Facoltà, ed a Cristiano Celone, ricercatore di Diritto amministrativo e docente del Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza nella sede di Agrigento, per avere organizzato, di concerto con altre istituzioni, il presente Convegno internazionale sul Diritto dell'immigrazione, e, soprattutto, sulla tutela dei diritti umani dei migranti.

Le drammatiche immagini di questi giorni hanno ancora una volta, riportato all'attenzione dell'opinione pubblica la tragedia dell'immigrazione: infatti, soprattutto partendo dall'Africa, migliaia di migranti continuano ad attraversare il Mediterraneo alla ricerca di protezione e di opportunità nella speranza di costruire un futuro più umano e dignitoso.

Dobbiamo allora domandarci: la disperazione dei migranti, che spessissimo perdono la vita nell'attraversare i nostri mari, è un evento che ci riguarda? Ovvero, per mantenere segreta la nostra impotenza o il nostro senso di colpa, consideriamo questa tragedia umana come una catastrofe naturale?

Sicuramente il problema dell'immigrazione non può essere risolto a livello di legislazione interna degli Stati interessati, né utilizzando in prevalenza lo strumento penalistico. Sono invece necessari sia l'impegno corale da parte dell'Unione europea, sia la realizzazione di accordi di cooperazione tra gli Stati europei e i Paesi africani per determinare nuove opportunità di vita dignitosa per le loro popolazioni.

Al tempo stesso, l'opinione pubblica europea deve sempre mobilitarsi per ostacolare i sentimenti di paura, di xenofobia e di allarme sociale che si determinano nelle popolazioni degli Stati, come il nostro, investiti dal fenomeno migratorio.



Affrontando ora brevemente il tema sotto il profilo del nostro diritto interno, la disciplina dell'immigrazione e le norme sulla condizione dello straniero sono contenute, come è noto, nel Testo unico 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni e integrazioni, la cui applicazione riguarda i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi che si trovano nel territorio italiano.

Questa normativa costituisce attuazione dell'art. 10, comma 2, della nostra Costituzione, il quale stabilisce che la «condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

È innegabile, quindi, che ciascuno Stato ha la libertà e il dovere di definire i requisiti di accesso e di permanenza nel proprio territorio dei migranti, così come di vietarne l'ingresso. L'esercizio di questo potere sovrano è però giuridicamente limitato dai Trattati e dalle Convenzioni internazionali e, soprattutto, da quelli che proclamano i diritti inviolabili dell'uomo.

Ed ancora, come ha osservato la nostra Corte costituzionale, la normativa in materia di immigrazione clandestina deve necessariamente tenere conto che questo fenomeno costituisce «un grave problema, sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica, né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che vedere con il fenomeno dell'immigrazione» (Corte cost., 2 febbraio 2007, n. 22).

Al riguardo, si deve però rilevare che esiste uno stretto collegamento tra la disciplina dell'immigrazione irregolare e il fenomeno italiano della legislazione dell'emergenza, con la quale il nostro legislatore, dall'avvento dello Stato unitario ai nostri giorni, ha voluto affrontare fenomeni, talora veri talora presunti, di grave allarme sociale, per trasmettere ai cittadini un maggiore senso di “sicurezza sociale”.

È stata, infatti, sempre diffusa l'opinione che il contrasto alla criminalità e la tutela della sicurezza pubblica richiedano necessariamente interventi legislativi emergenziali.

Ed invero, sulla disciplina dell'immigrazione hanno profondamente inciso i cosiddetti pacchetti sicurezza del biennio 2008-2009, accentuandone in modo rilevante i già presenti contenuti repressivi: il decreto legge 23 maggio 2008 n. 92, conv. nella l. 24 luglio 2008, n. 125, e la legge 15 luglio 2009 n. 94, contenente disposizioni «in materia di sicurezza pubblica»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un primo commento, v. AA. VV., *Pacchetto sicurezza*, a cura di E. Randazzo, Milano, 2009; AA. VV., *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d. l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino, 2009; AA. VV., *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009, L. 15 luglio 2009 n. 94 e d. l. 23 febbraio 2009 n. 11, conv. con modif. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G. L. Gatta, Milano, 2009; AA. VV., *Pacchetto sicurezza 2009. Guida alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Bologna, 2009; P. SCOGNAMILGIO, *Il nuovo pacchetto sicurezza. Commento alla L. 15 luglio 2009, n. 94*, Napoli, 2009.

Questi provvedimenti legislativi, che si ricollegano anche al d. l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. nella legge 23 aprile 2009, n. 38, in materia di «sicurezza pubblica» e di contrasto alla «violenza sessuale» e agli «atti persecutori»<sup>2</sup>, hanno inciso, in modo rilevante, non solo sul Testo unico in materia di immigrazione, ma anche sul codice penale e su quello di procedura penale, sull'ordinamento penitenziario, sulla normativa in materia di misure di prevenzione, sulla responsabilità amministrativa degli enti e sul diritto amministrativo in senso proprio, ponendo complessi problemi di interpretazione e di coordinamento, e confermando la difficoltà per l'interprete di ricondurre a sistema i nuovi "frammenti" normativi.

Le modifiche introdotte al Testo unico in materia di immigrazione si connotano, peraltro, per un eccessivo e, talora, irragionevole indirizzo repressivo nei confronti dell'immigrazione, dando così vita nei confronti degli immigrati clandestini a un diritto penale speciale, simbolico, esemplare ed emotivo, nonché all'utilizzazione impropria del processo penale come uno strumento di contrasto ai fenomeni emergenziali, veri o presunti che siano.

In questo contesto, merita però un giudizio ampiamente positivo e piena condivisione, la sentenza n. 249 del 2010, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 3 e 25, comma 2, Cost., della cosiddetta aggravante di clandestinità di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c. p., secondo cui era aggravato qualsiasi reato commesso da un immigrato clandestino.

In particolare, «la *ratio* sostanziale posta a base della norma censurata» - come la Consulta ha affermato - era «una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si rifletteva sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale».

Continua invece a suscitare critiche, perplessità e dubbi di legittimità costituzionale il nuovo reato contravvenzionale di ingresso illegale nel territorio dello Stato (art. 10-*bis*, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286). In tal modo, è stata criminalizzata l'immigrazione clandestina dello straniero extracomunitario, mentre, prima della riforma, era penalmente rilevante solo il reingresso nel territorio dello Stato del soggetto destinatario di un provvedimento di espulsione o già espulso.

Questa nuova fattispecie penale era stata ritenuta da alcuni giudici remittenti in contrasto con la Costituzione, ma la Corte costituzionale, con la sentenza n. 250 del 2010, ha rigettato tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate, affermando che il controllo giuridico dell'immigrazione ha come logico corollario la configurazione come illecito penale della violazione di quelle regole attraverso le quali si realizza il controllo stesso.

---

<sup>2</sup>V. AA. VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d. l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n.94)*, cit.; AA. VV., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit.; AA. VV., *Commenti al d. l. 23 febbraio 2009 n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009 n. 38*, in *Guida dir.*, 2009, n. 19, p. 16 ss.

La nuova fattispecie penale, comunque, ha avuto un'applicazione limitata, non uniforme nel territorio nazionale e si è rivelata priva di qualsiasi efficacia deterrente. Per questi motivi, deve essere condivisa la recente dichiarazione del neo Ministro dell'Integrazione secondo cui «il reato di immigrazione clandestina va abolito»<sup>3</sup>.

Rilevanti perplessità e criticità presenta anche la disciplina dei Centri di identificazione e espulsione, nei quali lo straniero, che deve essere espulso o respinto, può essere trattenuto finché le cause ostative all'esecuzione del provvedimento siano venute meno.

Infatti, risulta problematica la compatibilità di questa normativa con l'art. 13 della Costituzione, in quanto si determina una sostanziale detenzione degli immigrati senza l'osservanza di tutte le garanzie riconosciute ad ogni persona nel momento in cui subisce una limitazione della sua libertà personale.

Sotto questo profilo, sono pertanto pienamente condivisibili le ulteriori dichiarazioni sempre del neo Ministro dell'integrazione secondo cui «occorre rivedere la struttura dei centri di identificazione ed espulsione e lo stato di emergenza». A sua volta, il precedente Ministro per l'integrazione, Andrea Riccardi, ha aggiunto: «I Centri di identificazione vanno ripensati, relegandoli ad una logica di *extrema ratio*»<sup>4</sup>.

Ho sicuramente superato i tempi previsti per un indirizzo di saluto, e vi ringrazio per la vostra cortese attenzione.

---

<sup>3</sup> In *la Repubblica*, 6 maggio 2013, p.10.

<sup>4</sup> In *la Repubblica*, 6 maggio 2013, p. 11.

*Dottrina*



## La ética intercultural como fundamento del derecho humano a migrar\*

di Antonio Carlos Wolkmer

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Repensar la evolución de los derechos humanos desde una perspectiva descolonizadora. - 3. Los derechos humanos como fundamento del derecho a migrar.

### 1. *Introducción*

Primeramente, es importante reconocer la relevancia de este Seminario Internacional sobre “Derecho de la inmigración y Derechos de los migrantes”, el cual tiene como objetivo propiciar una discusión oportuna y sensible sobre el tema de las migraciones, sobre sus desafíos, sus límites y desarrollos actuales; posibilitando así la búsqueda de nuevas formas para alcanzar un compromiso más auténtico y democrático con las minorías.

Justamente, cuando se examina de manera crítica la historicidad de los derechos en su trayectoria tradicional y formalista, particularmente en el ámbito de los valores y prácticas de la modernidad occidental hegemónica, se evidencia la necesidad de realizar un esfuerzo por reconocer y evidenciar de manera expresa un historia interpretativa acerca de los Derechos Humanos que es diferente a la tradicional: una sobre los derechos provenientes de los marginados, de los agraviados y de aquellos a quienes se les ha negado la justicia; derechos, que gracias a una práctica legitimadora y liberadora, se transforman entonces en fundamento del derecho a migrar.

Antes pasar a discutir sobre los Derechos Humanos de las minorías migratorias y sobre un Derecho a migrar con dignidad, es necesario cuestionar y deconstruir una determinada visión convencional - discursiva y práctica - acerca de los Derechos Humanos, pues ésta no satisface plenamente las expectativas y las demandas de los nuevos sujetos subalternos y de los movimientos colectivos minoritarios.

---

\* Traducción del italiano al español por Lidia P. Castillo Amaya, Doctora en Derecho Público por la Universidad de Bari e investigadora en la Universidad Francisco Gavidia de El Salvador.

Se trata, pues, de un intento por recuperar una historicidad distinta y transgresora que no coincide con las versiones discursivas oficiales; de una contribución creada por múltiples luchas de las víctimas por sus derechos, llevadas a cabo ya sea en espacios globales, locales o periféricos, o en condiciones generadas por el hambre, la inseguridad, la supervivencia, o incluso determinadas por conflictos armados, guerras, cataclismos ambientales y desastres naturales.

Para realizar esta lectura *descolonizada* de los Derechos Humanos, que ofrezca una base para el Derecho fundamental a migrar, es preciso seguir un recorrido crítico y comprometido en favor de las luchas de resistencia y de las prácticas sociales de las diversas colectividades minoritarias migratorias.

Primeramente, debemos iniciar cuestionando la tradición hegemónica del derecho producido y expresado a través del formalismo de los grandes códigos, de las doctrinas generales consagradas y de la autoridad de los juristas letrados. Una vez estén dadas las bases para la deconstrucción de la cultura eurocéntrica colonizadora, hay que inclinarse hacia la camino de los derechos a partir de la sociedad, es decir “de abajo al arriba”, de los derechos que están siendo negados, de los derechos como expresión de procesos de resistencia en favor de la dignidad humana. Dignidad humana, no como noción idealizada o abstracta, sino como la establece Joaquín Herrera Flores: como un “fin material”. Ciertamente, este es un “objetivo que se concretiza con el acceso igualitario y generalizado de los bienes que hacen que la vida sea ‘digna’ de ser vivida”<sup>1</sup>.

De esta forma, se privilegia una historia comprometida con aquellos inmigrantes y refugiados que luchan por trasladarse de un lugar a otro, mientras sufren injusticia, violencia y exclusión social, sea por razones económicas, políticas, étnicas, o a causa de conflictos climáticos y desastres naturales.

Para lograr este reordenamiento metodológico y esta reconstrucción de contenido epistemológico se deben tener en cuenta las siguientes fases:

a) Re-elaborar los conceptos teóricos sobre los derechos humanos para entenderlos como derechos construidos a partir de la praxis y como procesos de luchas y conquistas.

b) Construir un pensamiento crítico y liberador que sirva como instrumento de ruptura con las condiciones de colonización y marginalidad que niegan a ciertas minorías el derecho a migrar.

## 2. *Repensar la evolución de los derechos humanos desde una perspectiva descolonizadora*

Es en el escenario de la llamada Modernidad Occidental donde se proyectan los procesos de luchas sociales de las minorías colectivas que buscan el recono-

---

<sup>1</sup>J. HERRERA FLORES, *A (Re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 37.

cimiento de sus derechos a una vida digna, y a ser respetados en su cultura, su diversidad y su identidad.

Por tanto, se hace necesario iniciar nuestra tarea poniendo en evidencia que la historia tradicional de los Derechos Humanos, en cuanto exaltación de la persona humana como individuo, debe su conformación “a la cultura burguesa y liberal” del Occidente europeo de los siglos XVII y XVIII. Este reconocimiento de los Derechos individuales, centrado en la construcción de un sujeto de derecho, no considera, sin embargo, el hecho de que los principios de los Derechos del hombre surgieron realmente a partir de las luchas por los derechos de los pueblos indígenas del siglo XV, con autores como Bartolomé de las Casas y Antonio de Montesinos, y a partir de los debates los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, entre ellos Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Domingo de Soto<sup>2</sup>.

Por consiguiente, estos Derechos Humanos, acuñados principalmente por la tradición francesa de los Derechos del Hombre, son en realidad la máxima expresión de una filosofía individualista que alcanzó positividad y difusión con las primeras cartas declarativas, como la del Estado de Virginia (1776) que fue luego incorporado en la Constitución de los Estados Unidos en 1787, y la francesa sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Es entonces, dentro del contexto histórico de la cultura occidental moderna, que se crea la categoría de un sujeto racional con capacidad para ostentar derechos; derechos éstos positivados y engendrados por circunstancias y valores específicos, tales como la aparición del sistema de producción capitalista, la formación de los Estados-Nación, así como las crecientes demandas políticas de los nuevos segmentos sociales (la burguesía) por afirmar la libertad, igualdad y seguridad, y la defensa del derecho natural a la propiedad privada.

De hecho, estas famosas y clásicas declaraciones, que proyectaban a los Derechos como generales y universales para todos los hombres (los hombres son libres e iguales<sup>3</sup>), representaban los intereses y los privilegios de los grupos sociales económicamente ascendentes que buscaban instrumentos de protección para el libre mercado y la garantía de su propiedad privada. Detrás de estas declaraciones de Derechos solemnes, generales y humanistas, se ocultaban discursivamente conceptos estrechos, abstractos y contradictorios. Se trataba de Derechos idealizados y contruidos a la medida de *un hombre burgués, racional e individualista*. Pero dicha afirmación, de que todos los hombres serían libres e iguales, no se aplicaba a los sujetos subalternos de las colonias de América Latina, África y Asia. La inconcreción y la inaccesibilidad a esos nacientes Derechos del Hombre se vieron reflejadas en la inexistencia de regulación jurídica de la situación de los negros que permanecieron

---

<sup>2</sup>Sobre este aspecto, cfr. A. ROSILLO MARTÍNEZ, *Los Inicios de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos*, San Luis Potosí, 2011; M. BEUCHOT, *Los fundamentos de los Derechos Humanos en Bartolomé de las Casas*, México, 1994.

esclavizados en los Estados Unidos y en Francia, donde, además, se mantenía a las mujeres en condiciones de inferioridad. No sólo se les negaban los derechos de género, sino el reconocimiento mismo de los derechos de libertad y autodeterminación de los afro-descendientes victoriosos en Haití a partir de 1804<sup>3</sup>.

En alusión a este contexto, Bragato puntualiza que “tanto en las Declaraciones Americanas, como en la Declaración Francesa, el prototipo de la naturaleza humana no era solamente masculino, sino también blanco y occidental, ya que solamente los seres humanos con estas características cabían dentro de la idea de racionalidad. Los otros - las mujeres, los extranjeros, los colonizados, los negros - eran excluidos de la humanidad, debido a que su nivel de racionalidad era considerado inferior respecto a los portadores de aquellos atributos capaces de incluir a un ser dentro de la categoría de humanidad”<sup>4</sup>.

De esta manera nace la visión hegemónica eurocéntrica como proyecto nacional y global, que busca justificar oficialmente, y por todos los medios posibles, el genocidio de la población amerindias, el concomitante rechazo de los islámicos y los judíos de Portugal y España a finales del siglo XV, y la violenta subyugación de los afro-descendientes a la esclavitud en el Caribe y en América del Sur<sup>5</sup>.

Lo anterior, nos permite comprender, según Mignolo y Bragato, toda una concepción de cultura, de la sociedad y de los valores fundados sobre la premisa de que este modelo idealizado de humanidad no se asienta más en un orden natural creado por Dios, sino sobre una visión secularizada y racional de los hombres blancos, cristianos, europeos y propietarios. Ciertamente, dentro de esta visión del mundo, tal como la interpretan Mignolo y Bragato, la estructura jerárquica será deferida y construida por aquel que “detenta el poder de decidir el modelo y el lugar en el que alguien pueda encontrarse (...) con ello, el modelo europeo y remanente de humanidad se volvió hegemónico, por lo que los indios y los africanos fueron considerados seres humanos de segunda clase, y ello sólo cuando se les otorgaba el privilegio de ser considerados seres humanos”<sup>6</sup>. De cualquier forma, determinados seres humanos, como los esclavos, los aborígenes, los no bautizados, las mujeres y los inmigrantes marginados, seguían sin tener los mismos derechos; entendiéndose con ello que “no eran seres humanos integrales”<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Cf. F. BRAGATO, *Pessoa Humana e Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988 a partir da Perspectiva Pós-Colonial*, São Leopoldo, 2009, p. 76-77. Acerca de la tradición francesa de los derechos del hombre, cf. M. VILLEY, *Le Droit et Les Droits de L'Homme*, París, 1998.

<sup>4</sup> F. BRAGATO, *Pessoa Humana e Direitos Humanos* cit., p. 92.

<sup>5</sup> F. BRAGATO, *Pessoa Humana e Direitos Humanos* cit.. Cf. también W. MIGNOLO, *La Idea de América Latina*, Barcelona, 2007, p. 15-25; E. DUSSEL, *1492: O Encobrimento do Outro. A Origem do Mito da Modernidade*, Petrópolis, 1993.

<sup>6</sup> F. BRAGATO, *Pessoa Humana e Direitos Humanos* cit., p. 93; W. MIGNOLO, *La Idea* cit..

<sup>7</sup> F. BRAGATO, *Pessoa Humana e Direitos Humanos* cit., p. 95; R. PANIKKAR, *Seria a noção de Direitos Humanos uma Conceção Ocidental?* en C. Baldi (comp.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*, Rio de Janeiro, 2004, p. 227.

A partir de lo anterior, es posible comprender la tradición retórica dualista: “civilización y barbarie” u “Occidente y Oriente”, la cual ha sido sostenida y conservada por los intérpretes académicos tanto de los países del “centro” como de aquellos periféricos.

Como consecuencia, se ha difundido un discurso y una práctica de los derechos generados por determinadas y específicas condiciones de la cultura europea occidental, derechos marcados por ciertos atributos y proyectados como propios de toda la humanidad. Sin embargo, la historia contemporánea ha demostrado que por el contrario los valores expresados por estos derechos representan, con predilección, un determinado modelo de vida idealizado para el hombre occidental, que le es negado al *Otro* no europeo y no cristiano, es decir, a aquellos calificados como bárbaros. Entiéndase por bárbaros, a los musulmanes de las Cruzadas, los pueblos indígenas de las Américas, los negros esclavizados traídos de África, las minorías étnicas dentro de los Estados Nacionales, los *subalternos* y excluidos de Asia y, más recientemente, a los trabajadores inmigrantes y sus familias<sup>8</sup>.

De ahí la razón de ser de las críticas de autores como Karl Marx en relación con estas concepciones de derechos consagrados en las “clásicas” Declaraciones de Derechos de la cultura burguesa, liberal e iluminista. Marx pone de manifiesto su posición en el libro “La Cuestión Judía”, en el cual realiza una crítica los Derechos Humanos contenidos en las Declaraciones burguesas del siglo XVIII, por considerarlos derechos de matriz abstracta, individualista y universal. Estos derechos son negativos, propios “del hombre egoísta, del hombre separado de la sociedad”<sup>9</sup>.

La crítica de Marx contribuye, no sólo a repensar “las deformaciones formalistas del derecho moderno de tradición liberal-individualista y la falta de autenticidad de la llamada doctrina burguesa de los derechos humanos, abstractos y universales”<sup>10</sup>, sino también, a proponer una concepción histórica e intercultural de derechos que sean producto de las luchas de los marginados y de las minorías oprimidas, y que resulten de procesos que promuevan prácticas y dinámicas sociales que aseguren la vida humana en dignidad<sup>11</sup>.

Se trata de redefinir los Derechos Humanos, sin confundirlos necesariamente con los derechos estatales positivados, de manera que se vuelvan derechos *críticos, contextualizados y emancipadores*. Derechos que sean interpretados desde una perspectiva integral, local e intercultural. En síntesis, la idea es llevar al espacio de

---

<sup>8</sup> F. BRAGATO, *Pessoa Humana e Direitos Humanos* cit., p. 97. Cf. L. ZEA, *Discurso desde la Marginación y la Barbarie*, México, 1998.

<sup>9</sup> K. MARX, *A Questão Judaica*, São Paulo, s.f., p. 41; A. C. WOLKMER, *Síntese de uma História das Ideias Jurídicas: da Antiguidade clássica à Modernidade*, Florianópolis, 2008, p. 215.

<sup>10</sup> A. C. WOLKMER, *Síntese* cit., p. 220.

<sup>11</sup> J. HERRERA FLORES, *A (Re)invenção* cit., p. 37, p. 75 e p. 116.

las luchas históricas por la diversidad y la pluralidad, los fundamentos del diálogo y de la praxis intercultural, dentro del marco de una nueva concepción de los Derechos Humanos.

Sólo a partir de esta reinterpretación de los Derechos Humanos es que será posible relacionar y reconocer el Derecho a migrar como un Derecho Humano fundamental.

### 3. *Los derechos humanos como fundamento del derecho a migrar*

La cuestión de la movilidad humana y el problema del aumento de los desplazamientos de los movimientos migratorios asumen relevancia en tiempos actuales de globalización, de crisis económica, de cambio climático y desastres naturales.

Dentro de la realidad contemporánea, un número creciente de personas emigran, en palabras de Claudio Bolzman, hacia “otros Estados porque consideran que sus derechos humanos no son respetados en su Estado de origen. La inmigración es, pues, en muchos casos, un medio para escapar de la pobreza, la exclusión y la violencia. Es uno de los intentos posibles por salir de una situación percibida como de bloqueo o peligrosa en su propia sociedad. La inmigración es entonces una apuesta hacia el futuro, es la búsqueda de mejores condiciones de vida con mayor seguridad y libertad; en definitiva, es el deseo de vivir en una forma concreta los Derechos Humanos fundamentales”<sup>12</sup>.

En cualquier discusión acerca de personas extranjeras y las colectividades migratorias se vuelve esencial tocar la cuestión de sus derechos básicos (salud, vivienda, seguridad y trabajo) y culturales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su art. 13, reconoce que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.” (§ 1), e incluso “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.” (§ 2)<sup>13</sup>. No obstante, estos principios sean proclamados universales, en la práctica internacional no se respetan, mucho menos se reconocen verdaderamente los Derechos Humanos de los inmigrantes.

La internacionalización de los derechos humanos, de sus garantías y su reconocimiento general y efectivo, son, según Solanes Corella, “totalmente incompatibles con las políticas sobre extranjería e inmigración, las cuales reducen tales derechos a su mínima expresión, o, inclusive, en el caso de los inmigrantes irre-

---

<sup>12</sup>C. BOLZMAN, *Políticas de Inmigración, Derechos Humanos y Ciudadanía a la Hora de la Globalización: una Tipología*, en E. Martín Días y S. De La Obra Sierra (comp), *Repensando la ciudadanía*, Sevilla, 1998, p. 210. Cf. también M. CARBONELL, *Derecho a Migrar*, México, s.f. p. 59-68.

<sup>13</sup>H. POOLE (comp.), *Direitos Humanos: referências essenciais*, São Paulo, 2007, p. 389; A. TRUYOL Y SERRA, *Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*, Madrid, 1977, p. 65.

gulares, hacen de su negación un principio. Se insiste en colocar al inmigrante extranjero en una posición inferior sin considerar que se trata de una situación anómala que no debe perpetuarse”<sup>14</sup>.

Ciertamente, hay que comprometerse con la lucha por la realización de una concepción de Derecho que incluya al “inmigrante como persona humana (...), para garantizarle el disfrute de iguales derechos que los demás miembros de la comunidad.” Por lo tanto, para conseguir una propuesta auténtica de Derechos Humanos centrados en la diversidad cultural del *otro*, es “necesario comenzar por el establecimiento de un pacto que incluya a los inmigrantes. Un pacto basado en un sistema de derechos y deberes recíprocos (...)”<sup>15</sup>. Este compromiso debe ser equitativo – caso se incluya a los ciudadanos nacionales – para evitar que los extranjeros sean penalizados por otorgárseles muy pocos derechos y demasiados deberes.

Aunque migrar sea un Derecho Humano reconocido a toda persona, no sólo se debe prestar atención a la baja eficacia que éste derecho pueda tener dentro del escenario del derecho internacional, sino también internamente, es decir, dentro del contexto de la propia teoría constitucional contemporánea, dentro de la cual el derecho a migrar ha sido descuidado y relegado a una posición marginal<sup>16</sup>.

Más allá de ser un derecho humano fundado en la libre voluntad y la dignidad de la persona, el derecho a migrar encuentra justificación principalmente en las necesidades humanitarias, y adquiere sentido en la medida en que las migraciones son, en gran parte, producidas por acciones de sobrevivencia, relacionadas con el hambre, el trabajo, la salud, la seguridad, la guerra y los desequilibrios ecológicos<sup>17</sup>.

Por ello, la reflexión contemporánea intercultural sobre la temática de las migraciones consiente la manifestación de resistencias a esos discursos dominantes que sostienen que la coyuntura actual, representada por la migración y por el contacto entre culturas, existe y se desarrolla sin mayores problemas sociales. Contra esta posición dominante, Herrera Flores advierte que “debemos reconocer, en primer lugar, el papel benéfico que, en todas las épocas históricas, han representado las migraciones, las mezclas, y los mestizajes; y segundo lugar, hacer llegar a la opinión pública las ventajas laborales, fiscales y culturales que la inmigración nos proporciona a todos”<sup>18</sup>.

Naturalmente, el derecho a migrar es un Derecho Humano que se basa en la dignidad humana en cuanto conquista de las justas necesidades. Considerar el

---

<sup>14</sup> A. SOLANES CORELLA, *Inmigración y Derechos Humanos*, en *Mediterráneo Económico 1. Procesos Migratorios, Economía y Personas*, Valencia, s.f, p. 117.

<sup>15</sup> A. SOLANES CORELLA, *Inmigración* cit., p. 118.

<sup>16</sup> CIOAMO, *Ciudadanos Oaxaqueños en Movimiento. El Derecho a Migrar*, México, 2011, p. 1.

<sup>17</sup> CIOAMO, *Ciudadanos* cit..

<sup>18</sup> J. HERRERA FLORES, *A (Re)invenção* cit., p. 166-168.

derecho a migrar como un Derecho Humano fundamental, implica, ante todo, redefinir crítica y democráticamente los Derechos Humanos como espacios de resistencia, como encuentros de las interacciones culturales y como procesos de lucha por instituir el reconocimiento de la igualdad.

Se vuelve especialmente importante dentro de la presente discusión acerca del fundamento del derecho a migrar, hacer referencia obligatoria a los “Derechos Humanos” en su dimensión intercultural y liberadora. Ciertamente, debemos reconceptualizar y reinterpretar los Derechos Humanos, tal como lo enseñaba Joaquín Herrera Flores, es decir, entenderlos no únicamente como declaraciones textuales, sino como espacios de lucha, y desde una perspectiva crítica, contextualizada, compleja e intercultural<sup>19</sup>. Esta propuesta se basa en el reconocimiento de la diferencia, la pluralidad y la identidad cultural, lo que implica una reducción de las desigualdades, una más amplia inclusión social y mejor manutención de vida.

Por último, una concepción redefinida de los Derechos Humanos aplicados al Derecho a Migrar y a las garantías los derechos de los inmigrantes, consiente una apertura al uso pedagógico los principios del pluralismo y la interculturalidad. Como consecuencia, hay que operacionalizar una nueva visión pluralista de las fuentes jurídicas (insurgencia normativa comunitaria) y, fundamentalmente, buscar un diálogo intercultural a nivel ético-teórico, que se dirija al campo de la práctica social, y en el que el espacio privilegiado de reconocimiento e interacción pasa necesariamente por una educación cultural liberadora.

## INTERCULTURAL ETHICS AS THE FOUNDATION OF THE HUMAN RIGHT TO MIGRATE

by Antonio Carlos Wolkmer

### Abstract

The paper proposes to reflect on a redefinition of the Human Rights concept from a decolonized and intercultural perspective. This re-conceptualization should entail a new methodological rearrangement and an epistemological renovation of their content. It also suggests that, in order to meet the expectations and demands of new subaltern subjects and collective migration movements, the path of Human Rights evolution should be revisited from a critical, emancipatory and contextualized viewpoint. If understood in terms of resistance struggles and social practices of minority groups, fundamental human rights should offer a new ethical foundation for the theoretical development of the right to migrate.

<sup>19</sup> J. HERRERA FLORES, *A (Re)invenção* cit., p. 65, p. 163, p. 166 y p. 169. Cf. también J. HERRERA FLORES, *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 2009, p. 182 y ss.

## La salute degli immigrati irregolari tra “certezza” del diritto e “incertezza” della sua effettività

di Maria Immordino

SOMMARIO: 1. Il diritto alla salute dei non cittadini nella morsa della crisi economico-finanziaria. - 2. Lo statuto costituzionale dei diritti dello straniero: dalla cittadinanza legale alla cittadinanza sociale. - 3. Il diritto alla salute degli immigrati tra legislazione e giurisprudenza costituzionale. Il “nucleo duro” del diritto alla salute e le incertezze sulla delimitazione dei suoi confini. - 4. L’incertezza sull’effettività del diritto alla salute nella società “multiculturale”.

... e si prese cura di Lui

(Lc 10, 25-37)\*

### 1. *Il diritto alla salute dei non cittadini nella morsa della crisi economico-finanziaria*

Quello della garanzia del diritto alla salute degli immigrati, indipendentemente dal loro *status*, non è certo un tema nuovo o sconosciuto al dibattito giuridico. Ciò nondimeno oggi - in presenza di nuove massicce ondate di immigrazione - trae nuova ed ulteriore linfa dal fatto che la sua tutela, o almeno quel certo grado di tutela che può consentire di parlare “di un diritto preso sul serio”<sup>1</sup> in una società multiculturale, deve in ogni caso fare i conti oltre che con l’attuale gravissima crisi economico-finanziaria, che ha portato alla luce lo scarto esistente tra bisogni e risorse disponibili, anche con i vincoli discendenti dal principio del pareggio di bilancio, recentemente costituzionalizzato<sup>2</sup>, in seguito agli impegni assunti dall’Italia con la firma del “*Fiscal Compact*”, soggetto alla verifica da parte della Corte di giustizia dell’Unione europea.

È opinione infatti comune che tale principio, il quale non consente scelte di politica di spesa pubblica tali da aggravare l’attuale situazione debitoria, non

---

\* Dalla icona del Buon Samaritano, su cui le lucide riflessioni dell’Arcivescovo Metropolita di Agrigento, Francesco Montenegro, nella Lettera Pastorale per l’anno 2013-2014.

<sup>1</sup> R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, MA, 1977.

<sup>2</sup> L. cost. n. 1 del 2012.

possa non incidere sulla tutela dei diritti sociali e, dunque, del diritto alla salute. Il rischio che si è paventato è che il principio del pareggio di bilancio possa rappresentare una “china scivolosa”<sup>3</sup> per i diritti sociali che, in quanto diritti a “prestazione”<sup>4</sup>, più degli altri diritti<sup>5</sup>, pongono, in primo luogo, il problema dei costi economici. E che, proprio il maggior costo che un diritto come quello alla salute comporta, potrebbe incidere sia sulle operazioni di bilanciamento della Corte costituzionale, sia sulle future scelte politiche che potrebbero privilegiare, più che nel passato, il criterio dell’appartenenza<sup>6</sup>. La Corte, già dagli anni Novanta del secolo scorso, nel pieno del dibattito sui diritti “costosi”, parla di diritti sociali come “diritti finanziariamente condizionati”<sup>7</sup>, nel senso che la loro tutela avviene nel rispetto delle compatibilità di bilancio ed è, pertanto, subordinata alla sussistenza di risorse finanziarie proporzionate al bisogno. Risorse che oggi sono decisamente limitate. Tanto da indurre autorevole dottrina ad affermare che “il fondamento dei diritti sociali non è più ... nella carta costituzionale ... ma nelle risorse disponibili”<sup>8</sup>. Sicché, si è detto, le future decisioni in campo sociale non potranno che essere precedute da una “seria” analisi di impatto economico del diritto<sup>9</sup>.

Oltre che “finanziariamente”, i diritti sociali sono condizionati, quanto alla loro effettività, dall’esistenza di una organizzazione erogatrice della prestazione oggetto del diritto stesso. Il concreto esercizio del diritto alla salute, garantito dalla Costituzione quanto al *se*, è, detto in altri termini, condizionato dalla predisposizione di apposite strutture e servizi, in assenza dei quali il riconoscimento del diritto rimarrebbe sulla carta<sup>10</sup>. I diritti sociali, sul piano strutturale, rientrano nella “classe” dei “diritti aspettativa”, consistenti, a differenza dei diritti di libertà, in aspettative positive, che comportano in capo ai pubblici poteri obbligazioni di prestazione<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> A. RAUTI, *La “giustizia sociale” presa sul serio. Prime riflessioni*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011.

<sup>4</sup> G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755.

<sup>5</sup> Tutti i diritti infatti costano, se non altro perché di essi deve comunque essere assicurata la tutelabilità in giudizio (Corte cost., sent. n. 26/1999).

<sup>6</sup> A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, in *www.giurcost.org*, 2012.

<sup>7</sup> Corte cost., sent. 445/1990. Su questa giurisprudenza e sulla successiva evoluzione, in termini generali, C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2013.

<sup>8</sup> A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti ed i doveri costituzionali degli stranieri*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2011, 16.

<sup>9</sup> A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *www.rivistaaic.it*, 2011.

<sup>10</sup> C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino 2000, 12 ss.; P. GRIMAUDO, *Lo Stato sociale e la tutela dei diritti quesiti alla luce della crisi economica globale: il caso italiano*, in *www.federalismi.it*, 2013.

<sup>11</sup> Laddove i diritti di libertà, consistenti in aspettative negative, comportano da parte dei pubblici poteri “divieti di interferenza”, in questo senso: M. LUCIANI, *Diritti sociali e diritti di libertà nella*

Non meno rilevante, ai fini della tutela del diritto alla salute degli immigrati privi di un regolare permesso di soggiorno, è quella “filosofia”, affermata principalmente con i Governi di centro-destra, costruita sull’ancoraggio del concetto di “sicurezza” alla nozione liberale di “pubblica sicurezza”, nell’accezione tradizionale di mantenimento dell’ordine pubblico, con la conseguenza di ridurre lo straniero irregolare a mera questione di ordine pubblico, in contrasto con quella tendenza, emersa ormai da tempo in altri settori, quale quello del governo del territorio<sup>12</sup>, che, sia a livello europeo che nazionale, configura la “sicurezza” come condizione per il godimento dei diritti fondamentali, collegandola in questo modo alla “dignità umana”.

Si tratta, con tutta evidenza, di elementi che comportano la “incertezza” della sua effettività, nonostante il riconoscimento “certo” che gli è stato tributato di diritto fondamentale e inviolabile, che richiede una completa ed esaustiva protezione<sup>13</sup>.

I diritti sociali, e tra essi il diritto alla salute, sono diritti inviolabili e, tuttavia, tale inviolabilità sembra non possa prescindere dal problema dei loro costi e, non va trascurato, dalla disponibilità della collettività a contribuirvi<sup>14</sup>. Anzi, in dottrina si è sottolineato come la sostenibilità delle politiche sociali sia essa stessa funzionale ad “una prospettiva di effettività dell’invioabilità” che necessita di “traduzioni realistiche e sostenibili”<sup>15</sup>. Il che ha portato inevitabilmente a parlare - a fronte anche della grave crisi europea e del fallimento delle terapie anticrisi dell’“Eurozona” - di un “declassamento” del primato attribuito dalle costituzioni nazionali e, dunque, anche dalla nostra, ai diritti sociali e, tra questi, al diritto alla salute, nonché di una forma di “de-fondamentalizzazione” di questi diritti<sup>16</sup>. Ed a sottolineare la possibilità che il rispetto degli obblighi europei in materia di stabilità finanziaria possa rendere più complesso per la Corte costituzionale sindacare le scelte del legislatore in materia utilizzando la categoria giuridica del “contenuto minimo irriducibile” del diritto alla salute dell’individuo<sup>17</sup>.

Del resto, è soprattutto la spesa per la tutela della salute ad essere oggi sul banco degli imputati, ritenendosi infatti che sia stato proprio il massiccio impiego in tale settore di risorse pubbliche, spesso senza controlli seri, ad avere determi-

---

*tradizione del costituzionalismo*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 90 ss.

<sup>12</sup> A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, 2013.

<sup>13</sup> Corte cost., sent. n. 992 del 1989.

<sup>14</sup> S. HOLMES – C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Bologna, 2000, 25.

<sup>15</sup> L. CALIFANO, *Relazione di sintesi al XXVIII convegno dell’AIC: in tema di crisi economica e diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2013.

<sup>16</sup> G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, cit.

<sup>17</sup> E. CAVASINO, *Quale modello costituzionale di diritto alla salute?*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2012; ID., *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012.

nato la crescita esponenziale del debito pubblico. Sicché non deve meravigliare se gli interventi di riduzione della spesa pubblica, vale a dire i “tagli”, hanno interessato in primo luogo la salute e l’assistenza sociale. Proprio questi settori, unitamente alla cultura ed alla ricerca, sono stati infatti gli ambiti sui quali si è abbattuta la scure della decurtazione delle risorse.

Inevitabile, allora, l’osservazione di chi ritiene che parlare oggi di tutela dei diritti sociali e, in particolare, dei diritti sociali degli immigrati irregolari, e prospettarne addirittura un innalzamento, possa apparire “avulso dalla realtà”<sup>18</sup>. Ciò, anche a fronte delle già ricordate scelte politiche, volte chiaramente ad un ridimensionamento di tali diritti - pur solennemente riconosciuti ed affermati - nel loro effettivo esercizio e godimento.

Scelte che, come accennato, da un lato, rispondono all’esigenza del rispetto dei vincoli di pareggio del bilancio, e dall’altro costituiscono una risposta ai cittadini che percepiscono ormai l’immigrazione come “*public risk*”<sup>19</sup>, che come tale va regolato<sup>20</sup>, sicché l’immigrato illegale è il “forestiero” kafkiano che inutilmente bussa alla porta del “Castello”, ma di cui si ignorano gli intenti e che per questo si teme. Da qui la diffidenza che ha portato a considerare l’immigrato irregolare un soggetto penalmente perseguibile, una questione di ordine pubblico, o, al massimo, un soggetto che rileva nella sua dimensione di “utilità economica”, legata al suo lavoro.

Indicazioni in tal senso si colgono dai bilanci pubblici approvati negli ultimi anni, “divenuti” il “terminale di riferimento per selezionare l’accesso ai diritti sociali e definire i contenuti positivi”<sup>21</sup>.

In dottrina, del resto, si è sottolineata la tendenza a livello europeo, alla quale non è sfuggita neppure l’Italia, della legislazione sociale e sanitaria a selezionare l’accesso ed a ridurre al minimo essenziale i servizi offerti agli immigrati, ed in particolare ai c.d. irregolari. Tendenza nella quale si è intravisto una “forma surrettizia” di controllo dell’immigrazione, nel senso, cioè, che la riduzione dell’offerta dei servizi sociali dovrebbe costituire un deterrente all’arrivo di nuovi

<sup>18</sup> A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale “dimezzato”?* in *Consulta online*, 2012.

<sup>19</sup> G. BOUNDS, *Challenges to designing regulatory policy frameworks to manage risks*, in *Risk and regulatory policy. Improving the governance of risk*, OECD Review of regulatory reform, 2010, 15 ss.

<sup>20</sup> Sul “*risk regulation*” in materia di immigrazione, A. CANEPA, *Regolazione del rischio e immigrazione. Il ruolo dell’informazione nella gestione delle emergenze*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2012. Per i profili generali, M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli 2010; per la funzione precauzionale dei rischi, D. PESENDORFER, *Risk regulation and precaution*, in D. Levi - Faur, *Handbook on the politics of regulation*, Edward Elgar, 2011, 283 ss. Sull’influenza che sulla percezione del rischio immigrazione può avere l’informazione diffusa dai media, G. MAJONE, *Strategic issues in risk regulation and risk management*, in *Risk and regulatory policy*, cit., 96 ss.

<sup>21</sup> G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, cit.

immigrati, se non un espediente per indurre quelli già presenti ad abbandonare il paese<sup>22</sup>.

Vero è che la crisi europea ha non soltanto portato alla ribalta l’incapacità dell’Europa di promuovere e sostenere, all’interno dei Paesi membri, politiche di tutela della salute degli immigrati, egualitarie ed omogenee (F. SEVERINO), ma ha fatto altresì emergere i nodi irrisolti del rapporto tra costituzione economica e costituzione sociale e, per certi versi, il fallimento dell’idea di un nuovo “universalismo” dei diritti patrocinato dall’Europa. Il fallimento delle strategie messe in atto per combattere la crisi della finanza pubblica ha portato, in altri termini, a ritenere i diritti sociali, anche se fondamentali, l’area su cui operare il riassetto dei bilanci imposto ai Paesi europei<sup>23</sup>.

Eppure, se guardiamo ai massicci processi migratori in atto dai Paesi africani verso l’Italia, alle consistenti modifiche nella composizione demografica della maggior parte delle regioni e degli enti locali, con i conseguenti riflessi sulla natura e le specifiche problematiche di salute, non è “utopistico” parlare di promozione dei diritti sociali e, in particolare, del diritto alla salute degli immigrati irregolari, in una prospettiva volta alla loro effettiva integrazione. A parte qualsivoglia considerazione di carattere generale che muova dal valore della solidarietà e dell’uguaglianza, se infatti, come proclama l’art. 32, Cost., la salute è anche un bene della collettività, allora non può non tenersi in debito conto il fatto che qualunque restrizione nella tutela del diritto alla salute dell’individuo, in questo caso dell’immigrato irregolare, dovuta ad esigenze di natura economica, può inevitabilmente produrre effetti rischiosi sulla collettività, il cui “interesse” alla salute è altrettanto costituzionalmente garantito.

Del resto, la Corte costituzionale, come si vedrà meglio di seguito, pur riconoscendo che i diritti a prestazione sono diritti finanziariamente condizionati, è granitica nell’affermazione secondo cui i “costi” non possono comunque legittimare trattamenti discriminatori nell’accesso al godimento dei diritti fondamentali, poiché ciò comporterebbe una lesione della “dignità umana”, valore non “negoziabile” e, dunque non bilanciabile<sup>24</sup>, alla cui difesa i diritti sociali sono in origine funzionalizzati. In particolare, facendo leva sulla categoria giuridica del “nucleo duro”, il Giudice delle leggi ha individuato quel “contenuto minimo” del

<sup>22</sup> F. OLIVERI, *Il diritto alla salute dei migranti alla luce della CEDU*, in *www.europeanrights.eu*, 2008, il quale, giustamente, rileva come il risultato è invece, molto più spesso, la precarizzazione delle condizioni di vita, il diffondersi delle malattie, l’abbassamento del costo del lavoro immigrato, la diffusione di forme di razzismo, la crescita delle disuguaglianze, tra cittadini e non, tra stranieri regolari e non.

<sup>23</sup> G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali*, cit., 2.

<sup>24</sup> G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 85 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale, (prime notazioni)*, *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

diritto alla salute che non tollera lesioni in nome delle esigenze di bilancio, escludendone pertanto il bilanciamento con istanze economico-finanziarie<sup>25</sup>.

Sotteso a questa giurisprudenza è quel valore solidaristico che costituisce il vero “*Leitmotiv*” della nostra Costituzione<sup>26</sup>, lo strumento cardine di quel progetto costituzionale di “integrazione sociale”, il cui fine è la garanzia di un “minimo di livello di omogeneità nella compagine sociale, ancorché pluralista e frammentata”<sup>27</sup>. La stessa legislazione, soprattutto, regionale, su cui si è espressa questa giurisprudenza, muove da queste finalità solidaristiche, consacrate dall’art. 2, Cost., il quale a garanzia dei “diritti inviolabili” riconosciuti all’“uomo” pone il valore della “solidarietà” e prevede i relativi “doveri inderogabili”. Un valore, questo della solidarietà, finalizzato dalla disposizione costituzionale al perseguimento del “bene comune”, sicché deve comprendere i comportamenti che ogni soggetto singolo o associato, in forza del vincolo di doverosità, pone in essere per la realizzazione di tale bene<sup>28</sup>.

Non meno rilevante, del resto, è in questa giurisprudenza il richiamo costante al principio di uguaglianza, inteso non più nell’accezione liberale di mera uguaglianza di fronte alla legge, ma come principio finalizzato, nonostante l’art. 3 lo riferisca ai “cittadini”, alla realizzazione della “pari dignità sociale” di “tutti”, compresi gli stranieri presenti nel nostro territorio, indipendentemente dal loro *status*. Ed è proprio la “pari dignità” che si configura come ponte tra i diritti inviolabili di cui all’art. 2 e l’uguaglianza, per cui ogni persona ha uguale dignità di uomo<sup>29</sup>.

## 2. *Lo statuto costituzionale dei diritti dello straniero: dalla cittadinanza legale alla cittadinanza sociale*

La disciplina dei diritti dello straniero in Costituzione è veramente minimale. Al di fuori, infatti, dell’art. 10, commi 2 e 3 - che si occupano rispettivamente della condizione giuridica dello straniero in conformità alle norme internazionali e della disciplina del diritto di asilo - non è dato trovare riferimenti espressi alla condizione giuridica degli stranieri presenti nel nostro territorio.

E, tuttavia, se alle parole occorre dare il significato che è loro proprio, parole come “uomo”, “dignità umana”, “libertà”, “solidarietà”, “uguaglianza”, “inclusione”, “non discriminazione”, “universalità dei diritti”, “inviolabilità”, sono a loro

<sup>25</sup> Corte cost., tra le tante, sentt. n. 267/1998; n. 309/1999; n. 509/2000.

<sup>26</sup> P. BARILE, *Diritti fondamentali e garanzie costituzionali. Un’introduzione, Sudi in onore di L. Elia*, Milano 1999, 137; F. FRACCHIA, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, in questo volume.

<sup>27</sup> E. ROSSI, *Sub art. 2*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino, 2006, 55.

<sup>28</sup> E. ROSSI, *Sub art. 2*, cit., 57.

<sup>29</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, in “*Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*”, Jovene, Napoli, 2010.

volta espressioni del contenuto di quei principi e valori che della Carta costituzionale costituiscono la trama più profonda, caratterizzandola per la centralità riconosciuta alla “persona” e per l’elevazione della “dignità umana”, a valore fondante dell’ordinamento ed a “cardine del regime costituzionale dei diritti”<sup>30</sup>. Anche la Carta di Nizza, a testimonianza che la dimensione dei diritti fondamentali è ormai una dimensione “multilivello”, riconosce nella “dignità umana”, nella “solidarietà”, nell’ “uguaglianza” e nella “libertà” i valori fondanti dell’Unione europea, e ne pone la “persona” al centro della relativa azione.

La Costituzione fornisce, fin dall’art. 2, le coordinate entro le quali va collocata e letta la posizione giuridica del non cittadino, a cui è possibile ormai riconoscere un vero e proprio “statuto costituzionale” dei suoi diritti<sup>31</sup>. Non rilevando nella costruzione del catalogo di tali diritti il dato meramente testuale del riferimento in Costituzione al cittadino o a “tutti”<sup>32</sup>.

Prima di tutto c’è in Costituzione l’ “uomo” in carne ed ossa, l’umanità nel senso più concreto. L’art. 2 riferisce infatti all’ “uomo”, senza una qualifica specifica, i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce a “tutti”, senza distinzione fra cittadini e non cittadini, richiedendo i corrispondenti doveri di “solidarietà”; allo stesso modo l’art. 32, che configura il diritto alla salute come diritto fondamentale, lo riferisce non al cittadino, ma all’ “individuo”, il cui sinonimo è “uomo”, “persona”, ed alla “collettività”, categoria inclusiva della pluralità di “individui” che la compongono. Il nuovo art. 117 Cost., introdotto con la riforma costituzionale del 2001, alla lett. *m*) del comma 2, ha attribuito alla competenza esclusiva dello Stato la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni” (LEP) “concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, a garanzia del principio di uguaglianza e della realizzazione, oltre che di quelli civili, anche dei diritti sociali. Nella stessa prospettiva, il successivo comma 7, parte prima, contiene una disposizione che impegna le leggi regionali a rimuovere ogni ostacolo che impedisce la parità degli “uomini” e delle “donne” - indipendentemente, quindi, dallo *status civitatis* - nella vita sociale, culturale ed economica.

Non è, dunque, un caso se la Corte costituzionale<sup>33</sup> ha già da tempo chiarito che, nonostante l’art. 3, Cost. lo riferisca ai soli cittadini, “tutti”, e quindi anche gli stranieri, sia pure irregolari, possono invocare il principio di uguaglianza in ordine

<sup>30</sup> L’espressione è di P. COSTANZO (*Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in Aa.Vv., *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, 2006, 368 ss.) ed è riferita all’Unione europea, ma può ben riferirsi anche al nostro ordinamento.

<sup>31</sup> V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2009.

<sup>32</sup> A. PATRONI GRIFFI, *La cittadinanza sociale e il diritto alla salute degli stranieri: alcune considerazioni*, in *www.filodiritto.it*, 2010; G. CORSO, *Straniero, cittadino, uomo. Immigrazione ed immigrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2012.

<sup>33</sup> Tra le tante, sentt. n.120/1967; n. 104/69; n. 46/1977; n. 54/1979; n. 252/2001.

alla tutela dei diritti fondamentali e che, in quanto principio generale, esso “condiziona tutto l’ordinamento nella sua obiettiva struttura”. Ciò, se non altro, in forza del 1° comma, che vieta discriminazioni lesive della “persona” e della sua “dignità”, fondate sulla razza, la lingua, la religione, il sesso, le opinioni politiche, le condizioni sociali e personali. Ritorniamo così, ancora una volta, all’ “uomo”, in carne ed ossa, ed alla valenza positiva che, in una prospettiva “inclusiva”, viene nella Costituzione del ‘48 riconosciuta al “diverso umano”, alle differenze, di qualunque natura esse siano<sup>34</sup>.

Un’ulteriore spinta all’inclusione del diverso, che già costituisce un punto focale della nostra Carta costituzionale, viene, nell’attuale sistema *multilevel*, da alcune fonti europee. Il riferimento è, in particolare, alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, alla CEDU e al suo Protocollo n. 12, con il quale si è introdotto nel contesto della Convenzione un generale principio di “non discriminazione”<sup>35</sup>. L’auspicio è che tale principio possa offrire alla giurisprudenza Cedu un “grimaldello” per intervenire in modo decisivo nel processo di diffusione dei diritti sociali degli stranieri, consentendo di sanzionare tutte le discriminazioni registrate a livello nazionale nella scelta dei titolari dei diritti<sup>36</sup>.

Restano, in ogni caso, gli interrogativi non soltanto sugli effetti reali che sul diritto interno produrranno le citate norme a vocazione “inclusiva”, nonché il principio di non discriminazione, ma anche sul grado di condivisione di questa vocazione da parte della Costituzione e del Giudice delle leggi<sup>37</sup>, nonostante l’ottimismo di chi ritiene possibile, in principio, ogni innovazione costituzionale a finalità inclusiva ove diretta all’espansione dell’area coperta dai principi ed a rendere più intensa la tutela offerta ai diritti<sup>38</sup>.

Muovendo da questa prospettiva inclusiva, il Giudice delle leggi ha sottoposto ad un rigoroso scrutinio di ragionevolezza tutte quelle scelte legislative che, in contrasto con tali principi, pretendevano di introdurre differenze di trattamento fra cittadini e non cittadini. Scrutinio che ha spesso portato alla demolizione di tale legislazione<sup>39</sup>. Per la Corte infatti la distinzione legislativa tra cittadino e straniero è legittima soltanto nel caso in cui lo *status civitatis* costituisca la base per l’esercizio di diritti, quali sono quelli politici. Anche se è ormai realtà il riconoscimento agli stranieri, in possesso di quei requisiti che ne attestano l’effettiva integrazione nella comunità locale, del diritto di voto nelle elezioni regionali e locali<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, cit.

<sup>35</sup> E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu: un’occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D’Elia - G. Tiberi - M. V. Viviani Schlein (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandro Concaro*, Milano 2012, 137, ss.

<sup>36</sup> A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, cit.

<sup>37</sup> A. LOLLO, *op. ult. cit.* .

<sup>38</sup> A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti ed i doveri costituzionali degli stranieri*, cit.

<sup>39</sup> O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza costituzionale*, in questo volume.

<sup>40</sup> T. E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *ASTRID*, 2010.

Allorché l’ordinamento dispone prestazioni strumentali al soddisfacimento di beni primari, come la salute, tutelati da diritti sociali, entra, in altri termini, in gioco il rispetto della persona umana e della sua dignità, “valore generale e non frazionabile”, la cui “promozione” non tollera discriminazioni tra cittadini e non cittadini<sup>41</sup>.

Il principio personalista viene così a saldarsi a quello pluralista, e insieme vanno a costituire la base del concetto di “cittadinanza sociale”<sup>42</sup>, indifferente allo *status civitatis*.

Un concetto, questo di cittadinanza sociale, che nella prospettiva dell’ “integrazione” dell’immigrato nella collettività cui aspira ad essere incluso appare certamente più congeniale di quello “classico” di cittadinanza politica, in forza del quale l’appartenente ad un determinato Stato è titolare di un fascio consistente di diritti e doveri pubblici. Ritenendosi “discriminatorio”, a fronte di una Costituzione che il principio dell’uguaglianza rende chiaramente “inclusiva” di ogni forma di diversità, il requisito della cittadinanza quale criterio di selezione per l’accesso alle prestazioni di natura sociale, anche eccedenti l’essenziale<sup>43</sup>.

L’era del multiculturalismo, caratterizzata dalla presenza nello stesso ambito territoriale di diversità di culture, credenze e pratiche religiose, costumi, convenzioni sociali, che costituiscono il bagaglio che lo straniero porta con sé dal Paese d’origine, ha imposto un ripensamento, non soltanto, della nozione classica di cittadinanza, basata sul concetto di appartenenza e di identità, concetti che, per il fatto di presupporre un bagaglio culturale comune<sup>44</sup>, stentano a radicarsi nell’era della globalizzazione, ma anche della tradizionale nozione di comunità, da intendersi ormai in senso più ampio, come “comunità di diritti e doveri” che, “accoglie e accomuna tutti coloro che ... ricevono diritti e restituiscono doveri”, prescindendo dal vincolo di cittadinanza<sup>45</sup>.

In questa logica è pienamente condivisibile l’affermazione secondo cui “non sono più i soggetti, con il loro *status*, ad attrarre a sé certi diritti e doveri ma sono quest’ultimi ad attrarre a sé i soggetti sui quali si appuntano”<sup>46</sup>.

Le norme del c. d. “Pacchetto sicurezza” approvate nel 2009 hanno inciso, in generale, sullo statuto costituzionale dell’immigrato, sia regolare, con la intro-

<sup>41</sup> A. D’ALOIA – A. PATRONI GRIFFI, *La condizione giuridica dello straniero tra valori costituzionali e politiche pubbliche*, in *Riv. amm. Reg. Campania*, 1995, 254.

<sup>42</sup> T. H. MARSHALL, *Spirito di setta e società*, Milano 1976; Id., *Cittadinanza e classe sociale*, Torino 1976.

<sup>43</sup> F. BIONDI DAL MONTE, *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in *www.gruppodipisa.it*, 2012.

<sup>44</sup> B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei non “cittadini”. Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2009; C. SALAZAR, «Tutto scorre»: riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell’insegnamento di Eraclito, in *Pol. dir.*, 2001, 374, ss.

<sup>45</sup> A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, cit.

<sup>46</sup> A. RUGGERI, *Note introduttive*, cit.

duzione di previsioni volte ad ostacolarne l'integrazione attraverso l'esercizio di diritti fondamentali; sia irregolare, con la introduzione del reato di clandestinità e la inclusione nell'elenco delle circostanze aggravanti comuni dell'aver il colpevole commesso il reato mentre si trova nel territorio italiano illegalmente (art. 61, n. 11 *bis*, cod. pen.)<sup>47</sup>, in evidente contrasto con quel principio solidaristico che l'art. 2 Cost. pone alla base "della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente"<sup>48</sup>. C'è da ricordare, peraltro, che tali norme, per quanto concerne il diritto alla salute e all'accesso all'assistenza sanitaria degli immigrati irregolari, non hanno portato sostanziali modificazioni.

3. *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari tra legislazione e giurisprudenza costituzionale. Il "nucleo duro" del diritto alla salute e le incertezze sulla delimitazione dei suoi confini*

La Costituzione ed i principi e valori che la informano orientano, si è detto già, la legislazione statale e regionale in materia di diritti sociali e, segnatamente, di diritto alla salute degli stranieri. Legislazione che distingue la posizione dello straniero extracomunitario con regolare permesso di soggiorno, dallo straniero che ne è privo.

Una distinzione importante della quale occorre tenere conto è quella, ormai radicatasi nella giurisprudenza e nella dottrina, tra politica dell'immigrazione, finalizzata a disciplinare le condizioni per l'ingresso e il soggiorno dello straniero extracomunitario in territorio italiano, e politiche per gli immigrati, concernenti l'accesso ai servizi sociali, anche degli immigrati irregolari, e misure dirette, più in generale, ad agevolare l'integrazione degli stranieri regolari.

Il nuovo art. 117 cost. attribuisce (lett. b) alla potestà legislativa esclusiva dello Stato oltre alla materia "diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea" (lett. a), la materia "immigrazione" (lett. b). Contestualmente, per quanto ci riguarda, configura come materia di legislazione concorrente la tutela della salute e, non essendo nominata, come materia di legislazione residuale, l'assistenza sociale.

Viene così riservata al Governo centrale la politica dell'immigrazione, alle Regioni le politiche per gli immigrati, agli enti locali la competenza circa l'erogazione e la gestione dei servizi sociali.

La Corte costituzionale è stata fin da subito chiamata a dirimere le controversie tra lo Stato e le Regioni, ritenendo il primo, sull'erroneo presupposto dell'assorbimento nella propria competenza esclusiva di ogni altro profilo di disciplina della materia, invasive della stessa quelle norme contenute in leggi regionali in

<sup>47</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, cit. Su queste disposizioni la Corte costituzionale si è pronunciata determinandone l'annullamento, sentt. n. 249/2010; n. 331/2011.

<sup>48</sup> Corte cost., sent. n. 75 del 1992.

tema di assistenza e tutela della salute che, in una prospettiva di integrazione sociale e di accoglienza degli immigrati, prevedono forme di assistenza socio-sanitaria, anche per gli immigrati irregolari.

Diversamente, secondo il Giudice delle leggi, già il TU del 1998 disciplina il fenomeno migratorio e i conseguenti effetti sociali, prevedendo che le relative funzioni vengano svolte dallo Stato in stretta collaborazione con le Regioni (art. 2 *bis*, comma 2; art. 3, commi 1 e 6) e ciò secondo criteri che tengano “ragionevolmente” conto della circostanza che l’intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell’ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma deve ineluttabilmente valutare altri ambiti – dall’assistenza sociale all’istruzione, dalla salute all’abitazione – che coinvolgono competenze normative, alcune attribuite allo Stato ed altre alle Regioni<sup>49</sup>. La Corte ha così riconosciuto alle Regioni, sulla scia di quanto previsto dal TU, un ruolo cruciale nel processo di integrazione sociale degli immigrati presenti nel loro territorio, attraverso l’esercizio delle loro competenze relative a diritti a carattere prestazionale<sup>50</sup>.

Prima della legge Napolitano-Turco del 1998, che in materia segna una svolta decisiva, dell’accesso alle cure e all’assistenza sanitaria dello straniero si occupavano disposizioni sparse in vari testi legislativi. Con la legge n. 40/1998 il diritto a ricevere prestazioni sanitarie, sia pure con alcuni limiti, è stato esteso anche agli immigrati irregolari, mentre, nel contempo, considerevoli funzioni in materia di assistenza socio/sanitaria agli immigrati sono state attribuite alle Regioni.

Il T.U. delle disposizioni sulla disciplina dell’immigrazione, successivo di pochi mesi (n. 286/1998) e in cui è confluita la cit. legge n. 40, si muove chiaramente in direzione di forme tendenzialmente “inclusive” dello straniero, anche se irregolare, nel sistema sanitario italiano, istituito dalla legge 833/1978. Sistema che, è noto, è improntato al principio di “universalità” dei destinatari e “completezza” delle prestazioni sanitarie, in attuazione delle disposizioni costituzionali, di cui agli articoli 32, 2 e 3, interpretate sistematicamente. Anche se tale “universalità” e “completezza” non è ormai più sostenibile, come più volte sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, anche di recente, scontrandosi con l’attuale limitatezza delle risorse finanziarie che “annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario”<sup>51</sup>, pur rimanendo, in ogni caso, salvo quel “nucleo essenziale”

<sup>49</sup> Corte cost., sentt. n. 50, n. 300 e n. 156, rispettivamente del 2008, del 2005 e del 2006, quest’ultima commentata da D. STRAZZARI, in *Le Regioni*, 2006, 1038 ss.

<sup>50</sup> D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari*, cit., il quale rileva come, riconducendo al TU la competenza regionale, la Corte riconoscesse anche una parallela abilitazione statale, rimanendo tuttavia dubbio il titolo di tale intervento nell’ipotesi in cui il diritto prestazionale in questione ricadesse in materie rientranti nella competenza residuale regionale, quale l’assistenza sociale.

<sup>51</sup> Corte cost., sent. n.248/2011.

del diritto alla salute, riconosciuto anche agli immigrati irregolari, che non può subire limitazioni, in nome delle esigenze di bilancio, tali da ledere l'ambito inviolabile della dignità umana<sup>52</sup>.

L'art. 2, del T U, intitolato ai "Diritti e doveri dello straniero", distingue tra stranieri regolari (ai quali riconosce i diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano) e stranieri "comunque presenti alla frontiera o nel territorio dello Stato", quindi anche privi di regolare permesso di ingresso e soggiorno, ai quali riconosce i diritti fondamentali della persona umana e, dunque, anche il diritto alla salute, che è diritto fondamentale ed inviolabile. Coerentemente, il successivo art. 43, elenca, vietandoli, quei comportamenti che, direttamente o indirettamente, comportano nei confronti dei "cittadini stranieri", discriminazioni basate sulla razza, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, il colore, le pratiche religiose, con lo scopo di distruggere o compromettere il godimento o l'esercizio in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, sociale e culturale. "Cittadini stranieri", dunque, senza alcuna specificazione circa il loro *status* giuridico, sicché la disposizione riguarda anche gli stranieri irregolari, come sembra, del resto, emergere dal 3° comma dello stesso articolo che, con riferimento all'ambito di applicazione soggettiva, indica anche gli "apolidi" che il precedente art. 1, comma 1, include nella categoria degli stranieri extracomunitari.

L'art. 34 del TU detta la disciplina dell'iscrizione, obbligatoria o facoltativa, al servizio sanitario nazionale degli stranieri in regola, che vengono così a trovarsi in una situazione di "parità di trattamento e di piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini". Agli stranieri irregolari, il successivo art. 35 (comma 3) riconosce il diritto "alle cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio", nonché l'accesso ai programmi di medicina preventiva<sup>53</sup>, senza oneri a carico dei beneficiari delle prestazioni, se privi di risorse economiche sufficienti, tranne le quote di partecipazione alle spese che spettano parimenti ai cittadini italiani.

L'enunciato è molto ampio e viene esplicitato in un elenco che indica le prestazioni garantite anche allo straniero non in regola con il permesso di ingresso e soggiorno, in quanto costituiscono quel "nucleo essenziale" e incompressibile di cure medico-sanitarie che l'art. 32 Cost., garantisce con il massimo di cogenza<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Tra le più recenti, Corte cost. sentt. nn. 269 e 299 del 2010; n. 61 del 2011.

<sup>53</sup> La circolare ministeriale n. 5 del marzo 2000, ha chiarito il significato dei termini "urgenti", "essenziali e continuative", ritenendosi, rispettivamente, *urgenti* «le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute delle persone»; *essenziali* le «prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine», ciò nondimeno, potrebbero in futuro comportare rischi per la salute o la vita; *continuative*, atte, cioè, ad «assicurare all'infermo il ciclo terapeutico e riabilitativo completo» rispetto alla possibile risoluzione della malattia.

<sup>54</sup> Corte cost., sent. n. 309 del 1999.

Trattasi di quelle legate alla tutela della maternità e della gravidanza, compresa l'interruzione volontaria della gravidanza, alla tutela della salute del minore, alle vaccinazioni autorizzate dalle regioni nell'ambito di campagne di prevenzione collettiva, agli interventi di profilassi internazionale, per indicarne alcune. La formulazione è, inoltre, meramente esemplificativa e non tassativa<sup>55</sup>, e sia nella pratica amministrativa che nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità e del Giudice delle leggi, è stata intesa in modo estensivo. Secondo la Corte costituzionale, infatti, pur nel silenzio della legge, il riconoscimento di questo “nucleo duro” del diritto alla salute, garantito anche agli stranieri, indipendentemente dal loro *status*, implica in sé il divieto di espulsione dello straniero irregolare che deve portare a termine trattamenti terapeutici essenziali<sup>56</sup>.

Il diritto allo salute dello straniero irregolare è inoltre ulteriormente garantito dalla previsione, contenuta nel comma 5 del cit. art. 35, che fa divieto ai medici di segnalare all'autorità competente lo straniero irregolare che abbia accesso alle strutture sanitarie. Disposizione che, osserva il Giudice delle leggi, “conferma il *favor* per la salute della persona che connota tutta la disciplina” (anche con l'introduzione del codice STP), allo scopo di “evitare che, dalla situazione di irregolarità nel territorio dello Stato, derivi un ostacolo all'erogazione delle prestazioni terapeutiche di cui all'art. 35, comma 3”<sup>57</sup>.

L'attuazione del “nucleo” irriducibile del diritto alla salute è rimessa alla discrezionalità del legislatore che, nell'esercizio della propria potestà, deve dettarne una disciplina che ne garantisca le condizioni organizzative, giuridiche ed economiche per il suo effettivo esercizio. In quest'ottica il divieto di segnalazione dello straniero irregolare costituisce una delle condizioni individuate dal legislatore del TU, al fine di garantire l'attuazione del nucleo essenziale del diritto alla salute degli stranieri irregolari, divieto senza il quale, infatti, tutta la costruzione garantista di cui all'art. 35 TU sarebbe destinata a perdere effettività<sup>58</sup>.

La stessa legge Bossi - Fini del 2002 (n. 189), pur muovendosi in un'ottica securitaria, per quanto riguarda il riconoscimento allo stesso del diritto alla salute e all'assistenza sanitaria non si discosta dal TU sull'immigrazione. E, lo ricordavo prima, anche le norme del c. d. “Pacchetto sicurezza” del 2009 che, in evidente contrasto con i principi posti dalla Costituzione, hanno, da un lato, reso più difficile l'integrazione sociale dello straniero regolare, ostacolandone il ricorso ad istituti - quali il ricongiungimento familiare, il matrimonio, i diritti anagrafici - connessi a diritti fondamentali, e dall'altro rafforzato il diritto penale nella di-

<sup>55</sup> A. PATRONI GRIFFI, *La cittadinanza sociale e il diritto alla salute degli stranieri*, cit.

<sup>56</sup> Sent. n. 252 del 2001, cit.

<sup>57</sup> Sent. 252/2001, cit.

<sup>58</sup> S. PENASA, *Diritto alla salute, diritto di tutti? Riflessioni a prima lettura sulle possibili innovazioni legislative in materia di accesso alle cure degli stranieri irregolari*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009.

sciplina di contrasto dell'immigrazione irregolare, ciononostante hanno lasciato inalterato per questi aspetti il quadro precedente.

Una tendenza più restrittiva si riscontra, invece, nella legislazione promossa dall'ultimo Governo di centro-destra, finalizzata a fare "terra bruciata" intorno agli immigrati irregolari, disconoscendo loro il diritto a quelle prestazioni sociali considerate fondamentali<sup>59</sup>. Basti pensare al tentativo, per fortuna non riuscito, portato avanti nel 2009, in occasione del dibattito sul c.d. pacchetto sicurezza, di abrogazione del cit. comma 5, dell'art. 35 del TU, che contiene il divieto di segnalazione dell'immigrato clandestino che accede alle prestazioni sanitarie.

Iniziative, quest'ultime, palesemente in contrasto con lo statuto costituzionale del diritto all'assistenza sanitaria i cui cardini, oltre che negli articoli 2 e 3 cost., si rinvencono nell'art. 32, che riconosce "all'individuo" e, dunque, anche allo straniero irregolare, il diritto alla salute quale diritto fondamentale e inviolabile che spetta "ai singoli, non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani"<sup>60</sup>. Ed in contrasto anche con quell' "interesse della collettività" al bene salute, anch'esso tutelato dall'art. 32, Cost. Come si era infatti sottolineato, sia da parte di alcune ONG presenti nel settore sanitario, sia da parte della dottrina, la cancellazione del comma 5 del cit. art. 35, avrebbe potuto provocare una spinta alla clandestinità di una consistente parte della popolazione straniera, o portare all'incentivazione di strutture sanitarie amicali al di fuori del sistema sanitario pubblico e, quindi, di ogni controllo, con i conseguenti rischi sulla salute della collettività, a causa della possibile diffusione di alcune patologie, non adeguatamente curate<sup>61</sup>.

In un'ottica diversa, tendenzialmente inclusiva, si muove, invece, parte consistente della legislazione regionale più recente<sup>62</sup>, espressione di quel ruolo che nella tutela dei diritti fondamentali le Regioni tendono a rivendicare, in quanto enti esponenziali di interessi e valori delle comunità di riferimento<sup>63</sup>. In linea, del resto, con il TU sull'immigrazione che, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale<sup>64</sup>, ha attribuito direttamente alle Regioni alcuni compiti rientranti

<sup>59</sup> C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2012, p. 45.

<sup>60</sup> Tra le tante, Corte cost., sent. n. 105/2001.

<sup>61</sup> E. ROSSI, *L'abolizione del divieto per le strutture sanitarie di denunciare gli stranieri irregolari*, cit.

<sup>62</sup> In senso contrario a queste tendenze inclusive, si muovono alcune leggi regionali, in alcuni casi dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale nella parte in cui escludono gli stranieri da determinati benefici. Trattasi delle leggi della Regione Lombardia n.1 del 2002 (sent. n. 432/2005), della Regione Friuli Venezia Giulia n. 16 del 2001 (sent. n. 40/2011).

<sup>63</sup> D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari, "neocomunitari" o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in una ambigua sentenza della Corte*, *Forum quaderni costituzionali*, 2010.

<sup>64</sup> Corte cost., sentt. n. 50, n. 300 e n. 156, rispettivamente del 2008, del 2005 e del 2006, quest'ultima commentata da D. STRAZZARI, in *Le Regioni*, 2006, 1038 ss.

in ambiti, quali la tutela della salute o l'assistenza sociale, che coinvolgono materie che *ex* Costituzione intersecano competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente. Ciò, sul presupposto che il fenomeno migratorio e i relativi effetti sociali devono essere disciplinati dallo Stato in “stretto coordinamento” con le Regioni, considerato che l'intervento pubblico va oltre il controllo dell'ingresso e del soggiorno di competenza statale, ma riguarda anche sfere di intervento necessarie per garantire il rispetto di quei diritti fondamentali, riconosciuti alla persona, in quanto “uomo”, cui anche le Regioni sono chiamate, nell'esercizio delle proprie competenze.

Indicativo è al riguardo l'art. 3, del TU, concernente le politiche migratorie, che al comma 5, impegna le Regioni, le Province, i Comuni e gli altri enti locali, nei limiti delle rispettive competenze e delle dotazioni di bilancio, ad adottare provvedimenti finalizzati alla rimozione di tutti quegli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli “stranieri” - senza specificazione del relativo *status* - nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelli inerenti l'alloggio, la lingua, l'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana. Ruolo che ha portato alcune Regioni a prevedere l'accesso a servizi e prestazioni essenziali, sociali e sanitarie, volte a salvaguardare la salute degli immigrati anche se privi di un titolo di soggiorno.

Indicative, anche per le tre pronunce della Corte costituzionale cui hanno dato adito, sono al riguardo le recenti leggi della Regione Toscana, n. 29 del 2009, della Regione Puglia, n. 32 del 2009, e della Regione Campania, n. 6 del 2010, accomunate dall'obiettivo di prevedere a favore degli immigrati irregolari una serie di interventi socio-sanitari, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona in quanto tale, dalla Costituzione e da norme internazionali, e promuovere il valore di una “cittadinanza sociale riconosciuta all'uomo a prescindere dalla sua condizione giuridica e dalla sua appartenenza ad una determinata entità politica” (dal preambolo della legge toscana).

Le tre leggi sono state impugnate dal Governo per sospetta violazione delle disposizioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. a) e b), che attribuiscono alla competenza esclusiva statale rispettivamente le materie “diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini non appartenenti all'Unione europea” e “immigrazione”. Secondo la difesa governativa, la normativa regionale, prevedendo interventi socio-sanitari a favore degli immigrati irregolari, ne agevolava la permanenza sul territorio nazionale, così interferendo sulla disciplina dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri in Italia, in contrasto con i principi fondamentali stabiliti in materia dal TU che prevedono come illegittimo il soggiorno in Italia degli immigrati irregolari “al quale deve necessariamente conseguire il respingimento, l'espulsione o la detenzione in un centro di identificazione e di espulsione”.

La Corte, muovendosi lungo le linee della propria giurisprudenza in precedenza già tracciate in materia di diritti fondamentali degli stranieri, ha rigettato sostanzialmente tutte le doglianze dell'esecutivo con le sentenze 269/2010, 229/2010 e 61/2011<sup>65</sup>. Sentenze con le quali è ritornata, ancora una volta, sulla questione del riparto di competenze in materia di immigrazione, delimitando anche l'ambito soggettivo dell'intervento della legislazione regionale, con riferimento in particolare agli immigrati irregolari.

L'avvio si ha con la sent. 269/2010 con la quale, facendo leva sul diritto alla salute, la Corte ha dichiarato infondata la censura governativa di quella disposizione (art. 36, comma 35) della legge Toscana che destina anche agli immigrati irregolari alcuni interventi socio-assistenziali urgenti ed indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali.

La Corte, dopo avere ribadito che lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona<sup>66</sup>, con riferimento all'assistenza sanitaria conferma l'esistenza di quel "nucleo irriducibile" del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, che deve essere garantito anche allo straniero irregolare, pur potendo il legislatore, cui spetta il compito di bilanciare i valori in gioco nel quadro delle risorse disponibili, prevedere modalità diverse del suo esercizio<sup>67</sup>, con conseguente configurazione della norma impugnata come attuativa di principi fondamentali posti dal legislatore statale in materia di tutela della salute (art. 35, comma 3 del TU). La norma censurata (art. 6, comma 35), infatti, secondo la Corte, "provvede ad assicurare", in attuazione dei principi fondamentali posti dal legislatore statale in tema di tutela della salute, anche agli stranieri irregolari, le fondamentali prestazioni sanitarie ed assistenziali atte a garantire il diritto all'assistenza sanitaria, nell'esercizio delle proprie competenze legislative e nel pieno rispetto della legislazione statale in materia di ingresso e soggiorno in Italia dello straniero, anche se irregolare.

Le argomentazioni della Corte per dichiarare infondate le censure governative fanno, quindi, leva sul diritto alla salute, ambito per la verità non richiamato dalla disposizione impugnata, l'art. 6, comma 35, ma dal successivo comma 36, con un rinvio esplicito all'art. 35 TU, e non oggetto di censura governativa, e trascurano la questione degli interventi sociali, che costituiscono invece l'oggetto

---

<sup>65</sup> Le sentenze sono state commentate, tra gli altri, anche da G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del "pacchetto sicurezza": osservazioni a margine delle sentt. 269 e 299 del 2010*, in *Giur. cost.*, 2010, 3907 ss.; L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in *www.rivistaaic.it*, 2011, 3.

<sup>66</sup> Corte cost., sentt. nn. 148/2008; 324/2006; 432/2005; 203/1997.

<sup>67</sup> Corte cost., sent. n. 252/2001, cit.

della norma regionale impugnata, la cui struttura è diversa da quelli sanitari<sup>68</sup>. La sentenza, ove la si leggesse nel senso di attribuire agli immigrati irregolari alcune prestazioni di assistenza sanitaria, si “ridurrebbe a poca cosa”<sup>69</sup>. Tranne a non volere leggerne la motivazione come intesa a connettere la salute all’assistenza sociale, quale ulteriore dimensione del benessere della persona, estendendo così implicitamente agli stranieri irregolari alcune prestazioni assistenziali “indifferibili” ed “urgenti”, riconducibili a quel “nucleo duro” del diritto alla salute che deve essere garantito anche agli stranieri irregolari<sup>70</sup>.

Questa connessione del diritto alla salute con altri diritti sociali non costituisce invero una novità, avendovi la Corte fatto ricorso già in precedenza, in una sentenza avente ad oggetto prestazioni assistenziali (erogazioni economiche) in favore di stranieri, sede in cui aveva definito il diritto alla salute come “diritto ai rimedi possibili ... alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza”<sup>71</sup>.

In favore di questa interpretazione militano anche numerose fonti internazionali, dall’art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, in cui il diritto di ogni individuo ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia viene posto in stretta connessione con altri diritti sociali, quali l’abitazione e l’assistenza sociale; all’art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, il quale afferma il diritto di ogni individuo a “godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire”; alla Carta sociale europea che impegna gli Stati contraenti a riconoscere ad ogni persona il diritto di usufruire di tutte le misure che le consentono di godere del miglior stato di salute ottenibile (principio n. 11 nella Parte I, e artt. 11 e 13 della Parte II).

Questa connessione è stata anche stigmatizzata dai Giudici di Strasburgo, i quali, andando al di là del dettato convenzionale, non prevedendo infatti nessun articolo della CEDU un diritto alla salute, ne hanno promosso la tutela in quanto diritto “implicito” nei diritti e nelle libertà di natura civile e politica espressamente protette. Un danno, diretto o collaterale, per la salute della persona si è fatto in quest’ottica discendere dalla violazione del diritto alla vita (art. 2), del divieto di tortura (art. 3) e del lavoro forzato (art. 4), ovvero dalla violazione delle libertà di pensiero, di religione, di coscienza (art. 9), di espressione (art. 10). Il risultato di questo argomentare è una giurisprudenza ricca di implicazioni, in quanto va oltre la semplice garanzia dell’accesso alle cure mediche, per estendersi fino a prendere in considerazione l’effettiva fruibilità dei servizi medico-sanitari, i loro standard

<sup>68</sup> C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione*, cit., 46.

<sup>69</sup> Così, D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari*, cit..

<sup>70</sup> F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2011.

<sup>71</sup> Corte cost., sent. n. 306/2008 e, sempre con riferimento ad erogazioni economiche assistenziali, sentt. n.11/2009; n. 187/2010.

di qualità, fino a prendere in considerazione quei determinanti sociali (abitazione, lavoro, istruzione, ecc.), che, è ormai assodato, svolgono un ruolo decisivo nella effettiva realizzazione del diritto alla salute<sup>72</sup>.

Questa correlazione tra tutela della salute e interventi di assistenza sociale e, quindi, il ruolo giocato dai determinanti sociali nella definizione della salute delle persone, è stata messa in luce anche da studi recenti sulla salute, come diritto fondamentale e il relativo grado di effettività. Studi che hanno messo in rilievo come non possa più essere revocato in dubbio il fatto che la salute di ogni persona sia anche la risultante di una serie di fattori che caratterizzano il contesto sociale nel quale vive e si svolge la sua personalità. L'abitazione, l'alimentazione, il vestiario, il grado di cultura e di istruzione, la professione svolta, sono tutte vicende che concorrono in maniera sostanziale a determinare il grado di salute di ogni individuo, anche degli immigrati, soprattutto se irregolari, la cui difficile collocazione sociale non può non determinare una serie di conseguenze sulla salute<sup>73</sup>.

La salute, perciò, non può più essere considerata soltanto come sinonimo di assistenza sanitaria, ma la sua tutela postula, si ribadisce, un'ampia gamma di fattori sociali, fattori sui quali, si è auspicato, dovranno concentrarsi le future politiche di salute, alle quali spetterà catalizzare e coordinare politiche attualmente separate e autonome (G. FIERI).

Muovendosi lungo queste linee, nelle sentt. n. 229/2010 e n. 61/2011, la Corte salva numerose disposizioni delle leggi, già ricordate, della Regione Puglia e Campania, e ciò in considerazione del fatto che tali disposizioni, in alcuni casi, prevedono interventi a favore degli immigrati irregolari - quali l'accesso alle cure essenziali e continuative, inclusa l'assistenza farmaceutica e la scelta del medico di base - limitati comunque a garantire le sole cure vitali, conformemente a quanto previsto dall'art. 35 del TU che, come si è già detto, individua un "nucleo duro" del diritto alla salute; in altri casi, si limitano ad un generico richiamo ai diritti inviolabili degli immigrati irregolari presenti nel territorio, concorrendo alla loro tutela e garanzia. Secondo la Corte infatti i diritti umani inviolabili spettano anche agli stranieri presenti a qualunque titolo sul territorio fino a quando non sia emesso nei loro confronti ed eseguito un provvedimento di espulsione. Sicché, sono conformi a Costituzione quelle disposizioni finalizzate alla predisposizione da parte della Regione - in attuazione del comma 5 dell'art. 3 del TU, che impegna anche le Regioni a rimuovere quegli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti inviolabili degli stranieri presenti nel territorio dello Stato - di sistemi di tutela e promozione volti ad assicurare l'opportunità per gli stranieri presenti nel territorio regionale di accedere a diritti, quali quello alla sa-

<sup>72</sup> F. OLIVERI, *Migranti, salute e diritti*, cit.

<sup>73</sup> *Il diritto alla salute degli immigrati in Piemonte tra prospettive e dati di realtà*, Ricerca edita dal Laboratorio dei diritti fondamentali, a cura di I. BIGLINO e A. OLMO, 2012.

lute, allo studio e alla formazione professionale, all’assistenza sociale, al lavoro, in un contesto di competenze concorrenti o residuali. Disposizioni, quindi, che non incidono sulle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale, o sulla posizione giuridica dello straniero, entrambe materie di competenza esclusiva statale. In queste ipotesi infatti, la legislazione regionale travalica i propri limiti per invadere competenze statali, come è avvenuto con la legge della Regione Liguria, n. 7 del 2007, che illegittimamente pretendeva di disciplinare la costituzione e l’individuazione dei CIE<sup>74</sup>, strutture pubbliche che sono funzionali alla disciplina che regola il flusso migratorio dei cittadini stranieri immigrati, di competenza esclusiva dello Stato<sup>75</sup>.

In dottrina, pur condividendosene gli esiti, ha sollevato dubbi l’*iter* argomentativo sotteso alle sentenze esaminate, che configura le disposizioni impugnate come attuative di principi fondamentali posti dal TU del 1998, senza che si tenga in debito conto il fatto che, dopo la riforma costituzionale del 2001, le disposizioni del TU non possono più costituire, secondo quanto previsto dall’art. 1, comma 4, principi fondamentali ai sensi dell’art. 117 Cost., se non per le materie di competenza concorrente, con esclusione, quindi, delle materie di competenza residuale, quale la materia dei servizi e dell’assistenza sociale<sup>76</sup>, come emerge, del resto dalla stessa sent. 61/2011.

Il problema, che non può essere affrontato in questa sede, riguarda l’incertezza degli effetti che la disciplina regionale futura potrà avere sul TU, ovvero il valore da attribuire a tali disposizioni, di norme “cedevoli” a fronte di disposizioni regionali più inclusive<sup>77</sup>, oppure di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale. Configurandosi, in questo caso come disposizioni volte a fissare *standard* di cui anche il legislatore regionale deve tener conto<sup>78</sup>.

In questa prospettiva, gli interventi dei quali, ai sensi del TU, gli enti territoriali devono farsi carico, possono considerarsi un *minus* obbligatorio rispetto a tutti gli interventi di carattere sociale in favore degli immigrati che ciascun ente

<sup>74</sup> Sul trattenimento nei CIE e sulle questioni di costituzionalità e di compatibilità comunitaria che la disciplina nazionale pone, si v. C. CELONE, *La “detenzione amministrativa” degli stranieri irregolari nell’ordinamento italiano e dell’Unione europea ed il diritto fondamentale di ogni persona alla libertà ed alla tutela giurisdizionale*, in questo volume.

<sup>75</sup> Corte cost., sent. n. 50/2008.

<sup>76</sup> C. CORSI, *Diritti sociali e immigrati*, cit., 54 e 55; A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, cit. 11, ss.; D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari*, cit.

<sup>77</sup> F. SCUTO, *Contrasto dell’immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti fondamentali: un equilibrio non ancora raggiunto*, in G. D’Ighazio – S. Gambino (a cura di), *Immigrazioni e diritti fondamentali tra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, 587 ss.

<sup>78</sup> M. CUNIBERTI, *L’illegittimità costituzionale dell’esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 528 ss.

riterrà opportuno promuovere nel proprio territorio<sup>79</sup>. Interpretazione, questa, che sembra avvalorata dalla sent. n. 61/2011, che a fronte di una disposizione regionale (art. 17 della cit. l. r. Campania) che ha ampliato il bacino dei possibili beneficiari delle misure di ospitalità nei Centri di accoglienza, sottolinea chiaramente che rientra nell'autonomia del legislatore regionale la possibilità di estendere l'accessibilità alle prestazioni sociali in coerenza con la naturale propensione "espansiva" dell'esigenza di garantire il "rispetto" dei diritti fondamentali spettanti alla persona. Riconoscendo, così, l'esistenza del diritto di ogni individuo ad una sistemazione alloggiativa, sia pure "precaria e temporanea".

Secondo il Giudice delle leggi, pur non tollerando il principio di uguaglianza discriminazioni tra cittadini e stranieri in ordine alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, tuttavia, con specifico riferimento al diritto alla salute, la tutela è garantita limitatamente al suo contenuto essenziale. Trattasi di quel "nucleo duro" del diritto alla salute, quale diritto fondamentale e inviolabile collegato alla dignità umana, che viene riconosciuto anche agli stranieri privi di un regolare permesso di soggiorno.

Il riconoscimento di questo "nucleo duro", quale limite alla discrezionalità del legislatore, che consente, anche a fronte di condizionamenti economici quali quelli attuali, una garanzia, sia pure limitata, di un diritto fondamentale, quale è il diritto alla salute, anche agli stranieri presenti nel territorio illegalmente, ha posto il problema della delimitazione e, dunque, della "certezza" dei suoi confini, delimitazione dalla quale dipende in definitiva la protezione effettiva del diritto stesso.

Spetterebbe alla Corte chiarirne l'effettiva portata, o al legislatore delineare con più accuratezza rispetto al TU (art. 35) i confini, ovvero i limiti e, dunque la portata, di questo ineliminabile nocciolo di tutela che deve essere garantito al diritto alla salute, come ad ogni diritto fondamentale<sup>80</sup>. Tanto più che, in un periodo in cui il principio del pareggio di bilancio non sembra assecondare il "principio della massima espansione" della tutela dei diritti sociali, proprio il "nucleo duro" del diritto alla salute, individuato dalla Corte, costituisce una diga ai condizionamenti economici che non possono spingersi sino al punto di intaccare il contenuto, pena la lesione del valore della dignità umana. Problemi di contenimento della spesa pubblica, disponibilità di minori risorse non possono, comunque, è il pensiero della Corte, illegittimamente restringere la platea dei potenziali fruitori, a danno dei soggetti economicamente più deboli, quali sono gli immigrati<sup>81</sup>.

Diverso è, invece, l'altro problema, sorto dopo l'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, e cioè quello relativo ai rapporti tra "contenuto minimo essenziale" del diritto alla salute e livelli essenziali delle prestazioni (LEP) ex art. 117, lett. m).

<sup>79</sup> C. CORSI, *Diritti sociali e immigrati*, cit., 55.

<sup>80</sup> A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari*, cit.

<sup>81</sup> Corte cost., sent. n. 2 del 2013.

Secondo la dottrina che ha affrontato il problema, i LEP, che sono la forma normativa dell'uguaglianza, possono coincidere con il contenuto minimo, che costituisce lo strumento di controllo della discrezionalità del legislatore nella garanzia dei diritti fondamentali, ma non possono intaccarlo e possono essere collocati al di sopra del *quantum* di tutela fissato dal contenuto minimo<sup>82</sup>.

#### 4. *L'incertezza sull'effettività del diritto alla salute nella società “multiculturale”*

Una volta riconosciuta l'esistenza di un diritto fondamentale alla salute degli immigrati irregolari, costituzionalmente garantito nel suo “nucleo duro”, i problemi non sono certo risolti, poiché è proprio a partire dal suo riconoscimento che si pone il problema del godimento effettivo e della esigibilità di un adeguato *standard* di salute, come diritto legale di tutti gli immigrati, indipendentemente dal loro *status*<sup>83</sup>. “Vinta” la battaglia per il loro riconoscimento formale, si apre infatti immediatamente la “questione del loro rispetto, della loro efficacia, del loro radicamento. I diritti diventano, così, essi stessi, strumenti della lotta per i diritti”<sup>84</sup>.

La titolarità di un diritto, non è, in altri termini, soprattutto in una società caratterizzata dal multiculturalismo, sinonimo di effettività del suo esercizio e godimento. Il riconoscimento di un diritto, nel nostro caso fondamentale, qual è il diritto alla salute, sottende la sua naturale aspirazione a non restare imbrigliato nella dimensione cartacea, ma a realizzarsi in concreto nell'esperienza della vita quotidiana.

Il riconoscimento di un diritto non è “retorica” fine a se stessa<sup>85</sup>, ma costituisce il primo passo in direzione della sua tutela, avendo, comunque, ben presente che la sua effettività ne postula il relativo esercizio nei confronti di chiunque, l'azionabilità nelle apposite sedi politiche, amministrative e giurisdizionali, di ogni ordine e grado<sup>86</sup>. Né, va sottovalutato, come la questione dell'effettività di un diritto, quale è quello alla salute degli immigrati irregolari, interseca anche campi come quello dell'informazione, dell'educazione, del rispetto delle diversità culturali e religiose di cui è portatore l'immigrato, nonché della piena consapevolezza dello stesso di essere, in quanto “persona”, titolare di quel diritto. Il profilo dell'informazione, ad esempio, assume un ruolo centrale nella dinamica tra titolarità ed effettività del diritto.

<sup>82</sup> E. CAVASINO, *Quale modello costituzionale del diritto alla salute?*, cit.

<sup>83</sup> F. OLIVERI, *Il diritto alla salute dei migranti alla luce della CEDU*, cit., 2.

<sup>84</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 32, recensito da E. MAURO, *A proposito di effettività e di “affettività” dei diritti umani (Leggendo il diritto di avere diritti di Stefano Rodotà)*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2013.

<sup>85</sup> Emblematiche le considerazioni di S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali* (1907), in Id., *Scritti minori, I, Diritto costituzionale*, 1950.

<sup>86</sup> E. MAURO, *A proposito di effettività e di “affettività” dei diritti umani ...*, cit.

Un'informazione assente, carente o lacunosa, determina nell'immigrato difficoltà nella comprensione delle regole e delle prassi burocratiche sottese all'assistenza sanitaria, con la conseguenza che la paura nei migranti di rimanere impigliati nelle maglie del sistema è, a volte, più forte della paura della stessa malattia. La debolezza dell'immigrato irregolare, che è già doppia se è donna, minore, anziano, disagio mentale, è aggravata proprio dall'assenza o carenza di informazione, non soltanto sui servizi offerti dal sistema sanitario, ma, il che è ancora più grave, sul fatto stesso di essere titolare di un diritto alla salute, che nel suo nucleo essenziale, la Costituzione e la legislazione positiva gli garantiscono. L'immigrato irregolare, non va dimenticato, proprio in ragione del suo *status*, ha pure difficoltà ad accedere ai centri ISI (Informazione salute immigrati), nati (in via sperimentale negli anni Novanta e ormai pienamente operativi in molte Regioni italiane) con lo scopo precipuo di assicurare agli immigrati non soltanto l'informazione socio-sanitaria, ma anche di agevolarne l'accesso ai servizi sanitari pubblici.

Sull'effettività dei diritti a prestazione, un ruolo non meno determinante hanno avuto ed hanno i condizionamenti finanziari. La limitatezza delle risorse disponibili costituisce sicuramente un ostacolo a quel "principio della massima espansione"<sup>87</sup> della tutela "multilivello" dei diritti sociali, venutasi a delineare "nello spazio giuridico europeo"<sup>88</sup>. E' nota la tendenza, che ho già ricordato, di molti Stati europei, compreso il nostro, ad emanare leggi volte a selezionare l'accesso e a ridurre al minimo essenziale i servizi e le prestazioni socio-sanitari offerti agli stranieri, soprattutto se irregolari, a causa dei condizionamenti finanziari. Altrettanto note sono le implicazioni, cui facevo cenno prima, che nella realizzazione concreta dei diritti sociali e, segnatamente, del diritto alla salute, discendono dal fatto che nell'odierna società multiculturale convivono soggetti, ognuno dei quali è portatore di differenti istanze culturali, credenze e pratiche religiose, convinzioni, delle quali deve, comunque, tenersi conto nelle modalità di erogazione del servizio sanitario, a garanzia dell'effettività del diritto alla salute.

Come tutti i diritti a prestazione, ma forse più degli altri, il diritto alla salute è un diritto la cui effettività, vale a dire la sua realizzazione nel concreto della vita di ogni giorno, chiama in campo responsabilità pubbliche, essendo infatti rimesse alle pubbliche amministrazioni l'organizzazione e l'erogazione delle relative prestazioni, in un quadro di risorse finanziarie limitate. Le pubbliche amministrazioni sono, dunque, istituzionalmente chiamate alla istituzione di quei servizi sanitari necessari per tradurre il diritto alla salute, ovvero quel "nucleo essenziale"

---

<sup>87</sup> Sul conflitto tra "insaziabilità" dei diritti fondamentali e limitatezza delle risorse, A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli (a cura di), *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, 179.

<sup>88</sup> P. BILANCIA - P. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momento di stabilizzazione*, Milano, 2004.

costituzionalmente riconosciuto agli immigrati irregolari, in concreta soddisfazione dei bisogni di questa particolare categoria di utenza.

Trattasi di una vera e propria obbligazione pubblica, il cui corretto adempimento risulta, per certi versi, complicato dalla specificità delle problematiche di salute provenienti da parte della popolazione immigrata, in cui convergono più “debolezze” che nascono dalla condizione stessa di clandestinità, da fattori di ordine culturale, religioso, morale, che incidono anche sul modo stesso di percepire la malattia, sia da parte degli immigrati, sia da parte degli operatori sanitari<sup>89</sup>.

L’immigrato irregolare - anche perché il più delle volte ignora i propri diritti e, segnatamente, il fatto di essere comunque titolare di un diritto alla salute, costituzionalmente garantito nel suo “nucleo duro” - più che della malattia ha timore, una volta ricevute le cure indifferibili e urgenti, di essere oggetto di provvedimenti di espulsione, e prima ancora di detenzione. Da qui la ricerca di percorsi sanitari facenti capo ad organizzazioni di volontariato o, nei casi peggiori, di strutture private sommerse, in ogni caso al di fuori dei sistemi sanitari pubblici.

A ciò si aggiunge che dagli operatori sanitari, anche a causa di pregiudizi radicati, l’immigrato ammalato viene spesso percepito come veicolo di malattie e comportamenti a rischio, un peso per il sistema sanitario, del resto quasi sempre non adeguatamente attrezzato a fornire una tipologia di servizi *migrant-friendly*, idonea, vale a dire, a soddisfare le richieste, le aspettative, i bisogni, di questa particolare categoria di utenza. Si pensi, per fare esempi concreti e drammaticamente attuali, all’immigrata che per ragioni legate al suo credo religioso, o alla morale sottesa ai suoi comportamenti, rifiuta di farsi visitare da personale medico o paramedico di sesso maschile. Con conseguenze per la tutela della propria salute a volte molto gravi e irrimediabili.

I fattori di ordine culturale, religioso, morale, possono a volte essere talmente radicati nell’immigrato da indurlo ad opporsi allo stesso dato normativo che pure riconosce diritti che non vengono esercitati dal suo stesso titolare. Si pensi, per fare degli esempi particolarmente indicativi, alle norme emanate dal legislatore nazionale a tutela delle straniere in gravidanza, o a quelle che vietano in Italia le pratiche volontarie dell’infibulazione.

Orbene, nonostante la legge n. 194 del 1978 e il successivo TU del 1998 prevedano misure di tutela per la gravidanza e la maternità delle immigrate, come la gratuità di tutte le relative indagini sanitarie, le statistiche mediche rilevano lo scarso ricorso da parte delle immigrate ai controlli prenatali ed ai consultori, prima, e, di contro, l’aumento progressivo del ricorso all’interruzione volontaria della gravidanza da parte delle donne migranti, in assoluta controtendenza rispetto a quanto avviene per le cittadine italiane.

<sup>89</sup> Al riguardo, A. SAYAD, *La malattia, la sofferenza e il corpo*, in Id. (a cura di), *La doppia assenza. Dalle illusioni dell’emigrato alle sofferenze dell’immigrato*, Milano, 2002.

Quanto alle pratiche dell'infibulazione, particolarmente lesive della dignità umana della donna, nonostante le strutture sanitarie offrano interventi chirurgici di de-infibulazione, volte alla ricostruzione dell'integrità fisica, la mancata richiesta da parte delle immigrate straniere che hanno subito tale menomazione, rende nei fatti inutile la stessa previsione dell'accesso alla prestazione sanitaria.

È evidente, da questi esempi, l'importanza di misure normative ed amministrative atte ad agevolare in concreto l'accesso alle prestazioni sanitarie. Avendo presente che la previsione di oneri e modalità gravose di accesso ai servizi va in concreto a disincentivare la fruizione del servizio stesso da parte di chi si trova nella condizione di intrinseca debolezza, quale quella dello straniero, soprattutto se irregolare, sacrificando nei fatti, un diritto in astratto riconosciuto.

Il problema, di natura giuridica per le implicazioni che ne discendono, come è stato ben sottolineato, è allora quello di capire se, in una con l'obbligazione pubblica, cui prima si accennava, sia configurabile, con specifico riferimento agli immigrati, un'obbligazione aggiuntiva in forza della quale l'organizzazione e la gestione delle prestazioni sanitarie deve essere realizzata, per quanto possibile, in modo tale da renderla compatibile con il bagaglio culturale, religioso che ogni immigrato porta seco dal suo Paese d'origine<sup>90</sup>.

L'effettività del diritto alla salute, riconosciuto anche agli immigrati irregolari, postula, se non si vuole che, una volta riconosciuto ed affermato, il diritto non abbia realizzazione concreta, quell'obbligazione aggiuntiva, specialmente allorché non comporti costi ulteriori, in forza della quale la prestazione deve essere resa secondo modalità tali da rispettare i valori, religiosi e culturali dei quali l'immigrato è portatore.

In questa direzione, pienamente conforme alle istanze del multiculturalismo, militano, concludendo, oltre all'intrinseco legame intercorrente tra tutela dei diritti sociali e tutela della dignità della persona, anche la configurazione costituzionale dell'amministrazione come funzione di servizio nei confronti delle persone, indipendentemente dal loro *status*<sup>91</sup>.

Ciò detto, uno sguardo alla drammatica situazione di affollamento dei CIE dislocati in alcune regioni italiane, le regole che presiedono al loro funzionamento, il trattamento sanitario antiscabbia, per fare un esempio recente che ha suscitato scalpore e vergogna, riservato agli immigrati nel CIE di Lampedusa, testimoniano dinamiche amministrative tendenti più all'esclusione che non all'integrazione degli immigrati. Il grado di effettiva realizzazione in concreto del diritto alla salute, almeno del suo nucleo duro, sfiora, in alcune realtà, livelli talmente bassi da fare apparire "utopistico" pensare addirittura ad una obbligazione ag-

---

<sup>90</sup> A. ZITO, *Beni primari, diritti sociali degli immigrati e ruolo delle pubbliche amministrazioni*, in questo volume.

<sup>91</sup> Ancora A. ZITO, *op. ult. cit.*

giuntiva a carico delle strutture amministrative, finalizzata a rendere effettivo il diritto alla salute di questa particolare categoria di utenti, quali sono gli immigrati irregolari. Ne emerge anche un degrado culturale che contrasta con quel modello di solidarietà e di accoglienza delineato dalla Costituzione e seguito dal legislatore, soprattutto regionale. Così come la negligenza e l'inefficienza dimostrate, non soltanto in quest'occasione, da alcune strutture amministrative stridono con quel ruolo di servizio che la Costituzione assegna alla pubblica amministrazione.

Il dubbio è che la grave crisi economica che attanaglia il Paese, l'allargamento dovuto ai massicci flussi migratori in atto della platea dei potenziali beneficiari di servizi socio-sanitari sui quali si è abbattuta, in generale, la scure dei tagli, abbiano corrotto alla base lo spirito solidaristico e, messo in crisi, rilevandone i limiti, l'ideologia della solidarietà senza frontiere.

### **MIGRANTS' HEALTH BETWEEN THE “CERTAINTY” OF LAW AND THE “UNCERTAINTY” OF ITS EFFECTIVENESS”**

by Maria Immordino

#### **Abstract**

The current economic crisis seriously affects the implementation of the migrants' right to health. This paper focuses on the Italian case, and after a review of the relevant legislation and constitutional jurisprudence, it investigates the many problems related to the effective realization of such right.



## Beni primari, diritti sociali degli immigrati e ruolo delle pubbliche amministrazioni

di Alberto Zito

SOMMARIO: 1. Beni primari e diritti sociali degli immigrati: considerazioni introduttive. - 2. Tutela dei diritti sociali e ruolo delle pubbliche amministrazioni. - 3. Conclusioni.

### 1. *Beni primari e diritti sociali degli immigrati: considerazioni introduttive*

I diritti sociali sono posti a tutela di quei beni primari, in particolare istruzione e salute, in assenza dei quali ben difficilmente può dirsi che sia garantita la dignità della persona e la stessa possibilità di condurre un'esistenza per l'appunto degna. Il concetto di dignità, che sempre più spesso viene associato a tali diritti, ne mette in luce l'essenza e la loro equiordinazione con i diritti di libertà. Anzi, a ben guardare, i diritti sociali costituiscono il presupposto indispensabile per lo stesso esercizio delle libertà. Una libertà che, se non trovasse condizioni materiali entro la quale realizzarsi, mancherebbe certamente un suo intrinseco ed irrinunciabile valore, ma risulterebbe comunque depotenziata rispetto a tante sue possibili applicazioni.

I diritti sociali, dunque, sono certamente diritti fondamentali, la cui titolarità e la cui garanzia prescindono oggi dal concetto di cittadinanza, tradizionalmente inteso. Essi, infatti, finiscono per radicarsi direttamente nella persona e nella sua dignità, con la conseguenza che non possono essere negati a chi cittadino non è, o non è ancora, e dunque agli immigrati, a quelli regolari certamente, ma anche, in determinate circostanze, a quelli irregolari.

In questo senso milita la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale. Sono ormai molte le sentenze nelle quali il giudice delle leggi, soprattutto con riferimento alla salute, ha statuito che il relativo diritto spetta non soltanto al cittadino, ma anche all'immigrato, regolare o irregolare che sia.

Certamente si tratta di un'affermazione generale non avente una portata assoluta, essendo al legislatore consentito, entro certi limiti e nel rispetto del principio di ragionevolezza, di operare differenziazioni rispetto alle modalità ed all'in-

tensità della protezione accordata. Tuttavia, è indubbio che, in linea di principio, i diritti sociali, e segnatamente quelli ricordati, ossia il diritto all'istruzione e alla salute, sono riconosciuti a tutti, anche allo straniero che si trova sul territorio dello Stato in assenza di un valido titolo di soggiorno e che eventuali scostamenti dal principio possono e debbono essere sindacati dal giudice delle leggi. Emblematica in tal senso è, tra le tante, la sentenza della Corte costituzionale n. 432 del 2005. In essa si è affermato che non vi può essere discriminazione tra i cittadini e gli immigrati regolari con riferimento al riconoscimento del diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico, derivante dalla condizione di totale invalidità civile, atteso che *“non c'è alcuna ragionevole correlazione tra la condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana ...) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio e la funzione”*.

L'altra condizione alla quale può essere subordinato il godimento di tali diritti, ma questo vale per tutti (cittadini e non), è la compatibilità finanziaria, atteso che, se tutti i diritti costano, ciò vale in particolare per quelli sociali la cui tutela richiede l'organizzazione e l'erogazione delle prestazioni da parte dei pubblici poteri e dunque coinvolge la spendita di risorse finanziarie.

Il quadro che emerge dall'analisi di ciò che accade nei piani alti dell'ordinamento giuridico è dunque confortante. Per quanto riguarda i beni primari - presidiati dal riconoscimento di diritti sociali - non vi sono discriminazioni rispetto agli immigrati. Questi ultimi dunque possono, a certe condizioni, godere dei suddetti beni sia che si tratti di immigrati regolari sia che si tratti di immigrati irregolari.

La situazione alla quale si è giunti, non soltanto risulta in linea con le norme costituzionali e dunque costituisce, rispetto alla portata delle medesime, un conseguente e necessitato svolgimento, ma risulta anche coerente con l'obiettivo di favorire un'effettiva integrazione dei migranti nell'ambito del nostro Stato. Pensare di potere realizzare tale integrazione in assenza del riconoscimento dei beni primari in capo a coloro che non sono cittadini è impresa certamente ardua e probabilmente destinata al fallimento.

Il problema si pone invece nei rami bassi del nostro ordinamento ossia a livello di pubbliche amministrazioni, che sono istituzionalmente deputate a garantire l'effettivo godimento dei diritti sociali.

## 2. Tutela dei diritti sociali e ruolo delle pubbliche amministrazioni

Quali problemi si pongono a livello amministrativo? Conviene partire da un dato scontato. Sulle pubbliche amministrazioni, quale che sia il livello di governo chiamato in causa, grava un vera e propria obbligazione pubblica avente ad oggetto l'organizzazione e la gestione delle prestazioni da mettere a disposizione di

coloro che ne sono i beneficiari. Ciò vale in particolare per il diritto alla salute e per il diritto all'istruzione.

Messa in questi termini, la questione pare virare verso ambiti disciplinari diversi da quello strettamente giuridico. Al centro della scena si stagliano nitidi, infatti, i temi dell'efficienza, dell'efficacia e della soddisfazione degli utenti, che sono ben noti e dibattuti, e sui quali - più che la scienza giuridica e segnatamente la scienza del diritto amministrativo - sembrano avere maggiore titolo a parlare altre scienze ed *in primis* la scienza aziendalistica.

Ma è proprio in questo snodo nevralgico, in questo grumo di complesse questioni in cui si intrecciano aspetti organizzativi, finanziari e gestionali, che persiste, invero, un problema che non soltanto è strettamente giuridico, perchè attiene al contenuto dell'obbligazione pubblica, cui prima accennavo, ma investe centralmente il tema della tutela degli immigrati e dei diritti sociali che spettano loro in ragione della universalità dei diritti stessi.

Il problema può essere posto in questi termini: acclarato che i pubblici poteri debbono mettere a disposizione dei beneficiari le prestazioni che consentono il godimento dei diritti sociali, *in primis* il diritto alla salute e il diritto all'istruzione, esiste, con riferimento agli immigrati, un'obbligazione aggiuntiva la quale impone che la stessa organizzazione e gestione delle prestazioni debba essere realizzata, per quanto possibile, per tutelare le aspettative, i bisogni e finanche gli stessi desideri espressi da queste persone?

Un esempio concreto può servire a chiarire i termini della questione. Si pensi al caso in cui si rechi al pronto soccorso un'immigrata che, per ragioni connesse al credo religioso che pratica o alla morale cui ispira il proprio comportamento, può farsi visitare solo da personale sanitario di sesso femminile. Non trovando tale personale in servizio, rinuncia ad accedere alla prestazione sanitaria, con grave rischio per la propria salute se risulta portatrice di una patologia grave e addirittura letale (ad esempio un infarto), che potrebbe però essere curata, evitando gli esiti infausti, con un intervento immediato. È peraltro cronaca di questi giorni quella che ci ricorda che un problema pressoché identico si è posto con riferimento al personale in servizio nelle ambulanze.

Ebbene, di fronte alla situazione descritta, è consentito ragionare in due modi. È possibile ritenere che la prestazione sia stata correttamente messa a disposizione del beneficiario e che dunque il rifiuto di usufruirne sia il frutto di una libera scelta dettata da ragioni religiose od etiche. Oppure, ritenere che la prestazione sia stata messa a disposizione non in un modo completamente corretto, dal momento che la struttura pubblica avrebbe potuto organizzare l'erogazione della prestazione stessa con modalità compatibili con le esigenze del destinatario.

L'adesione all'una o all'altra posizione è densa di implicazioni sul terreno squisitamente giuridico. Nel primo caso, infatti, le ragioni che inducono la persona a rifiutare la prestazione sono per il diritto del tutto irrilevanti. Nel secondo

caso, i bisogni che la persona medesima esprime, che discendono dalla provenienza da un contesto culturale diverso dal nostro, finiscono per assumere una rilevanza, se non immediata, quanto meno mediata, nel senso che di esse si deve tenere conto nell'erogazione della prestazione.

A guardare più in profondità è evidente come l'adesione all'una o all'altra prospettiva delinea un diverso atteggiamento rispetto al tema del multiculturalismo ossia rispetto al tema del se, e in che misura, si debba dare rilevanza, sul terreno propriamente giuridico, a quella diversità di credenze e convinzioni che l'immigrato porta con sé in ragione della propria origine.

Il tema del multiculturalismo è assai complicato e non è certamente possibile esaminarlo in questa sede. Ritengo però doverosa una notazione. Il dibattito sul tema in questione è talvolta prigioniero di contrapposizioni ideologiche ed astratte tra chi è fautore e chi si oppone al riconoscimento della diversità attraverso l'utilizzo di garanzie giuridiche. Affrontare il tema a partire dai casi concreti può invero condurre ad un consenso in grado di superare posizioni fortemente polarizzate.

Chi, infatti, potrebbe negare che risulti corretto, sul piano etico prima ancora che giuridico, organizzare l'erogazione delle prestazioni in modo tale da consentirne l'effettivo godimento anche da parte di coloro che esprimono una cultura differente e dunque ispirano la propria condotta a regole altre rispetto a quelle da noi praticate, specie se non si determinano costi aggiuntivi?

Non desti meraviglia la circostanza che è proprio dal caso concreto che si deve partire per affrontare il problema del multiculturalismo così da giungere poi, per successivi gradi, a generalizzazioni accettabili per tutti, sulle quali costruire i principi regolativi di una vera politica dell'integrazione. Lo sguardo al caso concreto è, infatti, quello che meglio consente di cogliere la domanda di tutela della dignità della persona che da esso promana, senza che tale domanda venga offuscata da pregiudizi e da pregiudiziali di natura ideologica.

### 3. *Conclusioni*

Tirando le fila del discorso ritengo, con riferimento ai diritti sociali spettanti anche agli immigrati, che vi sia in capo alle pubbliche amministrazioni quell'obbligazione aggiuntiva, cui prima accennavo, in virtù della quale l'organizzazione delle prestazioni e la conseguente erogazione debbono essere realizzate, perlomeno in tutti quei casi in cui non vi siano costi aggiuntivi, con modalità tali da renderne compatibile la fruizione con la diversità culturale che gli immigrati esprimono.

Quanto detto vale in particolare per la pratica sanitaria. Nell'ambito di tale pratica, infatti, la dignità della persona viene in rilievo con riferimento alla fisicità

e al corpo e dunque con riferimento a quel bene della vita dove con la massima forza si concentrano atteggiamenti che costituiscono legittima espressione della richiamata diversità culturale. Ma il discorso può e deve essere esteso anche a tutti gli altri casi in cui analoghe esigenze sono presenti.

A fondamento di tale obbligazione aggiuntiva possono essere poste diverse ragioni di tipo strettamente giuridico. Provo sinteticamente ad enunciarne due, che mi paiono particolarmente significative.

In primo luogo, è proprio la riconosciuta associazione, o, per meglio dire, l'intrinseco legame intercorrente tra tutela dei diritti sociali e tutela della dignità della persona a spingere in tale direzione.

In secondo luogo, è lo stesso ruolo che la Costituzione assegna alla pubblica amministrazione a costituire un solido ancoraggio rispetto alla predetta obbligazione. In proposito, è noto come le istituzioni amministrative siano delineate dalla nostra Carta, prima ancora che come un potere pubblico, come una funzione al servizio delle persone. La dottrina, proprio muovendo da tale constatazione, che può dirsi ormai patrimonio acquisito nella scienza del diritto amministrativo, ritiene che, nella realizzazione dei compiti loro affidati, esse debbono atteggiarsi, per usare la felice espressione coniata da un nostro giurista (U. ALLEGRETTI), in modo "affettuoso". È noto altresì come il tema della *friendly administration* sia sempre più al centro del dibattito, tant'è che proprio di recente sono stati pubblicati studi dedicati addirittura all'analisi dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo (V. BERLINGÒ). Ebbene, se è questo l'atteggiamento che doverosamente la pubblica amministrazione è chiamata ad assumere, il tema della tutela dei diritti sociali degli immigrati è sicuramente uno dei campi d'elezione in cui tale atteggiamento deve farsi pratica concreta.

Naturalmente come ogni obbligazione, anche quella che grava sui soggetti pubblici, nei termini che ho cercato di delineare, può vivere nella concretezza dei rapporti sociali soltanto se è sorretta da un'adeguata cultura. Ma qui i riferimenti cui agganciare il tema della *friendly administration* non mancano. Gli studi condotti nell'ambito delle cosiddette neuroscienze dimostrano, infatti, come l'empatia costituisca una caratteristica della natura umana che viene sviluppata sin dalla tenera età.

Per concludere, un'ultima domanda. Tutto il discorso che precede costituisce forse un'utopia giuridica? Non credo che possa essere qualificato in tal modo. E comunque, come è stato detto di recente da un nostro giurista, se per secoli l'universo del discorso utopico e l'universo del discorso giuridico non si sono incontrati, mai come oggi abbiamo bisogno di recuperare al diritto una dimensione utopica nei termini dell'utopia imperfetta, di quell'utopia cioè che, pur possedendo i tratti salienti del disegno utopico, è concepita "*per operare direttamente ed esclusivamente all'interno della storia, ossia soltanto come fattore e non anche come prodotto del cambiamento*" (A. ROMANO TASSONE).

Nell'ambito della nostra scienza giuridica esistono numerosi esempi di utopie imperfette: il tema della democrazia partecipativa; il tema del diritto alla felicità; il tema dei diritti delle generazioni future. Aggiungerne un altro, ossia il tema dell'integrazione effettiva degli immigrati attraverso la tutela dei diritti sociali, non può che essere foriero di cambiamenti positivi.

### **CULTURAL BACKGROUND OF THE IMMIGRANTS AND PROTECTION OF THE SOCIAL RIGHTS**

by Alberto Zito

#### **Abstract**

The issue analyzes the protection of the social rights of immigrants with particular regard to the right to health. It addresses the question whether public authorities have to ensure in practice the enjoyment of social rights in accordance with the cultural background of the immigrants. If there are no additional costs, the government should be required to make performance so as to respect the cultural background of the immigrants.

## Integrazione, eguaglianza, solidarietà

di Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. I presupposti per “integrare”. - 3. Integrazione e coordinate giuridiche: la globalizzazione dei diritti fondamentali e l’insufficienza del loro riconoscimento formale. - 4. L’insufficienza del riferimento al principio di eguaglianza e al valore della tolleranza. - 5. La rilevanza della solidarietà.

### 1 *Considerazioni introduttive: delimitazione del campo di indagine*

Un’osservazione generale che è possibile svolgere considerando l’impostazione del presente Convegno attiene al fatto che esso, giustamente, pone in luce il tema dei diritti (il cui catalogo, pur con significativi limiti, tende a sovrapporsi a quello proprio dei cittadini) di coloro che si trasferiscono in uno Stato diverso da quello di origine con la finalità di stabilirvisi.

Viceversa, la relazione a me assegnata richiama profili che possono certamente integrare il paradigma dei diritti e il valore dell’eguaglianza, ma che con essi non appaiono totalmente collimanti.

In sostanza, la tematica che mi accingo ad affrontare<sup>1</sup> riguarda il seguente interrogativo: nell’inquadramento giuridico del fenomeno dell’immigrazione, rilevano soltanto i diritti ed è solo questione di eguaglianza? In caso di risposta negativa, qual è il ruolo e lo spazio di altre situazioni soggettive o principi, quali la solidarietà?

Al fine di impostare correttamente il ragionamento, occorre intanto osservare che il richiamo a eguaglianza e solidarietà (ma anche ai diritti) si giova di un ancoraggio costituzionale sufficientemente definito, costituito dagli artt. 3 e 2 Cost.

Nella relazione a me assegnata, a monte di questi principi, tuttavia, si pone l’integrazione. L’analisi del fenomeno dell’immigrazione, di conseguenza, sarà svolto avendo come riferimento essenziale questo obiettivo.

---

<sup>1</sup> Il presente scritto riprende ampiamente temi trattati nel lavoro *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2004, 41 ss.

Il richiamo all'integrazione induce quasi naturalmente a occuparsi di cittadinanza<sup>2</sup>, in quanto la definizione di quest'ultima può essere letta come identificazione del contenuto essenziale di uno status, in termini sia di pretese di prestazioni e di utilità, sia di doveri di solidarietà derivanti dall'appartenenza ad un unico gruppo. Ancorché non manchino letture volte a valorizzare l'aspetto includente di alcuni diritti di cittadinanza, l'esatta identificazione del gruppo omogeneo, tendenzialmente consente di definire "a contrario" l'area degli esclusi.

Definendo, si esclude<sup>3</sup> e non necessariamente si integra.

Invero, il discorso è molto più articolato.

Nella prospettiva della vera integrazione, ad esempio, l'aspirazione all'egualianza in termini di minimo benessere e sicurezza economica può prescindere, entro certi limiti, dal concetto di cittadinanza politica: si parla, infatti, di cittadinanza sociale<sup>4</sup>, non necessariamente riferibile ai soli soggetti titolari di quella politica.

Per altro verso, gli individui preferiscono talora modalità di integrazione – si pensi ad internet – meno impegnative e responsabilizzanti rispetto alla cittadi-

<sup>2</sup>Sulla cittadinanza, *ex multis*, F. G. SCOCA, *Protection of diversity and legal treatment of the foreigner: the Italian model*, in *Dir. Dell'economia*, 2013, 15 e ss.; G. CORSO, *Straniero, cittadino, uomo. Immigrazione ed immigrati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2012, 377 e ss.; E. CODINI, *Immigrazione e Stato sociale*, in *Dir. Pubblico*, 2012, 599 e ss.; M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Torino 2012; W. CORTESE (a cura di), *La Governance delle emergenze nelle isole del mediterraneo*, Atti del Convegno di Pantelleria, 8-10 settembre 2011, Palermo, 2012 e, ivi, in particolare il saggio di A. MARZANATI, *Stranieri e Welfare nella giurisprudenza costituzionale*, V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, I, Modena 2010; F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAIITA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Saveria Mannelli, 2009; P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Milano, 2005; A. VACCARI, voce *Cittadinanza*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 918 e ss.; C. AMIRANTE, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2003; C. CORSI *Lo Stato e lo straniero*, Padova 2001; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Padova, 1998; G. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, Padova, 1997; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Milano, 1997; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997; D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Bari, 1994; G. U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubblico*, 2002, 751 e ss.; G. BASCHERINI, *Europa, cittadinanza, immigrazione, ibid.*, 767 e ss.; C. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza, ibid.*, 793 e ss.; E. MENICETTI, *Accesso ai servizi sociali e cittadinanza, ibid.*, 849 e ss. V. altresì R. CLERICI, *Cittadinanza*, voce del *Dig. IV, disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989, 112 e ss.; C. ROMANELLI GRIMALDI, *Cittadinanza*, voce dell'*Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; G. BISCOTTINI, *Cittadinanza (diritto vigente)*, voce dell'*Enc. Diritto*, VII, Milano, 1970, 140 e ss.

<sup>3</sup>In generale, su tale questione, v. V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Dir. e società*, 2009, 542 e ss.

<sup>4</sup>T.H. MARSHALL, *Spirito di setta e società*, Milano, 1976; *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976. Sulla cittadinanza amministrativa v. A. POLICE, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'egualianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. economia*, 2002, 489 e ss. e C. E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 481 e ss. Fondamentale è altresì F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino tra libertà garantite e libertà attiva*, Venezia, 1994.

nanza, anche esterne rispetto alla stabile confluenza nello spazio nazionale (la letteratura di settore parla al riguardo della “metafora del turista”<sup>5</sup>).

Vero è che l’ultima situazione presuppone una condizione dell’immigrato già sufficientemente protetta (il problema dell’accesso a internet segue la soluzione dei problemi fondamentali della sopravvivenza), laddove il tema della condizione giuridica degli immigrati riguarda in primo luogo la garanzia di soddisfacimento di aspettative fondamentali e basilari; tuttavia, questi pochi spunti mostrano la necessità di allargare il compasso dell’analisi oltre la soglia della cittadinanza onde correttamente inquadrare, dal punto di vista giuridico, il fenomeno dell’immigrazione nella prospettiva dell’integrazione, anche al fine di superare le barriere della cittadinanza (o, meglio, di identificare le condizioni per questo superamento). Non è un caso che il campo problematico venga appunto arricchito dal riferimento ai diritti fondamentali che si applicano anche agli immigrati.

Si torna così al punto di avvio del ragionamento. Con l’obiettivo dell’integrazione, acquisita la necessità di guardare oltre l’istituto della cittadinanza, è davvero sufficiente questo, pur essenziale, richiamo ai diritti fondamentali, la cui estensione agli stranieri è stata gestita da giudici (non solo la Corte costituzionale) particolarmente attivi in materia, lungo traiettorie attentamente studiate dalla dottrina<sup>6</sup>?

## 2. *I presupposti per “integrare”*

Un quesito di fondo (anche se difficile da affrontare, stante il fatto che esso intercetta indubbi profili ideologici, peraltro frequentemente e naturalmente presenti in molte altre riflessioni giuridiche) attiene all’identificazione dei presupposti che possono essere richiesti dall’ordinamento ai fini della “inclusione” e della “integrazione” di un soggetto nella collettività di cui quell’ordinamento è espressione.

Occorre integrare la persona in quanto tale o soltanto se portatrice di alcuni valori, evidentemente compatibili con quelli espressi dalla collettività in cui aspirano ad essere inclusi?

Si tratta, tra l’altro, di una questione di una certa importanza in un contesto in cui, come esito dell’integrazione, le persone potrebbero essere chiamate a svolgere attività di interesse generale, ad esempio nella scuola e nella sanità<sup>7</sup>, ove vengono in rilievo situazioni critiche che implicano scelte valoriali. Ciò dovrebbe

<sup>5</sup> Z. BAUMAN, *La società dell’incertezza*, Bologna, 1999; M. AUGÉ, *Non luoghi*, Milano, 1993.

<sup>6</sup> Sui limiti di questa estensione, *ex multis*, v. G. CORSO, *Straniero, cittadino, uomo. Immigrazione ed immigrati nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 377 e ss.

<sup>7</sup> In generale, v. G. BASCHERINI - A. CIERVO, *L’integrazione difficile: il diritto alla salute e all’istruzione degli stranieri nella crisi del welfare State*, in *Gli stranieri*, 2011 (3), 39 e ss.

condurre a ipotizzare un impegno dello Stato in vista della formazione di soggetti non ideologicamente orientati, per contrastare appunto la presenza – il cui aumento è alimentato dal multiculturalismo che sempre più connota le società moderne - di offerte “di parte”.

In ogni caso, la risposta al problema dei presupposti per l'integrazione può essere ricercata lungo vie assai differenti tra di loro.

Si procederà ora a indicarne quattro, ispirate a riflessioni anche non giuridiche, con la precisazione che esse sono il frutto di una evidente semplificazione, sicché potrebbero anche parzialmente sovrapporsi o ulteriormente frazionarsi, arricchendosi di sfumature e di articolazioni.

Ove l'attenzione venga riposta sul soggetto escluso, emerge in primo luogo il problema dello “Stato decente”. Alcune riflessioni<sup>8</sup> hanno evidenziato come l'onore dell'individuo dipenda non soltanto dall'autostima, ma anche e soprattutto dal giudizio formulato dagli altri. Ciò che l'uomo vuole e desidera, in altri termini, è essere riconosciuto dagli altri. Nessuno deve essere umiliato dalle persone e dalle istituzioni, a prescindere dalle condizioni in cui si trova, dalla ideologia che esprime e dai valori di cui è portatore. Anche le istituzioni, dunque, devono rispettare tutti: questa impostazione, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe suggerire un'inclusione generalizzata.

In senso più restrittivo, si potrebbe argomentare muovendo dal concetto di *libertà*. Gli individui, talora, preferiscono cedere spazi di libertà pur di ottenere garanzie di inclusione, di rispetto e di riconoscimento come membri di un gruppo<sup>9</sup>. In sostanza, le persone aspirerebbero non già ad avere uno spazio più ampio di libertà negativa, quanto piuttosto alla solidarietà, all'integrazione e alla comprensione. Queste riflessioni parrebbero supportare l'idea che l'integrazione dell'individuo, nel segno della solidarietà, passi attraverso la sua disponibilità ad accettare e condividere i valori della comunità al cui riconoscimento esso aspira.

La negazione della prospettiva di un'inclusione senza limiti potrebbe essere argomentata anche muovendo da altri punti di partenza. Si consideri, in particolare, la questione dei costi dell'inclusione<sup>10</sup> e della loro ripartizione. Viene qui in rilievo la tesi<sup>11</sup> secondo cui l'integrazione implica almeno un “consenso per intersezione”: i gruppi che si integrano in una collettività,

<sup>8</sup> A. MARGALIT, *La società decente*, Milano, 2002, 149.

<sup>9</sup> I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Milano, 2000, 58.

<sup>10</sup> Per uno spunto, v. S. SICARDI, *L'immigrazione e la Costituzione. Note sulla dottrina e sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 320.

<sup>11</sup> J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994. In senso critico v. ad es. I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, Milano, 1996 e W. KIMLICKA, *Introduzione alla filosofia contemporanea*, Milano, 1996; ID., *Multicultural Citizenship*, Clarendon Press, Oxford 1995.

pur se portatori di orientamenti religiosi, morali, filosofici differenti, devono convergere verso una sorta di base minima comune, che costituisce la premessa per una pacifica convivenza evitando inaccettabili e pericolose forme di omologazione<sup>12</sup>. Sotto il profilo giuridico va osservato che, a seguire siffatta impostazione, dovrebbe negarsi la possibilità di integrazione ai gruppi che non intendono assumersi il dovere di rispettare i valori minimi del nostro ordinamento.

In modo ancora più esplicito, altre riflessioni<sup>13</sup> hanno rifiutato di accettare una nozione di pluralismo che possa determinare il rischio di distruzione della società “integrante”. Ai nostri fini è interessante sottolineare che, secondo l’opinione in esame, non si può prescindere dall’applicazione di un principio di “reciprocità” nella quale il beneficiario (chi entra) *ricambia* il beneficiante (chi accoglie) riconoscendosi beneficiario, *riconoscendosi in debito*. Il potere pubblico, parrebbe potersi concludere, ha il “diritto” di chiedere a chi desidera essere integrato l’impegno a rispettare alcuni valori o, più in generale, a farsi carico di alcuni costi legati all’integrazione.

Ciò che interessa porre in evidenza, nell’economia del ragionamento qui condotto, sono i seguenti profili colti dalle riflessioni testé sintetizzate con riferimento al processo di integrazione: rispetto, solidarietà, doverosità e di responsabilità.

In particolare, le “parole chiave” da ultimo indicate segnalano come l’integrazione sia innanzi tutto un processo complesso che non tollera semplificazioni ingenuo o ideologicamente orientate e, comunque, come esso possa “ferire”: se tale processo richiede sforzi e implica costi, ci si può chiedere se, dal punto di vista giuridico, essi debbano essere sopportati soltanto da una delle parti coinvolte nel processo di integrazione ovvero se vi siano spunti che consentano una diversa conclusione. L’accoglimento della seconda opzione non significherebbe costringere colui che aspira all’integrazione a rinnegare i valori di origine, ma implicherebbe un suo impegno nel processo di integrazione, rispettando i (o alcuni) valori della comunità che integra, o, comunque, nella ricerca di una forma di convivenza accettabile.

---

<sup>12</sup> In tal modo, dunque, riconoscendo il pluralismo (v. in argomento G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, 2000), non è necessario schiacciare l’alterità in nome dell’identità (sui rapporti tra identità e alterità v. ad es. F. REMOTTI, *Contro l’identità*, Bari, 1996), evitando la chiusura della società e il fenomeno che è stato definito “cannibalismo culturale” (V. S. BENVENUTO, *Un cannibale alla nostra mensa. Gli argomenti del relativismo nell’epoca della globalizzazione*, Bari, 2000).

<sup>13</sup> G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, cit., in part. 50.

3. *Integrazione e coordinate giuridiche: la “globalizzazione” dei diritti fondamentali e l’insufficienza del loro riconoscimento formale*

Alla luce dell’analisi fin qui condotta, che si è snodata anche lungo sentieri indicati dalla letteratura non giuridica, emerge che l’integrazione deve essere gestita evitando la distruzione della comunità che integra, assicurando il rispetto dell’altro (o, comunque, considerando i due punti di vista: di chi aspira a essere integrato e della comunità), tenendo conto dei costi dell’integrazione e, comunque, sempre ricordando l’importanza e la centralità della persona.

In questo delicato contesto si muove il potere pubblico chiamato a gestire i processi di integrazione e, al suo interno, la pubblica amministrazione.

Va al riguardo aggiunto un ulteriore motivo di riflessione, che può ricondursi al tema delle “invarianti”.

Sempre più spesso, Stato e poteri pubblici non sono in grado di controllare alcuni elementi di contesto, i quali, di conseguenza, si profilano come presupposti non modificabili.

In primo luogo va richiamata (anche se questa volta sotto un punto di vista differente) la più volte ricordata tendenza alla globalizzazione dei diritti fondamentali, stabiliti in sede internazionale o – pur se con importanti differenziazioni - riconosciuti (a tutti e, dunque) anche agli stranieri dalla Corte costituzionale. Il tema è ampiamente trattato in dottrina<sup>14</sup> e affrontato in altre Relazioni presentate nel Convegno, sicché può essere qui solo ricordato in estrema sintesi. Certamente, una qualche forma di differenza permane tra chi gode della cittadinanza politica e coloro ai quali tale status non è riferibile; tuttavia, in ragione della lettura estensiva offerta dalla Corte, oggi molti diritti fondamentali – e, tra essi, pure taluni di quelli formalmente riferiti dalla Costituzione soltanto ai cittadini – sono riconosciuti pure ai non cittadini. Anche una parte dei diritti sociali, come noto, è stata estesa agli stranieri, pur differenziando le varie situazioni in cui essi possono venire a trovarsi.

Nel medesimo solco si collocano le decisioni della Corte Cedu, che, invocando diritti, hanno completato il regime applicabile agli stranieri con particolare riferimento ai fenomeni dei respingimenti, delle espulsioni collettive, del trattamento delle persone e delle garanzie procedurali.

Ovviamente le varie situazioni ora richiamate sono di matrice differente e impediscono indebite generalizzazioni: altro è individuare i diritti applicabili all’immigrato nel momento dell’ingresso nel Paese, altro è definirne il catalogo con riferimento alla permanenza nel territorio italiano dello straniero, distinguendo a seconda che sia immigrato regolare o irregolare, oppure in ragione del fatto che si tratti di diritti politici, sociali o civili. In ogni caso, la presenza di diritti

<sup>14</sup> V. *supra*, nt. 6.

concorre a ridurre lo spazio decisionale che il potere pubblico (anche il legislatore, ove si tratti di diritti fondamentali) detiene nel delineare la posizione dello straniero immigrato rispetto al cittadino.

Tuttavia, l'allargamento dell'area dei diritti, anche di quelli fondamentali, non risolve completamente il problema dell'integrazione: essere titolari di tali diritti, pur giustiziabili, non significa avere la garanzia della inclusione nel pieno significato del termine. Potrebbero anzi aprirsi preoccupanti scenari connotati dal riconoscimento formale di diritti che non evitano – o che addirittura alimentano – l'isolamento dovuto all'assenza di una effettiva integrazione legata al riconoscimento della comunità integrante. Di conseguenza, emerge una nuova sfida che coinvolge pure l'amministrazione pubblica, chiamata a rendere effettiva e a gestire l'integrazione, muovendo da situazioni di riconoscimento formale (anche a opera della legge) di diritti (si pensi ai temi dell'istruzione, dell'assistenza, dell'abitazione), evitando che l'integrazione si riduca all'isolamento, oppure che essa “travolga” chi integra.

Per altro verso, spesso la pretesa di qualcuno potrebbe scontrarsi con quelli di altri ed è difficile trovare una soluzione partendo dal punto di vista di diritti fondamentali, la cui vocazione ontologica è quella di prevalere nei confronti di altre aspirazioni. In questo contesto, pur consci dell'importanza dello strumento del bilanciamento tra diritti, potrebbe essere utile uno scarto che consenta di individuare uno scenario giuridico differente o, meglio, complementare, che renda più agevole la possibilità di un confronto e di un bilanciamento.

Il discorso sfocia inevitabilmente nella ricerca delle coordinate (se possibile, costituzionali) maggiormente adatte per inquadrare ed affrontare il tema dell'integrazione e per descrivere il fenomeno della inclusione.

#### 4. *L'insufficienza del riferimento al principio di eguaglianza e al valore della tolleranza*

Il riferimento più immediato è costituito dall'art. 3 Cost.<sup>15</sup> e dal valore dell'eguaglianza.

Tuttavia, seppur esso ha costituito un utile strumento per la costruzione di uno status protetto dell'immigrato, questo richiamo può apparire non sufficiente.

Un'importante indicazione ricavabile dalle osservazioni sopra svolte, infatti, è costituita dal fatto che al singolo che aspira ad essere incluso potrebbe inte-

---

<sup>15</sup> La disposizione recita: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

ressare non già il mero riconoscimento di una formale posizione di eguaglianza rispetto ad altri componenti della collettività, bensì partecipare proficuamente a quei processi di integrazione che, soli, sono in grado di assicurarli a pieno titolo il ruolo di membro della collettività medesima. A tacere del fatto che la norma si riferisce ai cittadini<sup>16</sup>, l'art. 3, cit., tuttavia, forse non consente di valorizzare appieno la circostanza che l'integrazione non è il prodotto di una estensione universalizzante di posizioni di vantaggio, ma rappresenta il frutto di un percorso in cui occorre un confronto tra le due parti e, soprattutto, un impegno reciproco (in questo quadro può essere letto il d.p.r. 14 settembre 2011, n. 149, Regolamento concernente la disciplina dell'accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato).

L'accento da ultimo compiuto consente di ritenere insufficiente anche il comma 2 dell'articolo, che impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono “il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. La norma, infatti, sembra configurare un impegno unilaterale da parte del potere pubblico, senza far esplicito cenno al ruolo e all'impegno dell'individuo, profili che, invece, come visto, risultano essenziali in vista di una completa integrazione.

Sussistendo dunque dubbi sul fatto che l'art. 3 Cost. costituisca la dimensione maggiormente congruente – o, comunque, l'unica via utilizzabile – al fine di porre in essere un'adeguata analisi giuridica del fenomeno della integrazione, potrebbe allora prospettarsi l'impiego di differenti chiavi esplicative. Un'ipotesi di cui occorre saggiare la fondatezza è quella che fa perno sulla nozione di tolleranza. Essa presenta l'indubbio vantaggio di presupporre l'inesistenza di valori assoluti non rinunciabili, i quali di per sé ostacolerebbero qualsiasi processo di proficua integrazione.

Nella dichiarazione sul principio di tolleranza, adottata dalla Conferenza generale dell'Unesco del 16 novembre 1995, la tolleranza, infatti, è definita come: “rispetto, accettazione e apprezzamento della ricchezza e delle diversità delle culture del nostro mondo, delle nostre modalità d'espressione e dei nostri modi di esprimere la nostra natura di esseri umani”; inoltre, si precisa che “la tolleranza non è né concessione, né accondiscendenza, né compiacenza”. Pur in presenza degli interessanti spunti contenuti nella testé citata definizione, non può tuttavia essere dimenticato che la tolleranza, nata nel contesto religioso e tradizionalmente presente nel dibattito dei pensatori liberali (Locke e J.S. Mill)<sup>17</sup>, indica tradizionalmente il comportamento di chi decide di astenersi dall'attuare punizioni o forme di repressione nei confronti di soggetti giudicati negativamente.

Mentre non si può non concordare con la necessità di combattere l'intolleranza, il richiamo alla tolleranza rischia dunque di implicare una valutazione

<sup>16</sup> Nel senso della estensione del principio, tuttavia, v. Corte cost., sentt. nn. 120/1967 e n. 54/1979. In argomento, v. V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale*, cit.

<sup>17</sup> Sul punto, da ultimo, v. S. MENDUS, *La tolleranza e i limiti del liberalismo*, Milano, 2002.

sfavorevole nei confronti di chi, tollerato, è considerato inferiore o “diverso” e, in quanto tale, è al più sopportato, accettato, ma non pienamente accolto.

##### 5. *La rilevanza della solidarietà*

Se il riferimento all’art. 3 Cost. e il richiamo al valore della tolleranza si mostrano insufficienti ai fini di un adeguato trattamento giuridico delle tematiche dell’integrazione, ancora orientandosi nel contesto costituzionale, pare possibile indirizzare la ricerca lungo una direzione differente.

In particolare, occorre rintracciare una norma che non si riferisca unicamente ai cittadini, che non sia formulata in modo da fondare la sussistenza di impegni unicamente in capo a chi “integra”, che offra flessibilità, permettendo di calibrare il tenore degli impegni reciproci a seconda delle specificità del caso, giustificando la rilevanza giuridica della progettualità del programma di inclusione e del relativo confronto.

La norma in oggetto è l’art. 2 della Cost., che dispone: “La Repubblica ... richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

È dunque questa la disposizione che, al livello più elevato del nostro ordinamento, riconosce il valore della “solidarietà” e prevede i relativi “doveri inderogabili”<sup>18</sup>.

Si tratta di profili che possono proficuamente essere utilizzati anche in tema di integrazione, sia per inquadrare il tema, sia, per fornire spunti interpretativi in caso di dubbi o a fronte di lacune. In quanto principio giuridico, poi, esso è in grado di concorrere a guidare l’azione discrezionale dell’amministrazione.

La prospettiva che s’intende percorrere, in sintesi, è quella secondo cui l’inclusione e l’integrazione non costituiscono soltanto un diritto, ma rappresentano il frutto di un processo più ampio che richiede l’attivazione di una serie di impegni reciproci.

La norma sopra invocata non si occupa dei soli cittadini, ma più genericamente si rivolge all’uomo. Vero è che la precisazione è contenuta nella parte iniziale dell’articolo<sup>19</sup>; tuttavia, sembra indubbio che all’uomo si riferisca pure la

<sup>18</sup> V. sul punto le fondamentali riflessioni di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, *passim*. V. altresì A. CERRI, *Doveri pubblici*, voce dell’*Enc. giur. Treccani*, XII, Roma e A. BARBERA, *Commento all’art. 2 Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, I, 1975, 84 e ss. Sia consentito altresì rinviare a F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell’ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002, 215 e ss. e *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010.

<sup>19</sup> “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ...”.

disciplina sulla solidarietà e non è un caso che, facendo sistema con l'art. 3, la Costituzione assuma come proprio programma lo sviluppo della persona.

Il dovere di solidarietà, ovviamente, è in primo luogo riferibile alla comunità sollecitata ad accogliere; esso, peraltro, può pure essere esteso all'individuo che aspira a essere integrato (potenziale bilateralità degli impegni<sup>20</sup>). Al dovere non necessariamente si contrappone un diritto, la cui esistenza determina un irrigidimento della trama dei rapporti e che rischia di aprire la via a forme di isolamento. Anche per questo motivo, la prospettiva dei doveri di solidarietà sembra meglio corrispondere alle esigenze dell'inclusione e dell'integrazione, le quali implicano di "preoccuparsi" dell'altro, e consente con maggior facilità di individuare forme possibili e flessibili di convergenza tra valori e culture differenti, ripartendo i costi connessi ad un processo che si nutre del valore del dialogo.

Ancora indagando sul rapporto tra gli individui coinvolti dall'integrazione, va aggiunto che la solidarietà si riflette in una prestazione personale non surrogabile. Questa dimensione non può essere ricondotta alla sola eguaglianza, perché implica la preordinazione di comportamenti non standardizzabili, ma irripetibili e "calibrati" in ragione delle caratteristiche della situazione di rischio. Il problema, infatti, non è quello di operare in modo eguale nei confronti di tutti i soggetti, trattandosi - si sarebbe tentati di dire: proprio al contrario - di accogliere e di aiutare in modo differenziato chi è in difficoltà e, soprattutto, di accentuare il profilo della responsabilità.

Il principio della solidarietà, come anticipato, può altresì guidare l'azione dell'amministrazione nei limiti in cui essa sia chiamata a "gestire" i processi di integrazione e a fornire utilità e prestazioni agli immigrati.

Infine, la solidarietà deve connotare i rapporti di tutti coloro che sono legati da un patto e da un impegno. Per questa ragione, nella gestione dei flussi migratori e dei processi di integrazione, gli Stati membri (e l'Italia, in particolare) non possono essere lasciati soli, richiedendosi invece un intervento più deciso dell'Unione europea.

In conclusione di queste riflessioni, occorre svolgere due ulteriori ordini di considerazioni.

In primo luogo, si potrebbe obiettare che l'analisi condotta, pur più volte lambendoli, ha colpevolmente attenuato la rilevanza dei diritti.

Sul punto occorre essere chiari. Di fronte a situazioni estreme e a eventi che rischiano di pregiudicare aspirazioni e bisogni fondamentali non v'è dubbio che lo strumentario giuridico più efficace sia ancora costituito dai diritti. Il tema della solidarietà (o la rilevanza di diritti differenti: si pensi all'accesso a internet o all'esercizio dell'accesso civico) viene in evidenza soltanto in un secondo momento o, al più, vale a rafforzare la responsabilità di chi, nel rapporto con l'altro, è meno debole.

---

<sup>20</sup> V. sul punto V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008.

Tuttavia, è altrettanto indubbio che, forse perché figli dell'era dei diritti, ci siamo disabituati ai doveri e alle nostre responsabilità, sicché può essere salutare ricordare (anche sul piano giuridico) che le dinamiche sociali non sono dominate esclusivamente da pretese e da facoltà, ma si nutrono di solidarietà e responsabilità. Il significato più riposto della solidarietà, intesa come aiuto agli altri, si coglie pensando alla predisposizione di prestazioni personali che implicano di “rivolgersi al volto dell'altro” per consentire la piena realizzazione dell'individuo attraverso le scansioni di un percorso di inserimento o di valorizzazione: molto spesso l'altro va “aiutato ad aiutarsi” e, quindi, può a sua volta essere gravato di doveri. In ogni caso, molte operazioni giuridicamente rilevanti compiute con riferimento ai processi di integrazione sono chiaramente (e meglio) inquadrabili nella prospettiva della solidarietà biunivoca, piuttosto che nella logica del puro diritto.

In secondo luogo, i temi dell'integrazione hanno a che fare con l'assetto futuro delle nostre società, nel senso che la fisionomia delle generazioni successive alla nostra dipende anche dalla nostra capacità di gestire oggi i processi di integrazione, tenendo anche conto del fatto che è moralmente assai difficile giustificare l'impegno di farsi carico delle esigenze di chi non è ancora nato, dimenticando però quelle di chi già solca il palcoscenico della storia e chiede aiuto “qui e adesso”.

Il concetto di sviluppo sostenibile, cioè, si arricchisce di nuovi motivi e di ulteriori articolazioni, abbandonando il riferimento esclusivo alle tematiche ambientali per abbracciare tutti i casi in cui vengano in evidenza i bisogni delle generazioni future.

Il diritto dello sviluppo sostenibile (di cui la disciplina ambientale, quella dell'equilibrio dei bilanci e, in fondo, anche parte della regolamentazione delle crisi globali, ivi comprese quelle legate ai flussi migratori, dunque, non sono altro che un momento di emersione) è dominato dal paradigma della doverosità<sup>21</sup>, a conferma dell'utilità della prospettiva qui indicata.

## INTEGRATION, EQUALITY, SOLIDARITY

by Fabrizio Fracchia

### Abstract

The essay analyses the matter of the integration not only from the point of view – as usually done by scholars – of rights, but stressing the idea of solidarity and the dimension of the duties.

---

<sup>21</sup> Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, cit.

Particular attention is given to the conditions that a legal system might require in order to integrate foreign people. After examining the insufficient perspective both of rights and of the principle of equality, established by art. 3 Const., the article suggests that the art. 2 Const. might be considered as the legal provision that can support a new paradigm in the integration process, emphasizing aspects such as the bilateral duties and the personal commitments.

In this context the article also examines the link with the problem of the sustainable development and the needs of the future generation, once more based on the idea of duties and solidarity.

## La protezione normativa dei rifugiati in America Latina ed in Brasile

di Estefânia Maria de Queiroz Barboza

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La protezione internazionale dei rifugiati. - 3. La protezione dei rifugiati nelle Costituzioni e nelle legislazioni nazionali in America Latina. - 4. La tutela normativa dei rifugiati politici in Brasile. - 5. Le principali e recenti sfide in materia di protezione dei rifugiati in America Latina. - 5.1. Il Piano d'Azione del Messico del 2004 ed i Programmi per i rifugiati in America Latina. - 5.2. Colombia: violenza, sfollati interni e rifugiati. - 5.3. Haiti e la protezione complementare umanitaria. - 6. Conclusione.

### 1. *Introduzione*

Perché si possa affrontare il tema dei rifugiati politici negli Stati latino-americani è importante fare una breve ricostruzione storica della protezione internazionale dei diritti umani. Questo approccio si giustifica perché vi sono tre aspetti della protezione internazionale dei diritti della persona umana che devono essere presi in considerazione: il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto internazionale umanitario e il diritto dei rifugiati. Tale distinzione è necessaria per comprendere le diverse origini storiche che i tre rami possiedono: il diritto internazionale umanitario è caratterizzato dallo scopo di proteggere le vittime dei conflitti armati; il diritto internazionale dei rifugiati ha come obiettivo quello di salvaguardare i diritti umani minimi degli individui che hanno lasciato i loro paesi di origine e il diritto internazionale dei diritti umani ha per obiettivo la tutela della vita, della salute e della dignità degli esseri umani in tutte le circostanze, sia in tempo di pace sia in tempo di guerra.

Nonostante tale separazione, tutti questi strumenti normativi sono ispirati da valori comuni, come la dignità, libertà e uguaglianza umana, che devono essere riconosciuti dai differenti sistemi giuridici – sia nell'ambito nazionale sia in quello internazionale - in modo da ampliare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali, che è, in ultima analisi, la finalità che orienta tutta la disciplina.

È importante sottolineare, inoltre, il fatto che è stata la normativa internazionale su questo argomento che ha influenzato direttamente le revisioni e le riforme normative nazionali, permettendo così che la legislazione brasiliana e in generale

quella latino-americana fossero coerenti con gli impegni assunti dagli Stati in ambito internazionale, attraverso l'adesione a numerosi Trattati, Convenzioni e Dichiarazioni, per garantire un'ampia e totale osservanza dei diritti umani dei rifugiati.

Quindi, non è possibile spiegare la protezione normativa nazionale senza prima affrontare quella internazionale.

Anche se esistono documenti anteriori, è il secolo XX che concentra la più grande e principale costruzione normativa internazionale sui Diritti Umani. Ciò diventa comprensibile se si tengono presenti le condizioni storiche all'epoca della produzione dei primi patti internazionali. Le atrocità vissute durante le due guerre mondiali, i conflitti globali che hanno portato alle peggiori violazioni dei diritti fondamentali hanno indotto la comunità internazionale a riconoscere la necessità della produzione di testi normativi destinati ad essere osservati sia dagli Stati sia dalle organizzazioni internazionali.

Tali patti cercavano la stabilizzazione dell'ordine internazionale mediante il compromesso esplicito dei governi di rispettare il nucleo minimo di diritti concepibile per garantire un'esistenza umana degna. Inoltre, provavano a diminuire la sofferenza di coloro che a causa delle guerre erano stati costretti ad abbandonare i loro paesi di origine. Tuttavia, come succede con gran parte dei testi normativi sui diritti fondamentali, i principi affermati in tali documenti "hanno assunto vita propria" e sono diventati il fondamento per l'estensione del concetto di rifugiato a fattispecie per cui non era stato originariamente previsto.

Quest'articolo si propone di illustrare, in primo luogo, la protezione internazionale dei rifugiati, per poi passare alla trattazione della tutela dei rifugiati prevista dalle Costituzioni e dalle leggi nazionali dei paesi dell'America Latina. In quest'ambito si parlerà anche della protezione dei rifugiati politici in Brasile.

Infine, si analizzeranno le principali e recenti sfide per la protezione dei rifugiati in America Latina, dando particolare rilievo al problema degli sfollati interni e dei rifugiati provenienti dalla violenza dei guerriglieri in Colombia, tanto quanto la necessaria protezione umanitaria agli haitiani dopo il terremoto del 2010.

## 2. *La protezione internazionale dei rifugiati*

Prendendo in esame la protezione minima di chi deve fuggire dai propri paesi di origine, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, all'articolo 14 si afferma che «ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni», però «questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Articolo 14. Disponibile in: <<http://www.obchbr.org/en/udhr/pages/language.aspx?langid=itn>>. Consultato il 10 maggio 2013.

Sulla portata di queste disposizioni ha osservato Flávia Piovesan, docente di diritti umani e costituzionale all'Università Cattolica di San Paolo:

Quando le persone devono abbandonare le loro case per scappare da una persecuzione, tutta una serie di diritti umani sono violati, inclusi il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza personale, il diritto di non essere sottomesso alla tortura, il diritto alla privacy e alla vita familiare; il diritto alla libertà di spostamento e di residenza e il diritto di non essere sottomessi all'esilio arbitrario. I rifugiati abbandonano tutto in cambio di un futuro incerto in una terra sconosciuta. È quindi necessario che le persone che subiscono questa grave violazione siano accolte in un luogo sicuro, ricevendo protezione effettiva contro il rimpatrio forzato nel paese in cui vi sono atti di persecuzione, e abbiano garantito un livello minimo di protezione dei diritti fondamentali<sup>2</sup>.

Pertanto, la comunità internazionale, traumatizzata dagli eccessi della guerra, ha avvertito la necessità che i paesi membri delle Nazioni Unite fossero impegnati attivamente nel prestare aiuto a coloro che erano stati vittime di persecuzione sui propri territori, dal momento che appariva incontestabile che ogni domanda di rifugio o asilo era conseguenza di uno *standard* di violazione dei diritti fondamentali.

Con l'approvazione della Dichiarazione Universale del 1948 è stato introdotto l'odierno sistema di tutela dei diritti umani ed ha avuto inizio il diritto internazionale dei diritti umani, anche con la consacrazione del diritto fondamentale di asilo, sicché la sua domanda deve sempre essere considerata come l'esercizio di un diritto universalmente assicurato.

Di fronte alla necessità di prevedere una disciplina specifica per la tutela internazionale dei diritti umani dei rifugiati, tre anni dopo la Dichiarazione Universale del 1948 è stata approvata la Convenzione di Ginevra de 1951, relativa allo *status* dei rifugiati, che costituisce ancora oggi la base giuridica per regolare la situazione di milioni di rifugiati in tutto il mondo<sup>3</sup>.

In origine la Convenzione prevedeva un ambito temporale molto limitato ai fini dell'attribuzione dello *status* di rifugiato, poiché si considerava rifugiato soltanto colui che *«per causa di avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951 e nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua ap-*

<sup>2</sup> F. PIOVESAN, *O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados*, in N. DE ARAUJO e G. ASSIS DE ALMEIDA (coord.), *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

<sup>3</sup> A questo proposito, si veda J. RUIZ DE SANTIAGO, *O direito internacional dos refugiados em sua relação com os direitos humanos e em sua evolução histórica*, in A. A. CANÇADO TRINDADE, G. PEYTRIGNET, J. RUIZ DE SANTIAGO, *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*, San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/ Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

*partenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dallo Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato»; inoltre, tale status veniva esteso «a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio a causa di tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi»<sup>4</sup>.*

Le limitazioni temporali e geografiche imposte dalla norma – la persecuzione doveva essere riferibile a fatti accaduti prima del 1951 e la persona rifugiata doveva provenire dal continente europeo – sono risultate giustificabili soltanto in quella particolare epoca, dato che, al momento dell'approvazione del testo, la grande massa di rifugiati proveniva dal continente europeo. Tuttavia, negli anni, questa definizione si è mostrata assolutamente controproducente ed ha spinto la comunità internazionale all'ampliamento della nozione di rifugiato, che è avvenuta con il Protocollo relativo allo status di Rifugiato, adottato a New York il 31 gennaio 1967.

Pertanto, dopo la Convenzione del 1951 e il suo Protocollo del 1967, il concetto di rifugiato è diventato più aperto, dato che può essere riconosciuto tale *status* ad ogni individuo che abbia il fondato timore di essere perseguito per motivi di razza, religione, nazionalità, partecipazione a un determinato gruppo sociale, o di opinioni politiche, non potendo o non volendo perciò avvalersi della protezione del suo paese di origine. La persona rifugiata, dunque, può essere perseguitata dal proprio Stato di origine, oppure, questo Stato può rivelarsi incapace di proteggerla da quello che la perseguita.

Il rifugiato, nel paese in cui presenta la domanda di riconoscimento, è sottoposto ad un regime giuridico diverso da quello previsto per lo straniero comune<sup>5</sup>, anche per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio – nelle ipotesi di ingresso clandestino e illegale – nel territorio dello Stato di destinazione.

Nell'ambito dell'America Latina, a causa della grande affluenza di rifugiati provenienti dall'America Centrale, nel 1984 è stata sottoscritta la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati. Tale Dichiarazione raccomanda che il concetto di rifugiati sia ulteriormente ampliato per coprire anche chi si sposta per fuggire da qualsiasi condizione che sia considerata come una grave violazione dei diritti umani. In questo senso, la Conclusione Terza della Dichiarazione prevede:

---

<sup>4</sup> Convenzione di Ginevra del 1951. Disponibile in: < <http://www.unhcr.it/cms/attach/edtor/PDF/Convenzione%20Ginevra%201951.pdf>>. Consultato il 10 maggio 2013.

<sup>5</sup> F. PIOVESAN, op. cit., p. 34, avverte che «questa distinzione deve essere sempre presa in considerazione quando si sta prendendo in analisi l'imposizione di una misura punitiva sul fondamento d'ingresso illegale di rifugiati. È, quindi, essenziale il riferimento all'articolo 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, che garantisce a tutte le persone il diritto di cercare e di godere di rifugio e all'articolo 31 della Convenzione del 1951, che esenta i rifugiati da sanzioni per la permanenza o l'ingresso illegale quando provengono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la libertà sarebbero minacciate».

Riaffermare che, data l'esperienza acquisita in seguito all'afflusso in massa di rifugiati nella regione centro-americana, diventa necessario prevedere l'estensione del concetto di rifugiato, tenendo eventualmente conto, ed in funzione delle caratteristiche della situazione nella regione, del precedente della Convenzione dell'OUA (art. 1, par. 2) e della dottrina seguita nei rapporti della commissione interamericana dei diritti umani. In tal modo, la definizione o il concetto di rifugiato, di cui si raccomanda l'applicazione nella regione, potrebbe non soltanto inglobare gli elementi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967, ma anche estendersi alle persone fuggite dal loro paese perché la loro vita, la loro sicurezza e la loro libertà erano minacciate da una violenza generalizzata, un'aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti dell'uomo o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico<sup>6</sup>.

Tutte queste definizioni contenute in diversi testi normativi non si escludono a vicenda, anzi, sono complementari. Si deve sottolineare ancora una volta il contenuto della Dichiarazione dei Diritti Umani di Vienna del 1993, in cui si afferma che il problema dei rifugiati debba essere trattato dalla prospettiva più generale della tutela dei diritti umani, essendo questi, indivisibili e inseparabili.<sup>7</sup>

In questo senso afferma Antonio Augusto Cançado Trindade, membro della Corte internazionale di giustizia:

In questa linea di evoluzione, si passa gradualmente da un criterio soggettivo di qualificazione degli individui, secondo le ragioni che li hanno portati ad abbandonare le proprie case, verso un criterio oggettivo concentrato invece sulle necessità di protezione. (...) Le qualifiche individuali di persecuzione si presentano anacronistiche e poco pratiche rispetto al fenomeno dei movimenti di massa di persone, situate in un contesto più ampio dei diritti umani. L'attenzione si rivolge alla preparazione e allo sviluppo del concetto di responsabilità dello Stato per porre rimedio alle cause stesse che portano a flussi massicci di persone. (...) Un'altra implicazione del concetto allargato di protezione deriva dalla necessità di dedicare maggiore attenzione alla portata del diritto a restare al sicuro a casa (per non essere costretti all'esilio) e il diritto di tornare sani e salvi a casa<sup>8</sup>.

Oltre alla normativa internazionale di cui sopra, è importante rilevare il Protocollo Addizionale alla Convenzione Americana dei Diritti Umani sui temi dei diritti economici, sociali e culturali, del 1988, il Protocollo di San Salvador e la Dichiarazione di San José sui Rifugiati e Sfolati del 1994 e ancora la Dichiarazio-

---

<sup>6</sup>Secondo l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati potrebbero rientrare all'interno della nozione di rifugiato anche le persone in cerca di protezione; laddove nella loro patria si violino *standard* morali o sociali gravi. Tra questi possiamo citare le donne vittime di mutilazioni e gli omosessuali.

<sup>7</sup>Comma 8: «*La democrazia, lo sviluppo e il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali sono interdipendenti e si rafforzano a vicenda*».

<sup>8</sup>A. A. CANÇADO TRINDADE, G. PEYTRIGNET, J. RUIZ DE SANTIAGO, op. cit., p. 90-91.

ne e il Piano di Azione del Messico per rafforzare la Protezione internazionale dei Rifugiati in America Latina del 2004, che celebra il ventesimo anniversario della Dichiarazione di Cartagena. Tutti questi documenti affermano l'idea della piena protezione dei rifugiati e i principi consacrati dai trattati più importanti, evidenziando ancora una volta la responsabilità degli Stati nei confronti del problema dei rifugiati.

Fra questi principi merita attenzione quello del *non-refoulement* o di non respingimento<sup>9</sup>, in base al quale, una volta consegnata la richiesta da parte della persona minacciata, il paese firmatario dei Trattati in materia di rifugiati non potrà respingere il soggetto richiedente verso il paese in cui possa subire, o aver già subito, una minaccia di persecuzione o una violazione dei suoi diritti fondamentali (art. 33, Convenzione di Ginevra)<sup>10</sup>. Ciò costituisce un principio fondamentale del diritto internazionale dei diritti umani e, in particolare, dei rifugiati.

Da questa disposizione discende un obbligo per gli Stati di essere consapevoli delle garanzie dei diritti dei rifugiati prima del procedimento di richiesta di asilo, durante questo processo e anche dopo di esso. Inoltre, questa normativa non prevede soltanto la responsabilità statale di protezione in senso stretto, ma richiede anche un impegno per prevenire e risolvere il problema.

### 3. *La protezione dei rifugiati nelle Costituzioni e nelle legislazioni nazionali in America Latina*

La maggior parte delle Costituzioni politiche dei paesi latino-americani riconosce esplicitamente il diritto di asilo, sebbene non contengano la distinzione tra asilo e rifugio.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> La Convenzione di Ginevra del 1951: «Art. 33 Divieto d'espulsione e di rinvio al confine : (1) Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

<sup>10</sup> J. F. S. LUZ FILHO, *Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado*, in N. Araujo (ed.), *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>11</sup> Degne di nota sono state le Costituzioni dei seguenti paesi: Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Uruguay e Venezuela. Per ulteriori informazioni sul tema, si veda il lavoro di M. L. G. DUBLANC, *Estudo comparativo de las legislaciones nacionales*, in L. FRANCO (ed.), *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio"* a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, San José, C.R.: EDITORAMA, 2004. Pongo l'accento, ancora, sull'articolo 75, comma 22, della *Constitucion de la Nación Argentina* del 1853, riformato nel 1994, che attribuisce lo *status* costituzionale ai trattati sui diritti umani, così come la Costituzione

Tuttavia, nelle legislazioni nazionali è possibile verificare la chiara distinzione concettuale tra asilo e rifugio, assegnandosi significati diversi per ognuno dei due termini. Il termine asilo si trova legato al diritto che lo Stato concede agli stranieri perseguitati per motivi politici o per reati politici o affini. Il termine rifugio o rifugiato è collegato «allo statuto che si riconosce allo straniero per applicazione del sistema basato sulla Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967»<sup>12</sup>, vale a dire, il rifugiato è colui «che temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra».

Pertanto, sebbene in alcuni casi la legislazione interna dei paesi latino-americani disciplini nello stesso documento normativo entrambi gli strumenti di tutela, l'asilo ed il rifugio sono istituti distinti. Mentre l'asilo è atto discrezionale e sovrano dello Stato, il rifugio è un'istituzione convenzionale di carattere internazionale e deve essere concesso quando è conforme ai requisiti normativi richiesti.

Al riguardo, è opportuno segnalare anzitutto la legislazione del Costa Rica, ove, all'articolo 2 del Decreto n. 19.010-G, stabilisce che la normativa relativa alla protezione degli "esiliati politici" e dei "rifugiati" è da individuare in conformità alle convenzioni internazionali vigenti.

La legge n. 8764 del 2009 distingue la condizione di rifugiato negli artt. 106-110, dalla condizione di asilo prevista negli artt. 111 e seguenti.

In Ecuador, ad esempio, l'asilo è riconosciuto dall'art. 29 della sua Costituzione. Il decreto n. 3301 del 1992, che disciplina la materia dei rifugiati, rinvia all'applicazione delle norme previste dalla Convenzione del 1951 e dal Protocollo del 1967.

A sua volta, la Costituzione del Guatemala riconosce il diritto di asilo nell'art. 27, e affida all'*Acuerdo Gubernativo* n. 383 del 2001, la regolamentazione sostanziale dello Statuto del Rifugiato, inserendo nell'art. 11, un'ampia definizione del concetto di rifugiato in conformità con la Dichiarazione di Cartagena.

Anche il Messico presenta norme distinte in materia di asilo e rifugio. Il Regolamento della Legge Generale della Popolazione, del 31 agosto 1992, rico-

---

brasiliana del 1988, che, all'articolo 5, § 3, afferma che «i trattati e le convenzioni internazionali sui diritti umani che sono stati approvati in ciascuna Camera del Congresso, in due turni, da tre quinti dei voti dei suoi membri devono essere equivalenti a modifiche costituzionali». Allo stesso modo in Brasile, la Costituzione prevede, all'articolo 4, sezione X, che la concessione di asilo politico è un principio di governo del Brasile nelle sue relazioni internazionali.

<sup>12</sup> C. SAN JUAN, *Análisis de legislación comparada*, in L. FRANCO (ed.), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, San José, C. R.: EDITORAMA, 2004, p. 219.

nosce lo statuto dell'asilo territoriale e diplomatico sia agli stranieri che arrivano nel territorio nazionale, sia a coloro che ne fanno direttamente richiesta presso le ambasciate messicane all'estero, perché, in fuga da persecuzioni politiche. D'altra parte, nell'ambito di questo regolamento, la definizione di rifugiato si identifica con quella prevista nella Dichiarazione di Cartagena del 1984.

Lo Stato di Panama disciplina la materia con il decreto esecutivo n. 23 del 1998, che si occupa esclusivamente della condizione di rifugiato, che viene descritto all'articolo 5<sup>13</sup>. Invece l'asilo politico è trattato nel decreto legge n. 16 di Migrazione del 1960.

Il Perù riconosce espressamente nell'art. 36 della sua Costituzione, il diritto all'asilo politico ed ha adottato recentemente due leggi: la Legge dell'Asilo e la Legge del Rifugiato, ambedue approvate nel 2002. La legge del Rifugiato, n. 27891 del 20 dicembre 2002, regola l'ingresso, il riconoscimento e i rapporti giuridici dello Stato peruviano con il rifugiato in conformità agli strumenti internazionali di cui il Perù è parte.

Allo stesso modo, si può citare la protezione ai rifugiati, ai sensi del decreto n. 2450 del 2002, della Colombia.

In Venezuela la Costituzione del 1999 riconosce all'articolo 69 il diritto di asilo e di rifugio e la legge n. 34 del 2001 stabilisce che può presentare domanda di rifugio chiunque abbia fondati timori di essere perseguitato per i motivi e le condizioni stabilite nel Protocollo del 1967 sullo Statuto dei Rifugiati.

In Argentina il medesimo tema è trattato nella legge generale di riconoscimento e protezione del Rifugiato del 2006 (art. 4, legge n. 26165/2006), che accoglie un concetto ampio di rifugiato, comprendendo coloro che hanno subito una violazione generalizzata dei loro diritti umani. Vi è anche il decreto del Governo n. 464 del 1985, che prescrive il rispetto della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967, attraverso la costituzione di un Comitato di eleggibilità per i Rifugiati.

Emerge chiaramente come la maggior parte dei paesi latino-americani<sup>14</sup> abbiano adottato nel diritto interno il concetto ampliato di rifugiato, previsto nella Conclusione terza della Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati, al fine di considerare come tali, al di là delle previsioni presenti nella Convenzione del 1951 e

---

<sup>13</sup> Disponibile in: <http://http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0069>. Consultato il 20 maggio 2012.

<sup>14</sup> El Salvador ha emanato il Decreto n. 918 del 2002 per regolare il diritto dei rifugiati, per garantire l'attuazione della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967. Il Paraguay ha regolato internamente la questione dalla Legge n. 1938 del 2002. In Uruguay l'argomento è stato trattato con un Decreto del 5 luglio 1956, che porta nel suo articolo 1° il concetto di rifugiato politico come ogni straniero residente a qualsiasi titolo nella Repubblica dell'Uruguay, per motivi derivati da una persecuzione politica presumibilmente certa. Bolivia, a sua volta, protegge siano i rifugiati per motivi politici siano quelli che soffrono gravi violazioni dei diritti umani, il quale è previsto agli articoli 1° e 2° del Decreto Supremo 19640, del 1983.

nel Protocollo del 1967, quelle persone che sono fuggite dal loro Paese perché la loro vita, la loro sicurezza, o la loro libertà è stata minacciata dalla violenza generalizzata, dall'aggressione straniera, da conflitti interni, dalla violazione stessa dei diritti umani o da altre circostanze che hanno gravemente turbato l'ordine pubblico. Com'è il caso, ad esempio, dell'Argentina, del Belize, della Bolivia, del Brasile, della Colombia, del Cile, dell'Ecuador, di El Salvador, del Guatemala, dell'Honduras, del Messico, del Paraguay, del Nicaragua, del Perù e dell'Uruguay.

In più, è possibile evidenziare che molti paesi dell'America Latina hanno adottato un altro criterio che ha allargato la definizione di rifugiato, introducendo il principio dell'unità familiare, attraverso il quale si riconosce la condizione di rifugiato anche ai membri del nucleo familiare della persona rifugiata<sup>15</sup>. Tra i Paesi che hanno riconosciuto espressamente il principio dell'unità familiare, possiamo citare: Brasile, Colombia, El Salvador, Costa Rica, Messico, Panama e Perù.

Inoltre, bisogna prendere in considerazione le protezioni riguardanti i flussi migratori di massa, dato che, in queste situazioni si può prevedere un'ampia protezione per il gruppo attraverso anche il riconoscimento collettivo, o in altri casi, stabilire categorie sussidiarie di protezione, che offrono minore tutela di quella accordata ad altre categorie di rifugiati. A titolo di esempio, cito la legislazione del Panama, che considera la figura del "bisogno di protezione temporale" e richiede, perché venga considerato come rifugiato, che la persona in questione sia vittima di atti di persecuzione di carattere individuale, restringendo, in questo modo, la definizione di rifugiato.

#### 4. *La tutela normativa dei rifugiati politici in Brasile*

Il Brasile ha avuto e continua ad avere un ruolo di precursore e leader nella protezione internazionale dei rifugiati. È stato, infatti, il primo paese del Cono Sud a ratificare nel 1960 la Convenzione concernente lo Statuto dei Rifugiati del 1951. E' stato anche uno dei primi paesi a far parte del Comitato Esecutivo dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR). Il lavoro dell'Alto Commissariato per i rifugiati in Brasile è guidato dagli stessi principi e funzioni di qualsiasi altro Paese: proteggere i rifugiati e promuovere soluzioni continuate ai loro problemi.

Il Brasile ha partecipato attivamente alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, e ancora ha firmato, ratificato e promulgato i principali documenti relativi ai rifugiati: Statuto dei Rifugiati del 1951 e Protocollo del 1967, recependo quindi pienamente nell'ambito interno la normativa internazionale.

---

<sup>15</sup> C. SAN JUAN, op. cit., p. 229.

Ciononostante, negli anni '70 e '80, il Brasile aveva adottato la disposizione della convenzione che riconosceva come rifugiati soltanto le persone di origine europea, la cosiddetta "riserva geografica", non accogliendo i rifugiati provenienti dall'Africa o dall'America Latina.

Questa situazione comincia a cambiare soltanto con la democratizzazione del Brasile, con la Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile del 1988 e la promulgazione del Decreto n. 98602 del 1989, che rimuove la limitazione geografica, concedendo la possibilità di accogliere rifugiati da ogni parte del mondo.

Tra il 1992 e il 1994, il Brasile ha ricevuto come rifugiati milleduecento angolani, sebbene la maggioranza di questi individui scappasse a causa di conflitti e di violenza generalizzata, attuando pertanto il concetto ampio di rifugiato previsto nella Dichiarazione di Cartagena del 1984.

Si può dire, così, che la definizione classica e quella ampliata di rifugiato confluiscono entrambe nella legge brasiliana<sup>16</sup>, che è considerata una delle leggi più avanzate e garantiste del continente latino-americano in materia di diritto internazionale dei rifugiati<sup>17</sup>.

Oltre alla definizione ampliata del concetto di rifugiato in linea con la Dichiarazione di Cartagena, nella legge brasiliana è stato riconosciuto come rifugiato qualsiasi persona che, a causa di una violazione grave e diffusa dei diritti umani, è costretta a lasciare il paese di origine per cercare rifugio in un altro paese, prevedendo anche che gli effetti della condizione dei rifugiati siano estesi al coniuge, agli ascendenti e discendenti, così come agli altri membri del gruppo familiare che dipendono economicamente dal rifugiato, a condizione che siano sul territorio nazionale.

Tuttavia, malgrado questa grande apertura del concetto di rifugiato, la legislazione nazionale non ha mancato di prevedere anche clausole di esclusione: ha cioè enumerato alcune situazioni in cui la persona, anche se fuori dal suo paese di origine, non può ricevere la protezione dello Stato brasiliano. In particolare, ai sensi dell'art. 3, della legge n. 9474/97:

Non saranno ammessi nella condizione di rifugiati le persone che:  
I – godono già di protezione o assistenza da parte di enti o agenzie delle Nazioni Unite diversi dall'UNHCR;

---

<sup>16</sup> «Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país».

<sup>17</sup> G. A. ALMEIDA, *A lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações*, in N. de Araujo e G. A. ALMEIDA (eds.), *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- II – sono residenti nel territorio nazionale ed hanno diritti e doveri riguardanti la condizione di cittadino brasiliano;
- III – hanno commesso un reato contro la pace, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, crimini atroci, hanno partecipato ad atti di terrorismo od a traffici di droga;
- IV – sono ritenuti colpevoli di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite.

La normativa prevede anche la procedura per la richiesta di rifugio, che si articola in fasi distinte: la richiesta di rifugio attraverso la Polizia Federale di frontiera; la decisione del Comitato Nazionale per i Rifugiati (CONARE), avverso la quale, in caso di diniego del riconoscimento dello *status* di rifugiato, è possibile fare appello al Ministro della Giustizia, che deciderà in ultimo grado. La richiesta di rifugio, in particolare, prevede la partecipazione di tre organizzazioni: l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), il Dipartimento di Polizia Federale ed il Comitato Nazionale per i Rifugiati (CONARE). Oltre a questi organismi, che intervengono nella rilevazione iniziale dello *status* di rifugiato, contro la decisione negativa del CONARE, è previsto il ricorso al Ministro della Giustizia. Va notato, inoltre, che la richiesta di rifugio è gratuita, ha carattere urgente ed è riservata, protetta dal segreto.

E' evidente, quindi, che la legge nazionale ha come obiettivo principalmente quello di garantire una protezione ampia alle persone che chiedono rifugio nel paese. La normativa in esame garantisce, tra l'altro, al soggetto cui è stata negata la richiesta di rifugio, di non essere trasferito nel proprio paese di cittadinanza o di residenza abituale, qualora permangano le situazioni che mettono in pericolo la sua vita, l'integrità fisica e la libertà.<sup>18</sup>

Riconoscendo gli sforzi del Brasile per predisporre strumenti in grado di garantire piena protezione ai rifugiati, la legislazione brasiliana è stata considerata dall'UNHCR come paradigma di una legislazione esemplare per la protezione dei rifugiati in Sud America.

Il rifugiato gode della protezione del governo brasiliano e può ottenere documenti, lavorare, studiare ed esercitare gli stessi diritti di qualsiasi straniero legalizzato. Tutto è garantito, poiché il Paese ha una delle leggi più moderne in materia di rifugiati: la legge n. 9474 del 1997, che costituisce il risultato di un processo di recepimento dei vari trattati internazionali in materia.

Un altro aspetto interessante del dibattito riguarda le conseguenze nel quadro della previdenza e dell'assistenza sociale dei rifugiati e degli stranieri in Brasile.

---

<sup>18</sup> Articolo 32. In caso di rifiuto definitivo di rifugio, il richiedente sarà soggetto alla legislazione degli stranieri, non dovendo avere il loro trasferimento verso il loro paese di cittadinanza o residenza abituale, mentre in circostanze che mettono in pericolo la vita, l'integrità fisica o libertà, eccetto alcune situazioni nelle sezioni III e IV dell'art. 3 della presente legge.

Dal punto di vista della previdenza sociale, si riconosce ai rifugiati il diritto ad essa, purché soddisfatti i requisiti previsti dalla legislazione brasiliana, tra i quali: il tempo della contribuzione, etc. Inoltre, il Brasile ha firmato degli accordi multilaterali nell'ambito del Mercosur<sup>19</sup> (decreto legislativo n. 451/2001), iberoamericani e bilaterali (Argentina, Capo Verde, Cile, Spagna, Grecia, Italia, Lussemburgo, Paraguay, Portogallo, Germania, Belgio, Giappone e Uruguay), che prevedono condizioni di reciprocità in materia di sicurezza sociale, consentendo agli stranieri e ai rifugiati residenti in Brasile di contare sui contributi che hanno versato nel periodo di tempo in cui hanno lavorato nei loro paesi di origine.

Per quanto riguarda l'assistenza sociale, in Brasile la legge organica sull'assistenza sociale per l'erogazione di un salario minimo in favore degli anziani oltre i 65 anni di età e dei disabili. Pertanto, i rifugiati hanno diritto a questo beneficio, sebbene l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale abbia stabilito che soltanto gli stranieri naturalizzati e domiciliati in Brasile ne possano beneficiare. Ma nessuna disposizione della Costituzione del 1988 ha previsto che la naturalizzazione sia requisito per l'accesso alle prestazioni in materia di sicurezza, previdenza e assistenza sociale. Sicché, l'acquisto della cittadinanza non può essere previsto come requisito necessario per gli immigrati che intendano accedere a diritti e garanzie fondamentali.

Questi problemi sono stati rimessi alla valutazione degli organi della Giurisdizione brasiliana che, in base al paragrafo introduttivo dell'art. 5 della Costituzione Federale del 1988, hanno stabilito che al cittadino straniero, residente nel paese, deve essere assicurato il godimento dei diritti e delle garanzie individuali, nonché parità di condizioni con i cittadini brasiliani<sup>20</sup>. Quindi, non si può limitare il diritto all'assistenza sociale soltanto perché la persona ha lo *status* di persona straniera, richiedendo a tal fine la naturalizzazione<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> L'accordo è stato firmato dai seguenti Paesi: Argentina, Uruguay, Paraguay e Brasile. Disponibile in: [http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3\\_081013-161948-541.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081013-161948-541.pdf). Consultato il 10 maggio 2012.

<sup>20</sup> R. MILESI, R. LACERDA, *Políticas públicas e migrações: o acesso a direitos previdenciários e sociais*, Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania, v. 3, n. 3, 2008, p. 43. 28. Ação Civil Pública n.º 2004.61.1900.3615-7. Disponibile in: <http://www.jfisp.gov.br/cgi-bin/consulta.cgi?Consulta=11&Mostra=1&Forum=13&NaoFrames=&Proc=2004.61.19.003615-7&Maximo=100>.

<sup>21</sup> In questo senso: Apelação Cível n.º 976415 (Processo n.º 2004.03.99.033604-1) – Relatora Des. Fed. Vera Jucovsky – 8.ª Turma. Data do Julgamento 22.11.2004. Publicação: DJU de 09.02.2005, p. 141. Disponibile in: <http://www.trf3.gov.br/acordao/verrtf2.php?rtfa=63241908028203>. Apelação Cível n.º 948588 - SP (Processo n.º 2002.61.19.004613-0) – Relator Nelson Bernardes de Souza, 9.ª Turma do TRF – 3.ª Região. Data do julgamento: 08.08.2005. Publicação: DJU de 9.9.2005 – p.720. Disponibile in: <http://www.trf3.gov.br/acordao/verrtf2.php?rtfa=63261086696078> <http://www.trf3.gov.br/acordao/verrtf2.php?rtfa=63261086696078>. Agravo de Instrumento n.º 244330 – SP (Processo n.º 2005.03.00.066821-3). Relatora: Vera Lúcia Jucovsky – 8.ª Turma. Decisão em 23. 01.2006. Publicação: DJU 15.02.2006, p. 300. Disponibile in: <http://www.trf3.gov.br/acordao/verrtf2.php?rtfa=63275019542578>.

Tuttavia, ai fini di un'integrazione efficace e durevole dei rifugiati in Brasile è necessario garantire loro lavoro, conoscenza della lingua del paese ospitante, l'accesso ai servizi pubblici di base, come la sanità e l'istruzione. Questa integrazione è garantita da CONARE in cooperazione con UNHCR ed in collaborazione con le organizzazioni non governative dei diritti umani e le associazioni private<sup>22</sup>. Allo stesso modo, la Caritas (ONG cattolica) svolge un lavoro importante nell'accoglienza, inclusione e informazione dei rifugiati, grazie a progetti realizzati in collaborazione con l'UNHCR e il CONARE, offrendo non solo un sostegno finanziario ai rifugiati insediati nel territorio brasiliano, ma anche assistenza nella ricerca di un'abitazione e di posti di lavoro.

La protezione dei rifugiati è materia che riguarda tutti gli Stati della federazione brasiliana. A tal fine, sono stati creati i Comitati Statali dei Rifugiati, fra cui uno a San Paolo ed un altro a Rio de Janeiro, città che accolgono più del 90% dei rifugiati nel paese<sup>23</sup>; recentemente, anche lo Stato del Paraná ha creato un Comitato Statale dei Rifugiati e Migranti. I principali obiettivi e le maggiori preoccupazioni dei Comitati statali riguardano l'insegnamento della lingua portoghese, le questioni di pubblica sicurezza (che coinvolgono rifugiati reinsediati), le questioni di pubblica sanità, nonché il programma di inserimento al lavoro ed alle istituzioni educative dei rifugiati.

## 5. *Le principali e recenti sfide in materia di protezione dei rifugiati in America Latina*

### 5.1. *Il Piano d'Azione del Messico del 2004 ed i Programmi per i Rifugiati in America Latina*

Il Piano d'Azione del Messico è stato adottato nel 2004, nel 20° anniversario della Dichiarazione di Cartagena, ed ha proposto l'adozione di misure permanenti per affrontare il problema dei rifugiati, in particolare per rispondere: i) al flusso crescente di profughi insediati nei grandi centri urbani dell'America Latina ed ii) al crescente numero di cittadini colombiani nelle zone di frontiera con l'Ecuador, il Panama ed il Venezuela, per lo più irregolari e vulnerabili.

---

<sup>22</sup> A tal proposito, rilevano i corsi di lingua portoghese e di formazione professionale offerti da SENAI (Servizio Nazionale di Apprendimento Industriale) e SENAC (Servizio Nazionale di apprendimento Commerciale) ai rifugiati, soprattutto nel nord del paese, porta di ingresso per la maggioranza dei rifugiati latino americani. I rifugiati possono accedere ai servizi sociali istituiti dal governo brasiliano, come l'istruzione e la sanità. Eppure, i punti salienti sono due università che offrono borse di studio per i rifugiati: l'Università Federale di Minas Gerais (UFMG) e Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

<sup>23</sup> M. HAYDU, *A integração dos refugiados no Brasil*, in A. C. RAMOS, G. RODRIGUES, G. A. ALMEIDA (eds), *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*, São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, p. 141.

La principale strategia stabilita dal Programma è il reinsediamento, pensato come soluzione durevole, che cerca di diminuire l'impatto che alcuni paesi subiscono dal flusso massivo di rifugiati sui loro territori, come accade in Ecuador, con il grande numero di rifugiati colombiani, e nella Repubblica Dominicana, con gli haitiani.

Il reinsediamento riguarda il rifugiato, riconosciuto già come tale, che, per questioni di sicurezza e difficoltà d'integrazione, non può rimanere nel paese di asilo. Poiché questo rifugiato non può ritornare nel suo paese di origine, viene condotto in un terzo paese, che si offre di accoglierlo.

Il Brasile è stato il primo Stato dell'America Latina a regolare la questione del reinsediamento dei rifugiati (legge n. 9474/1997), volontario (art. 45) e pianificato (art. 46)<sup>24</sup>. Altri paesi della regione con programmi di reinsediamento sono: il Cile, l'Argentina e l'Uruguay. Circa milleduecento rifugiati, per esempio, che avevano difficoltà di integrazione in Ecuador ed in Costa Rica, nonché i rifugiati palestinesi, che avevano difficoltà di integrazione in Iraq ed in Giordania, sono già stati reinsediati nella regione, distribuiti tra il Brasile, il Cile, l'Argentina e l'Uruguay.

Malgrado l'importanza del Programma di Azione in Messico, nel quadro di una politica diretta a mitigare il notevole impatto migratorio che soltanto alcuni paesi subiscono ed a risolvere il problema della "invisibilità" di molti rifugiati, ancora non vi è uno sforzo complessivo degli Stati per distribuire meglio i costi dell'accoglienza del flusso di rifugiati sui loro territori, poiché vi sono ancora: cinquantaduemila rifugiati riconosciuti in Ecuador; diecimila riconosciuti in Argentina, Brasile, Cile e Venezuela; duecentosettantamila persone che vivono come rifugiati in Venezuela ed in Ecuador; soltanto milleduecento rifugiati, oriundi anche di altri paesi al di fuori dell'America Latina, com'è il caso dei palestinesi, reinsediati in Argentina, Brasile, Cile e Uruguay.

In questo senso, il sistema interno di protezione dei rifugiati in America Latina e le politiche di reinsediamento di alcuni Stati assistono soltanto una piccola parte di coloro che hanno bisogno di protezione.

Il Brasile ha elaborato due politiche di reinsediamento dei rifugiati.

La prima è costituita dal Programma di Reinsediamento Solidale, creato nel 1999, in accordo con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), per insediare coloro «che ancora erano perseguitati o erano sotto rischio di persecuzione, o che non riuscivano ad adattarsi nel primo paese di asilo»<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> J. H. F. ANDRADE, A. MARCOLINI, *A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados – breves comentários sobre suas principais características*, Revista Brasileira de Política Internacional, Vol. 45, N° 1, 2002.

<sup>25</sup> J. B. MOREIRA E R. BAENINGER, *A integração local de refugiados no Brasil*, Forced Migration Review, n. 35, p. 48. Disponibile in: <<http://www.fmreview.org/disability/>>. Consultato il 20 aprile 2012.

L'altra è rappresentata dal Programma Regionale di Reinsediamento, creato nel 2004 dal governo brasiliano, con lo scopo di proteggere i rifugiati che fuggivano da persecuzioni e conflitti in America, nonchè di aiutare paesi come l'Ecuador ed il Costa Rica, dato il grande numero di rifugiati colombiani dagli stessi ricevuti<sup>26</sup>.

Due gruppi, alquanto vulnerabili, sono prioritari per il CONARE: i) le donne a rischio, specialmente di violenza domestica e sessuale ed ii) i rifugiati senza protezione giuridica o fisica. Le domande di rifugio, in questi casi, sono trattate dal CONARE, specialmente nei casi di reinsediamento, creando una procedura di emergenza innovativa per i rifugiati in pericolo immediato, per mezzo della quale le loro domande sono esaminate entro 72 ore, e se sono accolte, il rifugiato a rischio può essere trasferito in Brasile entro sette giorni.

### 5.2. *Il caso della Colombia: violenza, sfollati interni e rifugiati*

A causa della violenza provocata dal conflitto tra il governo ed i gruppi ribelli, circa cinquantacinquemila colombiani si sono rifugiati in Ecuador oggi. Si ritiene che siano arrivate in Ecuador milleduecento/millecinquecento persone al mese, provenienti dalla Colombia<sup>27</sup>; sicché l'Ecuador è il paese che riceve il maggior numero di rifugiati in America Latina.

Secondo l'UNHCR «tra la popolazione che arriva, molti sono donne e bambini, che sono dovuti fuggire a causa delle minacce, degli omicidi di parenti o dell'occupazione di terreni da parte di gruppi armati illegali»<sup>28</sup>. In queste condizioni di violenza, i colombiani si ritrovano a vivere in condizioni precarie, soprattutto a causa della vicinanza alle zone di conflitto e dell'aumento della violenza ai confini.

L'UNHCR fa un lavoro importante nell'accoglienza dei profughi a San Lorenzo, il principale punto di ingresso in Ecuador, sia per quanto riguarda il procedimento di richiesta del rifugio, sia nella ricerca dei familiari separati.

Oltre ai colombiani che si rifugiano nei Paesi vicini, è importante evidenziare che c'è un grande numero di sfollati interni causato anche dalla violenza delle guerriglie.

In questo senso, la Colombia è il paese con il maggior numero di IDP (*internally displaced people*), sfollati interni, nel mondo: fino alla fine del 2011 aveva da

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> B. BALOCH, *Violência na Colômbia desloca mais pessoas para o Equador*, ACNUR, Abril de 2012. Disponibile in: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/violencia-na-colombia-desloca-mais-pessoas-para-o-equador/>>. Consultato il 10 maggio 2012.

<sup>28</sup> B. BALOCH, *Violência na Colômbia desloca mais pessoas para o Equador*, ACNUR, Abril de 2012. Disponibile in: <[http://acnur.org/t3/index.php?id=360&page\\_id=242&L=0&replaceList=>](http://acnur.org/t3/index.php?id=360&page_id=242&L=0&replaceList=>)>. Consultato il 10 maggio 2012.

3,9 a 5,3 milioni di persone o gruppi di persone, costrette a fuggire o a lasciare le loro case o i luoghi in cui risiedevano per evitare gli effetti dei conflitti armati<sup>29</sup>.

Secondo la Corte costituzionale colombiana gli spostati interni sono titolari di diritti fondamentali, che devono essere protetti nelle loro necessità principali, e lo Stato deve garantire prioritariamente i loro diritti, anche rispetto agli altri gruppi sociali, più o ugualmente vulnerabili, in virtù della speciale fragilità di coloro che hanno avuto violato il loro diritto di rimanere in pace nel posto di residenza abituale<sup>30</sup>.

Anche se la destinazione principale per i colombiani è l'Ecuador, si stima che circa seicentomila persone di nazionalità colombiana si sono rifugiate nei paesi limotrofi, come l'Ecuador, il Panama, il Venezuela, il Brasile ed il Perù. A parte la violenza, si osserva come l'uso indiscriminato alle frontiere di pesticidi altamente dannosi per la salute umana finisce anche per espellere i contadini colombiani in Ecuador<sup>31</sup>.

Nonostante i diversi programmi<sup>32</sup>, le politiche di rifugio in Ecuador non sono sufficienti, anche per la mancanza di informazioni. Molti rifugiati non si presentano, perché non conoscono i propri diritti, perché si sentono minacciati riguardo alla loro sicurezza, perché devono sopportare limitazioni economiche, e infine, per la paura di essere discriminati. Queste persone diventano "invisibili", sia dal punto di vista della protezione, vivendo come clandestini, senza un mini-

<sup>29</sup> S. ALBUJA et al., *Global Overview 2011: People internally displaced by conflict and violence*, Internal Displacement Monitoring Centre, Norwegian Refugee Council: Ginebra, 2011.

<sup>30</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, SENTENCIA N° SU-1150/2000. Disponibile in <http://www.disaster-info.net/desplazados/legislacion/SU-1150-2000.pdf>. Consultato il 15 aprile 2012. «De acuerdo con los estudios que se han realizado, la gran mayoría de los desplazados forzados abandonan sus lugares de origen por causa de las amenazas y el temor que generan las acciones de los llamados grupos de autodefensa - frecuentemente denominados como paramilitares - y las organizaciones guerrilleras. A pesar de lo anterior, al Estado colombiano le corresponde velar por la suerte de las personas desplazadas. Las normas constitucionales ponen a la persona como el centro de la actividad del Estado<sup>32</sup> y ello entraña la obligación del Estado de procurar el bienestar de los asociados. Esto significa que, en primer lugar, debería evitar que se presentaran las situaciones que generan el desplazamiento forzado de colombianos, el cual, como ya se vio, comporta la vulneración de múltiples derechos de los asociados. Sin embargo, por diversas razones, cuyo análisis desborda el marco de esta sentencia, el Estado no ha cumplido con esta obligación. En vista de esta omisión y de las deplorables condiciones de vida que afrontan las personas desplazadas por efectos de la violencia, el Estado debe procurar brindarles las condiciones necesarias para retornar a sus hogares o para iniciar una nueva vida en otros lugares».

<sup>31</sup> A. DURANGO, *La protección internacional de refugiados en las Américas*, ACNUR. Mantis Comunicación, Ecuador, 2011, p. 23

<sup>32</sup> I) la protezione individuale del rifugiato e anche la protezione di flussi di massa di rifugiati, e anche per regolare la situazione delle persone che si trovano in una situazione di invisibilità, ii) un registro più ampio di rifugiati, accettando come rifugiati quegli oriundi da queste zone di conflitto in Colombia, circa cinquantamila persone da proteggere come un primo passo nelle regioni di frontiera; iii) l'inclusione della popolazione bisognosa di protezione internazionale, con il suo inserimento attivo nella società ecuadoriana, iv) spinta dei Programmi di Frontiere Solidali e di Città Solidali. A. DURANGO, *La protección internacional de refugiados en las Américas*. ACNUR. Mantis Comunicación. Ecuador: 2011, p.17.

mo di diritti assicurati, sia sul piano del riconoscimento sociale, essendo lasciati fuori dalle statistiche ufficiali relative alle domande di rifugio<sup>33</sup>.

Questa situazione d'invisibilità si mantiene nella triplice frontiera tra il Brasile, la Colombia ed il Perù, e anche la situazione dei profughi dalla Colombia cambia a seconda della regione di confine, soprattutto nelle città gemelle di Tabatinga (Brasile) e Leticia (Colombia)<sup>34</sup>.

In considerazione delle disuguaglianze tra i due paesi, l'immagine del Brasile come luogo di migliori opportunità e di sicurezza, rispetto alla diffusa violazione dei diritti umani in Colombia, fa del Brasile una delle mete preferite per chiedere rifugio.

Anche se il Brasile può aiutare i paesi limitrofi della Colombia con il programma di reinsediamento, questo appare poco significativo, considerato che ci sono soltanto cinquecentotrentadue rifugiati reinsediati in Brasile.

### 5.3. *Haiti e la protezione complementare umanitaria*

Un caso importante è quello delle conseguenze del terremoto ad Haiti, nel gennaio 2010, che ha compromesso ancora di più il paese che risentiva già della crisi economica e sociale. Secondo i dati forniti dall'UNHCR, prima del terremoto del 2010, la situazione era già molto grave nel paese. Nel 2009 circa il 55% degli haitiani viveva con meno di 1,25 dollari al giorno, il 58% delle persone non avevano accesso ad acqua pulita e mancava un'alimentazione adeguata nel 40% delle famiglie haitiane<sup>35</sup>.

Ancora oggi Haiti ha bisogno di importanti aiuti umanitari, con più di quattrocentonovantamila persone che vivono in tende. Per di più, una recente epide-

---

<sup>33</sup> A. DURANGO, *La protección internacional de refugiados en las Américas*, ACNUR, Mantis Comunicación, Ecuador, 2011, p. 23.

<sup>34</sup> Una ricerca locale svolta dalla professoressa Carolina Moulin descrive la situazione e l'impatto sociale ed economico nella regione. In questa città c'è un grande afflusso di stranieri verso il Brasile. Il Comitato Nazionale per i Rifugiati (CONARE), un organismo collegiale del Ministero della Giustizia e responsabile per le politiche relative ai rifugiati e l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) stimano che "circa venti milioni di colombiani vivono attualmente nella regione amazzonica". Tuttavia, a causa delle difficoltà di accesso a queste città di confine (Tabatinga si trova a 1600 km da Manaus, con un volo giornaliero o da 3 a 5 giorni in barca e a Leticia è possibile arrivare solo in aereo o in sentieri di montagna e in barca) e assenza di guerriglie in questa regione del confine con la Colombia, la città brasiliana si presenta come un'importante entrata per i colombiani, che ha anche portato ad un aumento della popolazione dai 10 ai 45 000 abitanti negli ultimi 10 anni: cfr. C. MOULIN, *Fronteiras Solidárias, Vidas Solidárias: narrativas sobre o deslocamento na triplíce fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru*, Rev. Inter. Mob. Hum., n. 35, Brasília: 2010, p. 193.

<sup>35</sup> G. GODOY, *O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar*, in A. C. RAMOS, G. RODRIGUES e G. A. ALMEIDA (eds), *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*, São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, p. 45.

mia di colera ha ucciso circa settemila persone ed una situazione di alimentazione precaria colpisce più del 45% della popolazione.

Un altro fattore di rischio è l'alto livello di vulnerabilità per disastri naturali, in particolare durante le stagioni di pioggia e di uragani, nel periodo da aprile a novembre.

In questo contesto molti haitiani hanno cercato aiuto e rifugio in altri paesi dell'America Latina. La Repubblica Dominicana è stata il paese indirettamente più colpito dal disastro<sup>36</sup>, ricevendo circa ventimila persone provenienti da Haiti.

Anche il Brasile, indirettamente, è colpito dalla tragedia di Haiti con la conseguente entrata di haitiani che fuggono dal loro paese cercando migliori condizioni di vita.

Secondo i dati diffusi dal CONARE duemilacentottantasei haitiani sono entrati in Brasile ed hanno domandato rifugio, dal terremoto di gennaio 2010 fino a settembre del 2011<sup>37</sup>.

La questione che si è posta in Brasile riguardava quale tipo di protezione doveva essere data «*alle vittime di spostamento forzato in conseguenza di disastri naturali*»<sup>38</sup>.

Anche se il CONARE non ha riconosciuto gli haitiani come rifugiati, neppure sulla base del concetto ampio di rifugiati accolto nella legge brasiliana e nella Dichiarazione di Cartagena, dato che non vi era una persecuzione individuale che costituisse una minaccia alla loro vita, sicurezza o libertà, ha compreso che la situazione era tragica per i cittadini di Haiti e che avrebbe dovuto garantire un altro tipo di protezione internazionale.

In questo modo, il Brasile ha dato un "visto umanitario" agli haitiani che qui richiedevano rifugio, un tipo di visto di permanenza dato dal Consiglio Nazionale dell'Immigrazione del Ministero del Lavoro e dell'Impiego.

Con questo visto gli haitiani possono ottenere documenti di identità, libretto di lavoro ed accedere ai servizi pubblici di sanità e scuola elementare.

Per disciplinare la situazione specifica degli haitiani, il Consiglio Nazionale dell'Immigrazione ha pubblicato la Risoluzione normativa n. 97, il 12 gennaio 2012, con la quale sono stati concessi milleduecento visti permanenti attraverso l'Ambasciata brasiliana a Porto Principe.

Con questa soluzione umanitaria, il Brasile ha regolarizzato la situazione di circa novemila haitiani, che hanno il visto permanente e con questo visto possono lavorare e avere una protezione sociale, come il diritto alla salute ed all'istruzione.

La soluzione del problema umanitario di Haiti dimostra come il Brasile abbia cercato una risposta complementare di protezione, permettendo di disciplinare la permanenza di persone che non sono state formalmente riconosciute come rifugiati e il cui ritorno sarebbe stato contrario alle regole di *non-refoulement*.

---

<sup>36</sup> Ibid, p. 47.

<sup>37</sup> Ibid, ibidem.

<sup>38</sup> Ibid, ibidem.

## 6. *Conclusione*

Il problema della protezione dei rifugiati è particolarmente controverso se si considera la realtà sociale e normativa dell'America Latina e soprattutto del Brasile.

Anche se il Brasile può essere considerato come un Paese poco sviluppato per alcuni suoi profili, tuttavia, allorquando viene comparato agli altri Paesi del continente americano ed africano, dove ci sono estese violazioni dei diritti umani, il Brasile rappresenta una possibilità per coloro che cercano l'opportunità di vivere senza oppressione. Questo perché oggi in Brasile si vive una stabilità politica, economica e sociale. La democrazia costituzionale, istituita dal 1988, ha permesso il rafforzamento delle sue istituzioni, rendendo il Brasile un paese apprezzabile sul piano della protezione e dell'accoglienza umanitaria. Ciò è dimostrato dalla crescita della domanda di rifugio in Brasile negli ultimi anni.

Nel 2010, sono state presentate 566 domande di rifugio, mentre, nel 2011, ne sono state presentate 1.138 domande, nel 2012, il numero delle domande è salito a 2.008, e le stime del Comitato Nazionale per i Rifugiati (CONARE), per il 2013, sono di circa 2.580 nuove richieste, confermando la tendenza in aumento delle domande di asilo presentate dagli stranieri in Brasile.

Tuttavia, il confronto dei dati statistici dimostra che, nonostante la moderna protezione normativa, in pratica non c'è nessuna politica per un'effettiva e vera protezione, dal momento che il Brasile, secondo l'UNHCR, dispone attualmente di soli 4.262 di rifugiati, mentre il Costa Rica accoglie più di dodici mila rifugiati politici e l'Ecuador ne riceve più di 52.000<sup>39</sup>.

Questo numero di 4.262 rifugiati riconosciuti in Brasile – formato soprattutto dagli angolani (1060), colombiani (738) e congolesi (570) - deve essere ridotto a 2996 profughi, dopo l'applicazione della clausola di cessazione del rifugio per i cittadini dell'Angola e della Liberia, in conseguenza della pace e della stabilità nei paesi di origine. Con l'applicazione della clausola, gli angolani ed i liberiani, che oggi sono rifugiati, potranno richiedere la residenza permanente in Brasile e non diventeranno più rifugiati, oppure potranno anche richiedere il rimpatrio volontario. Tale misura è stata attuata dal governo brasiliano dal 1° giugno 2012, dopo l'intervento dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR).

I dati statistici mostrano, in ogni caso, come il Brasile non sia stata la principale destinazione dei rifugiati in America Latina, né per scelta, né per la via del reinsediamento.

La disciplina della materia non è certamente sufficiente per risolvere il grave problema dei rifugiati politici in America Latina. La protezione normativa è soltanto il punto di partenza. Saranno necessarie azioni più energiche dello Stato

---

<sup>39</sup> Disponibile in: < <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas/tablas/>>. Consultato il 10 giugno 2012.

brasiliano, insieme al terzo settore ed alla società civile, perché, al di là dell'accoglienza, si possa ancora promuovere e sviluppare l'integrazione dei rifugiati nella società brasiliana.

### **THE LEGAL SYSTEM TO PROTECT REFUGEES IN LATIN AMERICA AND BRAZIL**

by Estefânia Maria de Queiroz Barboza

#### **Abstract**

In the twentieth century, the international community, horrified by the direction of the war, noted the urgent need for the United Nation member countries to provide assistance to those who were being harassed in their territories. It was recognized that each applicant for asylum or refuge was the result of a pattern of violation of fundamental rights. All definitions of refugees provided in different international and national normative texts in different countries are not exclusive, however, are complementary, and their content are open. The international construction in this topic influenced directly the national regulatory updates of Brazil and other Latin American countries. Most Latin American countries, including Brazil, adopted provisions within the expanded definition of refugee that was set out in Conclusion third of the Cartagena Declaration of refugees. The main challenges to be faced by Latin American countries concerns the refugees and Internally Displaced People from Colombia because of violence and the Haitians who, because of the 2010 earthquake, need humanitarian protection from other countries.

## Lampedusa. Architetture per l'accoglienza

di Giovanni Francesco Tuzzolino

Nelle ore in cui, ancora, si contano i morti dell'ennesimo tragico naufragio che ha coinvolto più di cinquecento migranti nel mare profondo di Lampedusa, è particolarmente commovente scrivere sulla ricerca che ho condotto sulle strutture di accoglienza dell'Isola. L'esperienza intrapresa, nei corsi universitari, sulla scia di un grande trasporto emotivo, ha perseguito l'intento di qualificare la didattica del progetto di architettura nutrendola di importanti contenuti etici e sociali. L'intento è stato quello di entrare nel merito di un tema che, pur riguardando l'abitare ed i suoi risvolti sociali e urbani, non è mai stato affrontato dagli architetti. Infatti, se, da un lato, l'*accoglienza* costituisce certamente una delle principali finalità dell'architettura, dall'altro, ci interroga proprio oggi su alcune questioni che riguardano la solidarietà umana, la convivenza pacifica tra i popoli, la conseguente struttura delle relazioni sociali e fisiche. Questioni che assumono adesso risvolti drammatici e che attendono risposte chiare e urgenti. Molti pensano che l'architettura sia una pratica finalizzata ad una bellezza astratta, da ricercare esclusivamente nella costruzione dell'edificio e della città, e pertanto estranea per molti versi a tali questioni. In realtà sarebbe opportuno ribadire il suo valore antropologico e sociale ed il suo ruolo imprescindibile nel dare forma e spazio alle tensioni dell'abitare, alle aspirazioni e alle necessità del vivere. Si tratta, quindi, di ricercare una bellezza sociale, che ha a che fare con la coerenza del vivere e della giusta organizzazione dello spazio. Il progetto di architettura può offrire in tal senso un contributo straordinario ma purtroppo sottovalutato dalla società civile.

La questione dell'*accoglienza* è naturalmente connaturata a Lampedusa, un tempo porto sicuro per quanti hanno attraversato il Mediterraneo, oggi luogo tormentato e contraddittorio. In virtù della sua posizione strategica l'isola costituisce l'approdo privilegiato dei flussi migratori provenienti dalle coste nordafricane. Il fenomeno migratorio causato dalla povertà sempre più diffusa, dalle guerre e dai sommovimenti socio-politici molto frequenti in Africa e nel Sud del mondo è diventato sempre più imponente: il numero degli sbarchi è drammaticamente

aumentato negli ultimi anni, nonostante le leggi restrittive dimostrate assolutamente inefficaci nel porvi un freno. Ciò ha finito per diventare una preoccupante criticità per la collettività interessata che, nonostante abbia sempre frequentato forme di convivenza multietnica, radicandole nella storia del luogo, adesso deve confrontarsi con un flusso di migranti che ha assunto dimensioni straordinarie e, proprio per questo, impone un ripensamento dei modi dell'abitare e delle strategie dell'organizzazione urbana. Criticità che riguardano, soprattutto, le istituzioni che devono ancora del tutto comprendere come garantire la tutela dei diritti e come pervenire a un nuovo equilibrio sociale e culturale che appare ancora molto lontano; che devono comprendere, altresì, come governare un impatto economico rilevante che va ad innestarsi in un contesto di perdurante crisi. Anche la realtà fisica dei luoghi è interessata dal fenomeno che ha provocato grandi scompensi paesaggistici e spaziali dovuti in parte all'uso e all'approntamento delle infrastrutture necessarie. Purtroppo, finora si è registrata molta indifferenza sia nella scelta di siti idonei a insediare i centri di accoglienza temporanea, sia, in generale, nel concepire il senso e la natura architettonica di edifici che dovrebbero avere lo scopo primario di offrire conforto e ristoro sicuro a uomini in fuga e non di recluderli, ammassarli, isolandoli in luoghi distinti e distanti dai centri abitati. Ciò dimostra che la società civile, non solo non ha fatto ancora abbastanza per la gestione dei flussi migratori, ma non si è interrogata a sufficienza sui problemi dell'accoglienza e della convivenza seppur temporanea dei migranti: non ha ancora sentito il bisogno di predisporre luoghi e architetture idonee. Le scelte dei siti in cui allo stato attuale insistono le strutture di accoglienza, del resto, non sono mai state fatte sulla scorta di studi che tengano conto della potenzialità dei luoghi e dell'opportunità che essi siano trasformati secondo le più idonee necessità spaziali e funzionali. Sono state frutto, viceversa, di difficilissime concertazioni tra Stato e comunità locali, le quali hanno tentato di gestire la necessità dell'accoglienza allontanando il più possibile dai luoghi urbani l'ubicazione delle strutture, evitando così prevedibili frizioni spaziali e sociali<sup>1</sup>. Sono state, inoltre, il risultato dell'osservanza di parametri di riferimento inerenti alla logistica, alla sicurezza e, soprattutto alla necessità di dotare i contesti interessati delle necessarie infrastrutture. Mai, fino ad ora, è stato fatto un serio ragionamento riguardante la questione dell'abitare, né la dinamica della trasformazione dei luoghi, che di essa dovrebbe essere conseguenza. Mai è stato fatto un ragionamento finalizzato alla riqualificazione dello spazio e del paesaggio di Lampedusa, pensando ad architetture che, in accordo con le identità estetiche del luogo, siano capaci di esprimere tutte le qualità dell'accoglienza attraverso un'adeguata strategia funzionale, tipologica e contestuale.

Questi in sintesi i presupposti della ricerca che, unitamente al tema *spazio urbano e immigrazione*, vuole approfondire il rapporto *luogo-paesaggio-architettura*. Il

---

<sup>1</sup> Cfr. P. NICITA, "Un progetto per Lampedusa. Via quel filo", in *Repubblica*, 22 ottobre 2011.

*progetto di architettura* è lo strumento più idoneo per comprendere meglio il senso dell'*abitare* e il carattere dei luoghi che, nella loro accezione più estensiva e inclusiva estrinsecano il legame autentico con la terra e, soprattutto, favoriscono ed esprimono fisicamente le relazioni possibili tra gli individui<sup>2</sup>. Comprendere, interpretare e riqualificare i luoghi nella loro complessità è operazione imprescindibile rispetto a qualsiasi modificazione di tipo puntuale. Lo studio del rapporto tra *luogo* e *artificio* a Lampedusa non può prescindere dalla comprensione del paesaggio e dalla individuazione dei valori insiti nel sito e del sistema delle incoerenze e delle incompatibilità ambientali (le costruzioni di scarsa qualità, lo sfruttamento improprio del suolo) che nel tempo ne hanno compromesso l'equilibrio formale e spaziale. Non bisogna dimenticare che Lampedusa è un'isola importante dal punto di vista naturalistico, paesaggistico, insediativo e turistico. Alla luce delle molte complessità e delle cogenti contraddizioni (all'interno delle quali, si ritrovano tematiche di grande attualità per la città contemporanea) presenti, mi sono proposto di indagare il valore spaziale e linguistico dell'insediamento, nonché le potenzialità dell'abitare. Infatti, da una parte, l'isola rappresenta il sito (inadeguato) vocato ad accogliere una straripante presenza di immigrati; dall'altra, una meta turistica di grande valore, le cui potenzialità devono essere ancora del tutto esplorate. Pertanto, oltre ad entrare nel merito delle cause e degli effetti (nello spazio fisico) del fenomeno migratorio, lo studio è finalizzato alla riappropriazione del sistema dei luoghi che configurano i paesaggi nuovi della contemporaneità, interpretando al meglio la vocazione naturalistica dell'isola e verificando la compatibilità tra i caratteri estetici e funzionali con la storia e le qualità formali del sito. La strategia di intervento, in definitiva, ha cercato di riattivare tutte le qualità dell'accoglimento insite nell'architettura, guardando all'uomo e alle sue necessità, sostenendo la logica della riqualificazione compatibile con la natura e la storia dei luoghi.

Attraverso l'individuazione e il progetto delle strutture e degli spazi pubblici più idonei vuole ricostruire un dialogo della nuova architettura con il paesaggio urbano e naturalistico. Dal punto di vista strettamente compositivo, è interessante notare come il tema dell'accoglienza possa rendersi esplicito non facendo riferimento a singoli e grandi edifici polifunzionali, ma con una sapiente articolazione di piccoli edifici funzionalmente dedicati a questo scopo, che possiedano configurazioni spaziali tali da rispondere ai criteri di *bellezza, relazione, armonia* e di compatibilità con i programmi. A partire dai problemi e dalle aree di progetto strategicamente individuate (secondo un'attenta lettura dei luoghi e delle numerose questioni di campo), si deve costruire una struttura di relazioni significative capace di coinvolgere gli ambiti più importanti dell'isola.

---

<sup>2</sup>G.F. TUZZOLINO, *La misura e lo sguardo. L'architettura nel paesaggio delle differenze*, Coll. "Mosaico" 61, Libria, Melfi 2012.

I progetti sviluppati riguardano residenze per immigrati e spazi pubblici (piazze, luoghi di socializzazione all'aperto, laboratori artigianali e teatrali, di danza o di cucina, luoghi della memoria e delle identità culturali). L'ipotesi progettuale ha cercato di non concentrare le nuove strutture di accoglienza in luoghi chiusi o distanti dalla città, ma di integrarle in essa per favorire lo scambio e le relazioni sociali e culturali tra immigrati e popolazione residente. I progetti hanno interessato le seguenti aree:

1. Linea di costa, in cui interpretare il valore iconografico ed estetico del fronte a mare (spazi aperti alla Guitgia, residenze temporanee, laboratori, museo dell'immigrazione, stazione marittima);
2. Via Roma, in cui riqualificare il ruolo del principale asse urbano (spazi aperti, museo archeologico regionale, area archeologica, area della scuola, residenze e mercato);
3. Margine Nord-Est, in cui definire il rapporto natura-artificio tra la città e gli orti, integrando gli edifici incoerenti (residenze, spazi pubblici);
4. Via Vittorio Emanuele, in cui riqualificare l'asse fondativo della città (restauro dei "Sette Palazzi", piazza Pomodoro, piazza Cascella, spazi aperti e panoramici, giardini);
5. Margine Sud-Est, in cui riqualificare il rapporto tra la città e gli orti urbani costruendo un fronte rappresentativo in corrispondenza del Porto Vecchio (residenze, spazi aperti e vegetali, moschea, scuole, laboratori, mercato);
6. Le cave, in cui riqualificare gli spazi dismessi strutturando giardini di pietra e luoghi per l'arte, la cultura e lo svago.

Se il progetto di architettura è un processo di modificazione dello spazio, ma anche uno strumento ermeneutico, con cui orientare il senso e le prospettive della modificazione, quali sono allora i risultati fin qui raggiunti dalla ricerca e da rimettere in gioco per future elaborazioni?<sup>3</sup> Intanto si è compreso come le nuove forme di coabitazione interetnica costituiscano una necessità cui far fronte, ma anche e soprattutto una risorsa, una sollecitazione forte per tradurre la ricchezza delle relazioni potenziali tra gli individui in spazio architettonico. Le nuove architetture, inoltre, non solo rispondono molto bene alle precise esigenze specifiche dell'abitare interetnico, ma offrono soluzioni utili alle condizioni spaziali irrisolte della città, che può dotarsi, così, di nuove centralità, luoghi, funzioni e spazi necessari e clamorosamente mancanti allo stato attuale. Si dimostra così come le esigenze contingenti dell'accoglienza, costituiscano, in fondo, il pretesto e l'occasione per offrire qualità allo spazio urbano, attraverso il principio della coerenza e di una rinnovata bellezza.

<sup>3</sup> V. GREGOTTI, *Dentro l'architettura*, Coll. "Temì" 21, Bollati Boringhieri, Torino 1991.

**LAMPEDUSA. ARCHITECTURE FOR HOSPITALITY**

by Giovanni Francesco Tuzzolino

**Abstract**

The experience, carried on in the architectural design laboratories, in the faculty of Architecture in Palermo, has had the aim to qualify the teaching of the project with the introduction of important ethic and social contents. If, on the one hand, hospitality is one of the most important value for architecture, on the other hand, it asks us about questions related to human solidarity, to the pacific cohabitation among people and also about the framework of physical and social relations. Today is very useful to confirm the anthropological and social meaning of the project, its inescapable role to converge in form and space all living inquietudes.

The way illustrated in these pages get a sense of how the forms of cohabitation among different ethnic groups are necessary and above all they are a resource. Indeed, new architectures not only satisfy the specific living requirements related to the cultural traditions of immigrants, but they also offer useful solutions to the unresolved spatial conditions of the city. Finally, the city is able to provide itself new centralities, places, functions and spaces which are necessary for now. In this way, the hospitality current necessities create the opportunity to offer quality to the urban space, across the theory of coherence and beauty.



GABRIELLE JOUY: residenze per migranti a Lampedusa.

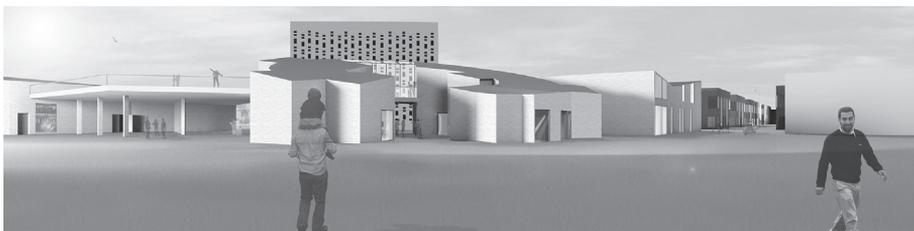


GABRIELLE JOUY: moschea a Lampedusa.

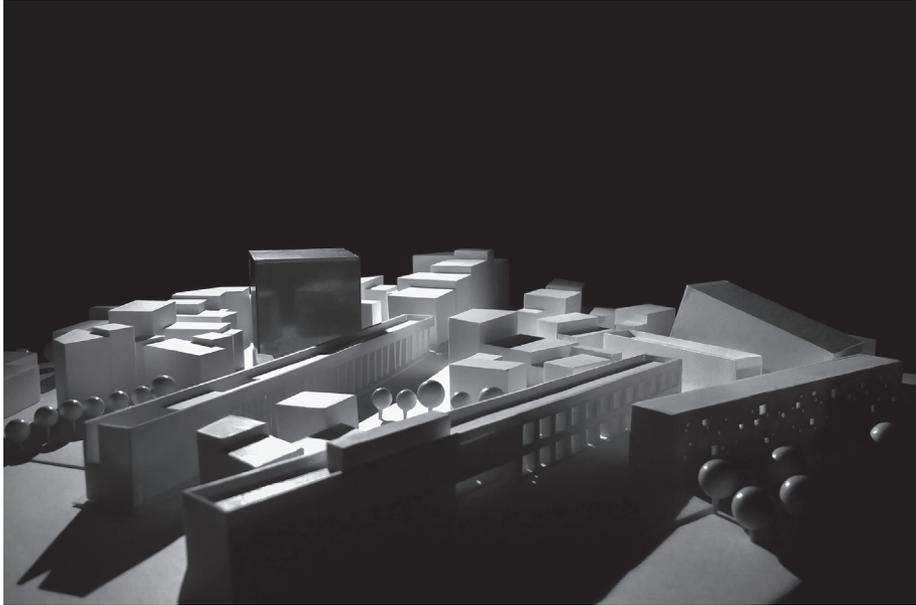




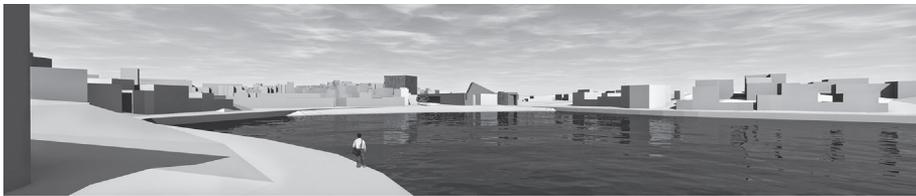
MARIE BROSSARD: moschea e residenze a Lampedusa.



MARIE BROSSARD: moschea e centro culturale a Lampedusa.



MICHELE PUCCIA: moschea e laboratori a Lampedusa.



MICHELE PUCCIA: moschea e residenze a Lampedusa.

# I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale

di Ornella Spataro

SOMMARIO: 1. Introduzione. Lo spessore problematico dello jus migrandi nel nostro sistema costituzionale - 2. La giurisprudenza costituzionale in materia: dalla sentenza n. 120 del 1967 sullo statuto costituzionale dello straniero alle questioni specifiche relative ai diritti degli immigrati. - 3. Le libertà civili. - 4. La politica dell'immigrazione. - 5. I diritti sociali tra disciplina dell'immigrazione e potestà legislativa regionale. - 6. I diritti politici. - 7. Considerazioni conclusive. La giurisprudenza costituzionale sui diritti degli immigrati tra istanze inclusive e vecchi paradigmi.

*“Lei non è del castello, lei non è del paese, lei non è nulla.  
Eppure anche lei è qualcosa, sventuratamente, è un forestiero”.*  
(F. KAFKA, *Il Castello*)

## 1. *Introduzione. Lo spessore problematico dello jus migrandi nel nostro sistema costituzionale*

Il ripetersi senza sosta delle ondate migratorie verso il nostro Paese ha posto all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza costituzionale il tema dei diritti da attribuire agli stranieri extracomunitari che raggiungono il nostro territorio<sup>1</sup>.

Gli studi della dottrina e le decisioni della Corte costituzionale hanno conosciuto un ritmo sempre più incalzante, parallelamente all'incremento vertiginoso del fenomeno migratorio<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce in questa sede, alla condizione giuridica degli stranieri extracomunitari, che, peraltro, come si vedrà in seguito, si differenzia a seconda che si tratti di soggetti regolarmente soggiornanti o irregolari. Sulla complessità semantica del termine “migrante” e la difficoltà di ricondurre il fenomeno a nozioni che abbiano pretese di unitarietà cfr. A. SCIORTINO, *Migrazioni e trasformazioni della partecipazione politica*, in G. Verde, A. Genna (a cura di), *Immigrazione e garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, p. 139 e ss.

<sup>2</sup> L'entità numerica del fenomeno ha raggiunto proporzioni vastissime: secondo i dati del censimento ISTAT del 2011, l'Italia conterebbe quasi quattro milioni di immigrati residenti, cui sarebbero forse da aggiungersi mezzo milione di immigrati irregolari.

La letteratura in materia è ormai vastissima, così come è copiosa la serie delle sentenze che la Corte costituzionale ha pronunciato al riguardo; ciononostante, la questione dei diritti dei migranti, almeno per alcuni profili, è lontana dall'aver trovato una sistemazione condivisa, e, dunque, stabile.

La strada verso questo obiettivo appare, invero, irta di difficoltà di natura culturale e ideologica, prima ancora che politica e giuridica; senza contare, poi, che la dimensione del riconoscimento formale dei diritti non necessariamente è accompagnata da quella della loro effettività; né, da questo punto di vista, gli interventi della Corte costituzionale possono considerarsi del tutto fungibili rispetto alle determinazioni legislative: la costruzione giurisprudenziale dello statuto giuridico dello straniero non può bastare per assicurare che al riconoscimento formale dei diritti faccia seguito la possibilità concreta di esercitarli.

La Costituzione repubblicana non contiene alcuna disposizione specifica sui diritti dei migranti, com'è del tutto ovvio se si pensa che, nel contesto storico in cui essa fu elaborata, non si prefigurava un problema di immigrazione nel territorio italiano. I Costituenti, piuttosto, ebbero presente il tema, inverso, dell'emigrazione, tanto da codificare espressamente, all'art. 16, comma 2, la libertà di espatrio, e, all'art. 35, comma 4, la libertà di emigrazione quale diritto sociale fondamentale del lavoratore<sup>3</sup>, accompagnato dalla garanzia della tutela del lavoro italiano all'estero. Sul versante opposto, la Costituzione conteneva il solo riconoscimento del diritto di asilo<sup>4</sup>, di matrice chiaramente politica, per il resto, lo statuto costituzionale degli stranieri rimaneva consegnato all'ambito del diritto internazionale, ai sensi dell'art. 10.

Solo nel 2001, con la revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione è stato inserito un riferimento espresso all'immigrazione nell'art. 117, comma 2, lett. b), che riserva la relativa materia alla potestà legislativa esclusiva dello Stato.

In un contesto storico profondamente mutato, il nostro Paese è ormai divenuto, da terra di emigrazione, meta di flussi migratori sempre più ingenti<sup>5</sup>; però, ai principi costituzionali sull'emigrazione, e, segnatamente, all'art. 35, viene negata quell'interpretazione aperta ed evolutiva che contraddistingue, in genere, il modo di intendere ed applicare le disposizioni della nostra Costituzione: accade, cioè, che la libertà di emigrazione, proclamata nella prospettiva dell'italiano che si reca

<sup>3</sup>Corte cost., sent. n. 269/1986

<sup>4</sup>Del diritto di asilo non ci si occupa in questa sede in quanto oggetto specifico di un'altra relazione. Sulle problematiche connesse al diritto d'asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost., e sulle incertezze legislative e giurisprudenziali che ne hanno accompagnato l'attuazione, v. G. VERDE, *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, in G. Verde, A. Genna, *Immigrazione*, cit. p. XLVI e ss.

<sup>5</sup>Per una ricostruzione storica dei movimenti migratori a partire dalla formazione dello Stato moderno, e sugli elementi che caratterizzano la fenomenologia attuale delle migrazioni, anche sul piano demografico, v. G.F. FERRARI, *Relazione conclusiva*, in AA. VV., *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, p. 461 e ss.

all'estero, viene intesa e disciplinata in senso fortemente restrittivo nella inversa direzione, cioè riguardo allo straniero che voglia venire a stabilirsi in Italia<sup>6</sup>.

Viene in evidenza, dunque, un netto sbilanciamento nella concezione del diritto ad emigrare, a seconda che sia riferito ai cittadini o ai non cittadini; si assiste, poi, non di rado, al radicamento di un diffuso atteggiamento di criminalizzazione dello straniero irregolare, cosa, questa, che appare ancor più paradossale, se si pensa che lo *jus migrandi* non solo è riconosciuto dalla maggior parte delle Costituzioni moderne, ma è il portato di una riflessione filosofica e giuridica risalente, che lo aveva inserito a pieno titolo tra i diritti fondamentali dell'individuo<sup>7</sup>, secondo una linea di pensiero che ha poi trovato il suggello nella formulazione dell'art. 13 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948<sup>8</sup>.

Questi aspetti non trovano spazio di riconoscimento nella disciplina che il nostro legislatore ha dettato per governare le politiche di immigrazione, che evidenzia, al contrario, una tendenza netta a privilegiare le esigenze di controllo dell'immigrazione clandestina e di restrizione dei flussi di ingresso, anche a discapito dei diritti elementari di difesa dell'immigrato.

Alle questioni connesse allo *jus migrandi* come tale si sommano, poi, quelle relative allo stato giuridico degli immigrati che, comunque, siano approdati nel nostro territorio. Anche questo versante presenta momenti di forte problematicità; è noto, infatti, che quello dei diritti da riconoscere e garantire all'immigrato identifica un tema tra i più dibattuti: l'immigrato dovrebbe comunque godere dei diritti universalmente riconosciuti alla persona come tale, fatti salvi quei diritti che l'ordinamento statale connette indissolubilmente alla cittadinanza, tra cui, ovviamente, i diritti politici.

Queste affermazioni, che appaiono scontate su un piano teorico-assertivo, sono in realtà solo il punto di partenza di un aspro e controverso dibattito, che attraversa e scuote le società moderne: queste, come si è accennato, stentano ad accettare i nuovi equilibri derivanti dai flussi migratori, manifestando tendenze non inclusive, ma esclusive, impedendo il radicamento di un vero multiculturalismo<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Sugli elementi di apertura ed inclusione che potrebbero derivare, in generale, da una lettura della Costituzione orientata verso una prospettiva assiologica, v. V. BALDINI, *Lo Stato multicultural e il mito della Costituzione per valori*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010.

<sup>7</sup> Per Locke lo *jus migrandi* era il presupposto di diritti primari come la proprietà e il lavoro; Kant lo affiancava, nel "Terzo articolo definitivo per la pace perpetua", al diritto di immigrare, cioè al diritto di essere accolto in uno Stato diverso da quello di appartenenza. Sull'elaborazione del pensiero europeo in materia di *jus migrandi* a partire dal secolo XI v. L. FERRAJOLI, *Il razzismo istituzionale del Governo*, relazione pubblicata su *Il Manifesto* del 12 settembre 2009.

<sup>8</sup> "Ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e residenza entro i confini di ogni Stato. Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio Paese".

<sup>9</sup> Ci si riferisce, in questa sede, al *multiculturalismo* come condizione sociale e ordinamentale conseguente al fenomeno migratorio, che caratterizza in senso problematico lo Stato moderno,

La presenza di massicci contingenti di immigrati stranieri fa emergere ed alimenta, non solo in Italia, ma anche negli altri Paesi interessati dal fenomeno migratorio, una serie di contraddizioni, per cui all'universalismo dei diritti umani si contrappone la tensione verso la conservazione dell'identità nazionale, alla crisi della sovranità territoriale conseguente all'integrazione europea e agli effetti della globalizzazione si contrappone una ritrovata difesa dei confini tramite pervasive regolamentazioni orientate al controllo delle frontiere e al contenimento degli ingressi, ai principi pluralistici fondativi delle democrazie moderne si contrappone un ripiegamento verso il nucleo di omogeneità culturale e religiosa che si pretende costitutivo dell'identità nazionale<sup>10</sup>.

Per non parlare delle difficoltà che incontra chi voglia in qualsiasi modo smitizzare l'antica, ma tuttora prevalente, idea della comunità politica come comunità delimitata dai suddetti elementi di appartenenza.

Di fronte alla pressione sociale scaturente dai nuovi flussi migratori, dunque, le comunità nazionali tendono ad assumere atteggiamenti difensivi, dominati dalla paura che il pluralismo etnico, culturale, religioso, anziché fornire un contributo all'evoluzione sociale, determini il depauperamento delle identità del popolo ospitante.

Tutto ciò si riversa sul piano delle soluzioni politiche e giuridiche da dare al problema, soluzioni la cui elaborazione passa attraverso gli elementi fondativi dell'ordinamento, coinvolgendo il necessario ripensamento delle categorie giuridiche su cui l'idea stessa di Stato è stata tradizionalmente costruita<sup>11</sup>: dalle nozioni di sovranità, popolo, e cittadinanza, alla dottrina dei diritti fondamentali, al principio di eguaglianza, la riflessione sui temi del multiculturalismo, investendo alcuni dei capisaldi del costituzionalismo moderno, mette alla prova la stessa idea classica di democrazia come democrazia pluralista.

Se ciò non bastasse, occorre anche considerare che la questione dei diritti dei migranti si è posta al centro delle dinamiche del costituzionalismo multilivello, creando occasioni di problematica interferenza del livello statale di produzione normativa con quelli regionali, soprattutto nell'ambito della disciplina sui diritti

---

determinandone l'evoluzione verso forme particolarmente accentuate di pluralismo etnico, religioso, e culturale. Sulla complessità del concetto di multiculturalismo v., per tutti, W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, p. 33. Sulle ricadute problematiche del multiculturalismo sul nostro sistema costituzionale v., nell'amplissima letteratura, E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, Relazione al XX Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, "Nuovi temi e tecniche della comparazione giuridica", Urbino, 18-20 giugno 2009.

<sup>10</sup> Sulle elaborazioni filosofiche e politologiche che hanno cercato di rispondere a tali problematiche, v. G. F. FERRARI, *Relazione conclusiva*, cit., p. 468 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. A. SCIORTINO, *Migrazioni e trasformazioni della partecipazione politica. Una riflessione sul riconoscimento del diritto di voto ai non cittadini stabilmente residenti*, in *Scritti in onore di L. Arcidiacono*, To, 2012, p. 3025 e ss.

sociali, e, all'esterno, con quelli europei, ponendosi ad oggetto anche di importanti pronunce della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti<sup>12</sup>.

Questa disamina, pur sommaria, basta ad evidenziare la vastità e la complessità delle questioni che il fenomeno migratorio pone agli ordinamenti nazionali, questioni che non possono essere affrontate tutte in questa sede e con l'approfondimento che meritano. Ci si limiterà, dunque, a riguardare il problema dall'angolazione della giurisprudenza costituzionale in materia.

2. *La giurisprudenza costituzionale in materia: dalla sentenza n. 120 del 1967 sullo statuto costituzionale dello straniero alle questioni specifiche relative ai diritti degli immigrati*

Può senz'altro affermarsi che la prima, ormai storica, sentenza con cui la Corte costituzionale viene ad occuparsi specificamente dello status dello straniero è la sent. n. 120 del 1967, capostipite di una serie di pronunce successive che giungeranno a definire i diritti riferibili allo straniero sul versante del diritto costituzionale come su quello del diritto internazionale<sup>13</sup>.

Si tratta, ovviamente, di una prospettiva più generale, rispetto alla quale la tematica dei diritti dello straniero immigrato, non si pone più in un semplice rapporto di *species a genus*, ma assume, piuttosto, una fisionomia ben precisa.

Dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, infatti, l'andamento crescente dei flussi di immigrazione ha indotto il legislatore a intervenire ripetutamente in materia, con discipline volte al contenimento degli ingressi tramite la determinazione di contingenti numerici, o alla sanatoria degli ingressi irregolari, e con disposizioni relative allo status giuridico degli stranieri immigrati<sup>14</sup>. Ciò, a sua volta, ha costituito la piattaforma per un robusto filone di sentenze della Corte costituzionale<sup>15</sup>.

È chiaro, peraltro, che le implicazioni del tema sono così variegate e complesse da non potere essere trattate in maniera omogenea: dinanzi alla sovrapp-

<sup>12</sup> Cfr. sul punto, le relazioni tenute al seminario del Gruppo di Pisa sul tema "Sovranità statale, costituzionalismo multilivello e dialogo tra le Corti", Scilla, 21 settembre 2012.

<sup>13</sup> Sentt. n. 11/1968; 104/1969; 144/1970; 50/1972; 109 e 244/1974; 74 e 81/1975; 46/1977; 54/1979; 30 e 215/1983. In dottrina v., per tutti, B. NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, MI, 1984; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999, *ad vocem*.

<sup>14</sup> V. La l. n. 39/1990; la l. n. 388/1993; la l. n. 617/1996; la l. n. 40/1998; il T.U. n. 286/1998; il D. Lgs. n. 380/1998; il D. Lgs. n. 113/1999; il D.P.R. n. 394/1999; le l. n. 189 e 289/2002; il D. Lgs. n. 87/2003; i D. Lgs. n. 3, 5, e 154/2007; la l. n. 68/2007; il D. Lgs. n. 251/2007; la l. 94/2009.

<sup>15</sup> Cfr., tra le altre, le sentt. n. 199/1986; 460 e 503/1987; 490/1988; 278/1992; 58, 62, 283/1994; 28/1995; 129, 219 e 249/1995; 203 e 353/1997; 172/1999; 227 e 336/2000; 105 e 252/2001; 198/2003; 5, 8, 222, 223/2004; 201, 224, 300, 432/2005; 30, 206, 240, 324, 407/2006; 22, 78, 254, 432/2007; 50, 148, 236, 278, 306/2008; 11/2009.

posizione di normative nazionali, europee, internazionali<sup>16</sup>, concernenti aspetti specifici della condizione giuridica del non cittadino<sup>17</sup>, e dinanzi alla complessità del fenomeno migratorio, appare irrealizzabile la pretesa di costruire una nozione giuridicamente unitaria, che comprenda in sé tutte le variegate implicazioni connesse alla dialettica cittadini/non cittadini.

Si è stratificato, infatti, un imponente edificio normativo, non sempre caratterizzato da elementi di omogeneità sul piano delle garanzie riconosciute ai migranti; ciò, se da un lato può innescare meccanismi virtuosi tendenti al rialzo nell'intensità delle tutele ordinamentali di volta in volta apprestate<sup>18</sup>, rende, dall'altro, enormemente difficoltosa qualsiasi operazione ricostruttiva del quadro giuridico esistente, sul piano dottrinario interno, giurisprudenziale, e legislativo, venendo a mancare la certezza del riferimento a basi giuridiche esattamente individuate.

Anche isolando, da questo contesto più generale, la dimensione specifica relativa alla condizione giuridica degli extracomunitari immigrati, vista sul piano delle conseguenze sistemiche del principio di uguaglianza, non si può fare a meno di evidenziare che essa, a sua volta, è scomponibile in una serie di problematiche legate al modo diverso in cui i diritti previsti dalla nostra Costituzione si rapportano, di volta in volta, alle categorie fattuali.

In uno sforzo di semplificazione è possibile, comunque, seguire tre diversi filoni: quello delle libertà civili, quello dei diritti sociali, quello dei diritti politici, esaminando per ciascuno di essi gli approdi della giurisprudenza costituzionale.

Una considerazione a parte merita pure l'orientamento della Corte costituzionale circa le scelte legislative che disciplinano la politica dell'immigrazione, che chiama direttamente in causa il bilanciamento dello *jus migrandi* con le istanze di ordine pubblico e sicurezza: sotto questo profilo il giudice delle leggi, in linea

---

<sup>16</sup> Cfr. G. D'IGNAZIO, S. GAMBINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali tra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010.

<sup>17</sup> In alcuni casi il quadro normativo appare particolarmente frastagliato, e, dunque, complesso: basti pensare alla disciplina sui rifugiati, che risulta dalla Convenzione europea del 1951 con i relativi protocolli e risoluzioni attuative, dalle discipline nazionali, dalla giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 3 della Convenzione europea, dalla normativa comunitaria in materia di smistamento tra i Paesi membri, prestazioni sociali e accesso al lavoro. Le normative di matrice europea riguardano anche altri aspetti, quali il controllo doganale e di polizia verso l'ingresso ed il soggiorno irregolari, con l'introduzione del visto uniforme e l'istituzione del servizio informativo comune; la disciplina dei permessi di soggiorno, dell'immigrazione e del soggiorno irregolari, della circolazione interna; la disciplina in materia di sicurezza sociale dei lavoratori di Paesi terzi, dei criteri per il regime del ricongiungimento familiare. Ne è derivato, peraltro, un imponente contenzioso dinanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione.

<sup>18</sup> Per un dibattito sulla questione del forum shopping, cfr. G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in G.F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza, Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 109 e ss.

generale, ha privilegiato queste ultime, ravvisando la fondatezza delle motivazioni poste a fondamento delle scelte restrittive del legislatore nazionale.

L'orientamento della Corte costituzionale appare, invece, decisamente più favorevole alla condizione giuridica degli immigrati sul versante delle libertà personali e dei diritti sociali, restando ancora del tutto impregiudicata la possibilità di estendere oltre l'ambito della cittadinanza i diritti politici, o quella, ancora più sistemica, della rimodulazione della nozione stessa di cittadinanza.

Non si può poi omettere di sottolineare che, in molti casi, le aperture della Corte costituzionale a favore dei diritti degli immigrati sono il riflesso dell'efficacia di accordi e convenzioni internazionali, oltre che del dialogo con la Corte di Strasburgo<sup>19</sup>.

Ciò attraverso la via segnata dall'art. 117, comma 1, Cost., per cui il diritto europeo e internazionale pattizio hanno acquistato una posizione di prevalenza sulle fonti interne primarie<sup>20</sup>. In tal modo l'art. 117, co. 1, si riconnette all'art. 10, co. 2, rafforzandone il disposto: il vincolo di conformità della normazione interna con le fonti internazionali ne ricava una maggiore forza precettiva, esprimendo in modo più incisivo connotazioni di vincolatività e obbligatorietà<sup>21</sup>.

Andando addirittura oltre, la Corte costituzionale si è spinta ad affermare che rientrano tra le norme internazionali generalmente riconosciute, cui il nostro ordinamento si conforma ai sensi dell'art. 10, co. 1, quelle che, garantendo i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza ad una comunità politica, vietano discriminazioni a danno degli stranieri legittimamente soggiornanti<sup>22</sup>.

Non a caso v'è chi ha parlato di un "nuovo diritto internazionale dei diritti umani", derivante dalle convenzioni che dettano principi e regole sul trattamento degli stranieri<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Le sentenze della Corte di Strasburgo relative ai diritti dei cittadini extracomunitari sono ormai in numero ingente: si tratta di un corposo filone giurisprudenziale, che spazia dai casi di estradizione a quelli di espulsione o mancato rinnovo del permesso di soggiorno, ai principi del giusto processo alle questioni legate ai diritti della famiglia. Di forte impatto, ad esempio, la sentenza della Corte EDU del 23 febbraio 2012 (Hirsi Jamaa ed altri) in tema di respingimenti in alto mare, che incontrano i limiti posti dall'art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e 3 (trattamenti inumani e degradanti) della Convenzione europea e dall'art. 4 del protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive o di gruppo). Sulla giurisprudenza della Corte EDU applicativa dell'art. 3 della Convenzione v. S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; C. RUSSO, P.M. QUAINI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Strasburgo*, Milano, 2006.

<sup>20</sup> Sentt. n. 348 e 349/2007. Secondo la sent. n. 311/2009, poi, le norme della CEDU possono anche riferirsi, oltre che all'art. 117, anche all'art. 10, comma 1, Cost., quando identificano norme convenzionali ricognitive di norme internazionali generalmente riconosciute.

<sup>21</sup> P. STANCATI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, in AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., spec. p. 38 e ss.

<sup>22</sup> Sent. n. 306 del 2008.

<sup>23</sup> V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV. *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 12.

### 3. *Le libertà civili*

Fin dalla sentenza n.120/1967 la Corte costituzionale ha affermato che i principi costituzionali in materia di diritti inviolabili, tra cui il principio di uguaglianza, si riferiscono anche ai non cittadini; ciò, però, non impedisce comunque che il legislatore introduca trattamenti differenziati, fondati su situazioni di fatto diverse. Nell'ottica della Corte, le differenze fattuali sono, dunque, suscettibili di essere discrezionalmente valutate dal legislatore, con scelte che spetta alla Corte stessa vagliare sotto il profilo della ragionevolezza.

Si tratta di una sentenza compromissoria, che delinea una terza soluzione rispetto all'alternativa posta dalla dottrina circa l'applicabilità diretta agli stranieri dei diritti posti dalla Costituzione<sup>24</sup>, o, al contrario, la loro applicazione solo ai cittadini, restando valida, per tutti gli altri soggetti, la riserva di legge di cui all'art. 10, comma 2, Cost., rinforzata dall'obbligo del legislatore di decidere in conformità alle norme e ai trattati internazionali.

Posto dinanzi alla questione della riferibilità o meno dei diritti costituzionali ai non cittadini, il giudice delle leggi prospetta un'altra soluzione: per la Corte i diritti, almeno quelli inviolabili, compreso il principio di uguaglianza, riguardano tutti i soggetti, fermo restando che non si tratta di un principio assoluto; in presenza di situazioni di fatto differenziate è ammissibile una correlativa differenziazione del trattamento giuridico introdotto dal legislatore, trattamento che la Corte stessa si riserva in via esclusiva, di vagliare, caso per caso, sotto il profilo della ragionevolezza.

È stato evidenziato<sup>25</sup>, comunque, come la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale non valga, da sola, a risolvere tutti i dubbi che possono emergere in punto di applicazione pratica. Innanzitutto, non è del tutto certo il perimetro dei diritti suscettibili di estensione agli stranieri: la Corte costituzionale fa

<sup>24</sup> Per P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 30 e ss., l'art. 2 Cost. identifica una norma a fattispecie aperta, capace di garantire la tutela dei diritti inviolabili alla persona, prescindendo dalla cittadinanza. In conseguenza di ciò vanno riferiti anche agli stranieri i diritti che la Costituzione letteralmente attribuisce a "tutti". In tal senso anche A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 117 e ss.; e, *ivi*, p. 508 e ss., A. CASSESE, *Art. 10*; G. U. RESCIGNO, *Corso di Diritto Pubblico*, Bologna, 2004, p. 632; G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, relazione al Seminario su "La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale", tenutosi presso la Corte costituzionale il 26 ottobre 2012. Per una teoria secondo cui sarebbero riferibili a tutti i soli diritti connessi al valore della dignità umana, C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 1976, p. 1153 e ss. Ritengono, invece, che l'art. 2 sia una clausola riassuntiva delle libertà disciplinate dalle successive disposizioni costituzionali relative ai soli cittadini, e che, di conseguenza, per individuare i diritti dei non cittadini debba seguirsi la via dell'art. 10, comma 2, Cost., A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, Padova, 2003, p. 20 e ss. e G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963, n. 69*, in *Giur. Cost.*, 1963, p. 330 e ss.

<sup>25</sup> Cfr. G. F. FERRARI, *Relazione conclusiva*, cit. p. 24.

riferimento ai diritti inviolabili, che, spesso, la dottrina tende a sovrapporre ai diritti fondamentali<sup>26</sup>; ciò porterebbe con sé ulteriori questioni, prima fra tutte quella di spiegare l'esclusione degli stranieri da alcuni diritti, quali, in alcuni casi, quelli legati alla famiglia, o quelli politici, che, senz'altro, devono considerarsi fondamentali.

È chiaro, inoltre, che il parametro dell'art. 3 non costituisce garanzia certa di trattamenti eguali: il criterio di ragionevolezza è, per definizione, elastico, e non vale ad escludere che, partendo da differenze fattuali, si giustifichino vere e proprie discriminazioni, come è invero accaduto per alcune delle più clamorose discriminazioni "storiche"<sup>27</sup>.

Così, sentenze non troppo risalenti hanno negato che, ai fini di un giudizio di eguaglianza, potesse assimilarsi la condizione di chi è coniugato con un cittadino a quella di chi è coniugato con uno straniero<sup>28</sup>, mentre sono degli anni '70 sentenze con cui la Corte costituzionale ha negato che gli immigrati potessero godere della libertà di circolazione e soggiorno con la stessa intensità dei cittadini<sup>29</sup>.

Di contro, partendo dal suddetto presupposto, la Corte costituzionale non ha avuto difficoltà ad ammettere che anche agli stranieri potessero riconoscersi la libertà di manifestazione del pensiero a mezzo stampa senza condizione di reciprocità<sup>30</sup>; la libertà di domicilio e di corrispondenza, fatto salvo l'obbligo di denuncia in caso di ospitalità a stranieri o apolidi<sup>31</sup>, nonché l'obbligo di dichiarazione alle autorità di sicurezza per gli affittacamere o albergatori, obbligo che, per la Corte, non lede la libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost..

Inoltre, la Corte costituzionale ha riconosciuto agli immigrati la libertà personale<sup>32</sup>; il diritto alla vita<sup>33</sup>, con il conseguente divieto di estradizione per reati che la legge straniera punisce con la pena di morte<sup>34</sup>; la libertà di associazione<sup>35</sup>; la libertà

<sup>26</sup> V. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali, L'esperienza italiana*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1992, p. 222 e ss.

<sup>27</sup> Così V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit. p. 8, secondo cui "Il carattere di per sé elastico del criterio di ragionevolezza fa sì poi che il problema delle discriminazioni si presenti sotto profili sempre nuovi: nella storia, è noto che tante discriminazioni "storiche", a cominciare da quelle di genere, sono state "giustificate", in un primo tempo, in base a differenze di fatto".

<sup>28</sup> Ordd. n. 232 del 2001 e 158 del 2006, a proposito dei limiti all'espulsione degli stranieri derivanti da legami familiari.

<sup>29</sup> Sent. n. 244 del 1974, con cui la Corte respinge la questione di costituzionalità, ex artt. 3 e 16 Cost., delle disposizioni che consentivano l'allontanamento coattivo dello straniero privo di mezzi di sostentamento.

<sup>30</sup> Sent. n. 85/1965 e 11/1968.

<sup>31</sup> Sentt. n. 104/1969; 77/1972; 366/1991.

<sup>32</sup> Sent. n. 28/1995.

<sup>33</sup> Sent. n. 54/1979.

<sup>34</sup> Sent. n. 223/1996.

<sup>35</sup> Sentt. n. 190/1975 e 193/1985.

religiosa<sup>36</sup>, il diritto di formare una famiglia e di mantenere l'unità familiare<sup>37</sup> ai sensi degli artt. 29 e 30 Cost., che, per la Corte, pongono diritti fondamentali della persona, in quanto tali spettanti, in linea di principio, anche agli stranieri<sup>38</sup>. Così, il giudice delle leggi ha dichiarato illegittima la disposizione che imponeva allo straniero, che volesse contrarre matrimonio nello Stato italiano, di presentare all'ufficiale dello stato civile un documento attestante la regolarità del soggiorno<sup>39</sup>, o, ancora, la disposizione che sottoponeva il diritto al ricongiungimento familiare, come causa impeditiva dell'espulsione, alla condizione del matrimonio, negandolo, invece, in caso di famiglie di fatto<sup>40</sup>.

Queste cautele, per la Corte, sono assolutamente necessarie perchè volte alla tutela costituzionale dei figli minori, oltre che dell'unità del nucleo familiare, ed è sulla base di quest'esigenza superiore che essa ha esteso, con una sentenza additiva, il divieto di espulsione della straniera in stato di gravidanza e nei mesi successivi alla nascita del figlio anche al marito convivente<sup>41</sup>.

L'esigenza di tutelare l'unità familiare assume, invece, contorni più sfumati circa il diritto dello straniero maggiorenne a chiedere il ricongiungimento con i genitori, che la legge consente solo ove questi non abbiano altri figli nel Paese di provenienza ovvero questi siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati e gravi motivi di salute. Nel caso dei figli maggiorenni che si siano allontanati dai genitori, il diritto all'unità familiare perde la connotazione di diritto inviolabile costituzionalmente garantito, e la sua tutela diviene, dunque, suscettibile di relativizzarsi nel bilanciamento con altri interessi pubblici di rilievo<sup>42</sup>.

A proposito di ricongiungimenti familiari, poi, la corte preclude che le Regioni o Province autonome possano disciplinarne i requisiti: ciò, infatti, attiene alla disciplina dei flussi migratori, e, conseguentemente, ricade nella competenza esclusiva dello Stato ex art. 117, co. 2, lett. b)<sup>43</sup>.

#### 4. *La politica dell'immigrazione*

È sul piano dell'art. 16 Cost., cioè del diritto di entrare, restare e stabilirsi nel territorio dello Stato che, invece, la Corte ha sempre mantenuto un orientamento

<sup>36</sup> Sent. n. 14/1973.

<sup>37</sup> Sent. n. 376/2000.

<sup>38</sup> Sentt. n. 28/1995 e 203/1997.

<sup>39</sup> Sent. n. 249/2010.

<sup>40</sup> Sent. n. 203/1997.

<sup>41</sup> Sent. n. 376/2000.

<sup>42</sup> Sent. n. 24/2005.

<sup>43</sup> Sent. n. 2/2013.

restrittivo, o, meglio, un orientamento volto alla legittimazione delle decisioni legislative limitative di tale diritto nei confronti degli stranieri.

Per la Corte costituzionale<sup>44</sup> il cittadino ha diritto di risiedere ovunque, nel territorio della Repubblica, e, ovviamente, senza limiti di tempo, e non può esserne allontanato per nessun motivo; mentre lo straniero può risiedere nel nostro Stato solo sulla base delle relative autorizzazioni, che possono imporre un tempo limitato, e può essere espulso, “ove si renda indesiderabile”, poiché solo il cittadino ha con lo Stato un rapporto originario e permanente, mentre lo straniero ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo.

Si è già evidenziato come lo *jus migrandi* debba considerarsi un diritto fondamentale e inalienabile, tanto più se il suo esercizio appaia determinato non dall'esigenza di spostarsi altrove per cercare condizioni migliori di vita, ma dalla necessità legata alla sopravvivenza. Inoltre, la libertà di circolazione e soggiorno è stata sempre connessa alla libertà personale, costituendone un corollario imprescindibile, come appare tanto più evidente ove si pensi che solo i regimi autoritari hanno preteso di limitarla istituendo forme di controllo interno che, nel nostro sistema, sono vieppiù vietate anche alla luce dell'art. 120 Cost.

Il diritto di emigrare spostandosi verso altri territori ed altri Stati come diritto umano fondamentale si trova però a configgere con il controllo che ciascuno Stato pretende di esercitare sui propri confini e sul proprio territorio, imponendo limiti all'ingresso e al soggiorno degli stranieri.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, le disposizioni che si sono succedute in materia attestano uno sbilanciamento netto a favore delle esigenze di ordine pubblico, assegnando, conseguenzialmente, un ruolo preminente alle autorità di pubblica sicurezza nella gestione dei controlli, e mettendo in ombra gli aspetti più direttamente connessi al valore costituzionale dello *jus migrandi* quale diritto fondamentale che, peraltro, la nostra Costituzione riconosce espressamente a favore dei cittadini.

Per la Corte costituzionale tale asimmetria non rappresenta un problema di costituzionalità, poiché “la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione”. La ponderazione tra i suddetti interessi spetta al legislatore, che “possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, solo dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli”<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Sent. n. 105/1969.

<sup>45</sup> Sentt. n. 148/2008 e 172/2012.

La Corte non ha mancato di ribadire che il controllo del proprio territorio è una manifestazione essenziale della sovranità<sup>46</sup>, e che allo Stato spetta il compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere attraverso la regolamentazione dei flussi migratori, con disposizioni che vanno rispettate in quanto poste a tutela della collettività, che potrebbe essere danneggiata da situazioni illegali<sup>47</sup>.

Sulla base di queste premesse, la Corte costituzionale ha riconosciuto al legislatore la più ampia discrezionalità, affermando, fin dagli anni '70 del secolo scorso, che non sono contrari alla Costituzione l'obbligo di presentarsi alle autorità di pubblica sicurezza<sup>48</sup> entro tre giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato ai fini del permesso temporaneo, né il respingimento dello straniero già espulso per motivi di ordine pubblico<sup>49</sup>, né il foglio di via obbligatorio o respingimento in caso di impossibilità di contare su mezzi di sostentamento<sup>50</sup>.

Successivamente, la Corte ha ritenuto non contrastanti con la Costituzione l'espulsione amministrativa per soggiorno irregolare<sup>51</sup>, l'obbligo prefettizio di espulsione per condanna penale<sup>52</sup>, l'impossibilità di sospendere in via cautelare l'espulsione prefettizia o ministeriale per motivi di terrorismo<sup>53</sup>, il trattenimento nei centri di permanenza temporanea e assistenza<sup>54</sup>.

In tempi più recenti la Corte ha avallato la disciplina sul rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno, senza censurare quegli aspetti di automatismo su cui si erano maggiormente appuntati i dubbi di legittimità<sup>55</sup>.

Basti pensare al divieto di regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari destinatari di provvedimenti di espulsione da eseguire con accompagnamento alla frontiera<sup>56</sup>, o all'esclusione del rinnovo del permesso di soggiorno degli immigrati che hanno patteggiato la pena per un qualunque reato in materia di stupefacenti<sup>57</sup>, con espulsione automatica, considerata legittima in quanto espressiva del principio di legalità che governa tutta la disciplina dell'immigrazione.

Allo stesso modo, sono uscite indenni dal vaglio di costituzionalità le disposizioni che prevedevano figure di reato direttamente connesse con il fenomeno dell'immigrazione: dal controverso reato di indebito trattenimento nel territorio

---

<sup>46</sup> Sent. n. 250/2010.

<sup>47</sup> Sent. n. 353/1997.

<sup>48</sup> Sent. n. 46/1977.

<sup>49</sup> Sent. n. 109/1974.

<sup>50</sup> Sent. n. 144/1974.

<sup>51</sup> Sent. n. 353/1997.

<sup>52</sup> Sentt. n. 58 e 129/1995.

<sup>53</sup> Sentt. n. 161/2000 e 432/2007.

<sup>54</sup> Sent. n. 105/2001.

<sup>55</sup> Sentt. n. 78/2005; e 172/2012.

<sup>56</sup> Sent. n. 206/2006.

<sup>57</sup> Sent. n. 148/2008.

statale previsto dal T.U. n. 286/1998, considerato non irragionevole come scelta legislativa di politica criminale<sup>58</sup>, al reato connesso al compimento di atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha il titolo di residenza permanente<sup>59</sup>, rispetto al quale la Corte ha censurato soltanto il trattamento sanzionatorio tramite custodia cautelare in carcere pur in assenza di esigenze cautelari<sup>60</sup>.

Ancora, la Corte non ha accolto le censure proposte in numerose ordinanze di rimessione contro la disposizione della l. 94/2009 che introduce la previsione del reato, contravvenzionale, di ingresso o permanenza nel territorio dello Stato in violazione delle norme del T.U. sull'immigrazione<sup>61</sup>.

Le sentenze che fanno eccezione a questo *trend* sono, finora, pochissime: quella con cui la Corte ha dichiarato illegittima l'aggravante della clandestinità, ovvero l'aver lo straniero commesso il fatto mentre si trovava illegalmente nel territorio dello Stato<sup>62</sup>; quella con cui la Corte ha ritenuto non conforme a ragionevolezza il divieto di regolarizzazione di lavoratori extracomunitari, condannati anche in via non definitiva per reati con arresto in flagranza, prestanti assistenza a persone non autosufficienti<sup>63</sup>; e quella con cui la Corte ha ritenuto incostituzionale il reato dello straniero che, destinatario di un provvedimento di espulsione, continuasse a permanere nello Stato, senza tenere conto di eventuali giustificati motivi come cause escludenti il reato stesso<sup>64</sup>.

Tale ultima fattispecie incriminatrice è poi venuta meno in quanto contrastante con la direttiva “rimpatri”<sup>65</sup> nella parte in cui puniva il reato con la pena della reclusione<sup>66</sup>: da ciò la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato avevano dedotto l'*abolitio criminis*, prima ancora che il legislatore desse attuazione alla direttiva con il d.l. 89/2011<sup>67</sup>.

<sup>58</sup> Sent. n. 236/2008.

<sup>59</sup> Sent. n. 21/2009.

<sup>60</sup> Sent. n. 331/2011.

<sup>61</sup> Sent. n. 250/2010. Nella prospettazione del giudice a quo si ravvisava un'ipotesi di “reato d'autore”, contrastante con l'art. 25, co. 2, Cost., che, invece, polarizza il reato nel fatto commesso: per la Corte, ad essere sanzionata dalla disposizione *de qua* è invece una condotta, attiva e istantanea, o permanente, di chi varca illegalmente i confini statali o omette di allontanarsene se privo del titolo di legittimazione a restarvi.

<sup>62</sup> Sent. n. 249/2010, secondo cui il legislatore violava il principio di offensività, punendo più gravemente la condotta solo sulla base della qualità personale del suo autore.

<sup>63</sup> Sent. n. 172/2012, secondo cui la disposizione impugnata, oltre a fondarsi su una presunzione di pericolosità sociale non prevista dall'art. 381 c.p.p., non teneva conto degli interessi delle persone assistite.

<sup>64</sup> Sent. n. 359/2010.

<sup>65</sup> N. 2008/15/CE.

<sup>66</sup> Così la Corte di Giustizia (causa C-61/11 PPU, 28 aprile 2011).

<sup>67</sup> Sul punto v. G. Corso, *La disciplina dell'immigrazione*, cit., il quale sottolinea i possibili sviluppi

Margini di discrezionalità ben più ridotti la Corte ha invece riconosciuto al legislatore laddove entrano in gioco il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e la libertà personale (art. 13 Cost.) con le relative riserve di legge e di giurisdizione, o i principi fondamentali in materia penale (artt. 25 e 27 Cost.), in relazione ai quali il giudice delle leggi non ammette la possibilità di differenze tra il trattamento del cittadino e il trattamento dello straniero<sup>68</sup>: il carattere universale e assoluto della libertà personale si oppone, infatti, alle limitazioni derivanti da una ponderazione con gli interessi pubblici legati all'ordine e alla sicurezza, impedendone, stavolta, la prevalenza<sup>69</sup>.

Così, è stata dichiarata l'incostituzionalità delle disposizioni che consentivano l'interrogatorio dello straniero senza l'osservanza delle norme sull'istruzione formale<sup>70</sup>; l'arresto dello straniero che non desse idonea cauzione per reati doganali<sup>71</sup>; l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera senza previa convalida giudiziaria e senza che l'immigrato fosse sentito da un giudice con l'assistenza di un difensore<sup>72</sup>; l'arresto obbligatorio dello straniero che avesse violato l'ordine di lasciare il territorio dello Stato<sup>73</sup>; la reclusione da uno a quattro anni per lo straniero che, denunciato ed espulso per essere entrato illegalmente nel territorio nazionale, vi facesse reingresso senza autorizzazione del Ministero dell'Interno<sup>74</sup>; l'esclusione dai benefici dell'affidamento in prova al servizio sociale e della semi-libertà per lo straniero entrato illegalmente<sup>75</sup>; la mancata assistenza di interprete in caso di gratuito patrocinio<sup>76</sup>; l'impossibilità di proporre ricorso in opposizione avverso il decreto prefettizio di espulsione a mezzo di servizio postale<sup>77</sup>.

Di contro, la Corte non ha ravvisato vizi di costituzionalità nel caso della mancata previsione di un particolare regime dell'ignoranza della legge penale<sup>78</sup>; dell'impossibilità del rientro per il dibattimento dello straniero espulso, sottoposto a procedimento penale<sup>79</sup>; dell'uso di una lingua straniera diffusa e non della

---

di tale statuizione, osservando che “viene messa in discussione la libertà dello Stato di colpire con la sanzione penale lo straniero che si trattenga indebitamente nel territorio e sono prescritte misure amministrative per l'esecuzione coattiva dell'espulsione”

<sup>68</sup> Sent. n. 249/2010.

<sup>69</sup> Sent. n. 105/2001.

<sup>70</sup> Sent. n. 50/1972.

<sup>71</sup> Sent. n. 215/1983.

<sup>72</sup> Sent. n. 222/2004.

<sup>73</sup> Sent. n. 223/2004.

<sup>74</sup> Sent. n. 466/2005.

<sup>75</sup> Sent. n. 78/2007.

<sup>76</sup> Sent. n. 254/2007.

<sup>77</sup> Sent. n. 278/2008.

<sup>78</sup> Sent. n. 74/1975.

<sup>79</sup> Sent. n. 492/1991.

propria nella redazione dei provvedimenti di espulsione<sup>80</sup>; della giurisdizione del giudice di pace sull'impugnazione<sup>81</sup>.

##### 5. *I diritti sociali tra disciplina dell'immigrazione e potestà legislativa regionale*

Nella giurisprudenza sui diritti sociali degli immigrati la Corte costituzionale ha adoperato il giudizio di ragionevolezza con esiti che hanno spesso scardinato le differenze di trattamento tra cittadini e stranieri. Per il giudice delle leggi, se l'ordinamento dispone prestazioni strumentali al soddisfacimento di bisogni primari della persona, entra in gioco la tutela della persona stessa, la cui promozione e protezione identificano il compito originario della forma di stato repubblicana: in tal caso, non sono tollerabili distinzioni tra immigrati e cittadini<sup>82</sup>. In questo modo, il principio personalista si salda all'universalismo dei diritti, con importanti ricadute applicative.

Sono molte le sentenze additive di prestazione con cui il giudice delle leggi ha giudicato incostituzionale l'esclusione degli immigrati dal godimento di alcuni diritti sociali: si pensi al diritto alla salute<sup>83</sup>; al diritto alla pensione di inabilità e all'indennità di accompagnamento<sup>84</sup> per gli extracomunitari totalmente inabili a prescindere dalla carta di soggiorno<sup>85</sup>, o per quelli affetti da gravi patologie o handicap, sempre a prescindere dalla carta di soggiorno<sup>86</sup>; al diritto alla indennità di frequenza per gli immigrati minorenni che necessitano di trattamenti terapeutici o riabilitativi o non possono svolgere le funzioni della propria età<sup>87</sup>, anche a prescindere dal rilascio della carta di soggiorno; al diritto al trasporto di linea gratuito in caso di invalidità<sup>88</sup>.

Qui il tema si intreccia con quello del riparto delle competenze legislative ai sensi dell'art. 117 Cost.: fermo restando che le disposizioni contenute nel T.U. del '98 (art. 1, co. 4) costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., e norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, nelle materie di competenza delle Regioni speciali<sup>89</sup>, le prestazioni sociali, dalla salute, all'assistenza

<sup>80</sup> Sent. n. 257/2004.

<sup>81</sup> Sent. n. 204/2006.

<sup>82</sup> Sent. n. 187/2010.

<sup>83</sup> Sent. n. 252/2001.

<sup>84</sup> Sentt. n. 324/2006 e 11/2009.

<sup>85</sup> Sent. n. 306/2008.

<sup>86</sup> Sent. n. 40/2013.

<sup>87</sup> Sent. n. 329/2011.

<sup>88</sup> Sent. n. 432/2005, dove la Corte afferma che il diritto in questione può tollerare ragionevoli limitazioni fondate sul criterio della residenza (si trattava di disposizioni contenute in una l. r. della Lombardia), ma non sulla cittadinanza.

<sup>89</sup> Sent. n. 300/2005.

sociale, all'istruzione, alla formazione professionale, all'edilizia popolare, chiamano in causa specifici titoli di legittimazione legislativa delle Regioni. Ed infatti, molte delle citate pronunce della Corte sono intervenute a seguito di giudizi in via principale, cioè dell'impugnazione di leggi regionali da parte del Governo, che lamentava la lesione della potestà esclusiva sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero.

È chiaro che le Regioni non possono spingersi a disciplinare aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso, poiché ciò contrasterebbe con la competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. b)<sup>90</sup>, ma anche disciplinando ambiti della propria potestà come il diritto allo studio o le prestazioni sociali, vi sono possibilità di sovrapposizione con la normazione statale, sovrapposizioni che è toccato alla Corte costituzionale dirimere.

In linea generale, la Corte ha tenuto un orientamento favorevole agli interventi legislativi regionali, che, il più delle volte, estendevano la disciplina dei diritti sociali anche agli immigrati; a tali esiti la Corte è pervenuta seguendo un particolare percorso argomentativo-interpretativo delle leggi regionali impugnate, cioè facendo leva sulla condizione di regolarità per avallare l'erogazione delle prestazioni anche agli stranieri<sup>91</sup>, anche ove il legislatore regionale non avesse previsto alcun discrimine rispetto agli immigrati clandestini.

Per il giudice delle leggi, ad esempio, solo gli stranieri in possesso dello status di rifugiato o della carta o permesso di soggiorno almeno biennale possono accedere ai benefici disposti da una l. r. della Campania in ordine all'accesso ai corsi di formazione e riqualificazione professionale, possono concorrere all'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, o ricevere il canone di locazione<sup>92</sup>: solo rispettando tale condizione le disposizioni contenute in tale legge rientrano in un quadro di compatibilità costituzionale. Se detti benefici fossero concessi anche agli stranieri irregolari verrebbe incisa la potestà statale in materia di immigrazione, che implica il monopolio nella determinazione dei criteri per l'accesso ed il soggiorno nel territorio nazionale.

Questo è per la Corte il canone interpretativo che consente di "salvare" le leggi regionali impugnate, ricostruendone il contenuto in sede interpretativa in modo da evincerne norme conformi a Costituzione, con una serie di sentenze, appunto, interpretative di rigetto: in difetto di previsioni espresse il regime normale dei diritti sociali non può che essere inteso come riferibile agli stranieri regolari, che si trovano in una situazione che richiede la stessa tutela che l'ordinamento riconosce ai cittadini.

Al riguardo, la disposizione di riferimento è costituita dall'art. 80, comma 19, della l. n. 388/2000 secondo cui, ai fini della fruizione delle provvidenze e delle

<sup>90</sup> Sentt. n. 156/2006; 50/2008; 134 e 299/2010.

<sup>91</sup> Sentt. n. 156/2006; 61/2011.

<sup>92</sup> Sent. n. 61/2011.

prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, sono equiparati ai cittadini italiani gli stranieri titolari della carta o permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno. Né l'accesso a simili prestazioni può, per la Corte, conoscere restrizioni giustificate dal decremento delle risorse finanziarie disponibili dalle Regioni: le minori risorse non possono valere a restringere illegittimamente la platea dei potenziali fruitori, a danno dei soggetti economicamente più deboli, quali, appunto, gli immigrati.

In tal senso è recentissima una sentenza<sup>93</sup> con cui la Corte costituzionale censura una legge della Provincia autonoma di Bolzano perché subordinava l'accesso a molteplici prestazioni sociali, eccedenti quelle essenziali, al requisito della ininterrotta residenza e dimora stabile nella Provincia per almeno 5 anni, requisito che, per la Corte, contrastava con il criterio di ragionevolezza.

Per il giudice delle leggi, mentre la residenza identifica un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio, altrettanto non può dirsi per la residenza protratta per un periodo predeterminato: la previsione di un periodo minimo introduce un requisito che prescinde dalle situazioni di bisogno o di disagio che, sole, devono costituire il presupposto per la fruibilità delle provvidenze in questione<sup>94</sup>.

Il filo conduttore in tema di diritti sociali, dunque, si muove sul crinale della distinzione tra stranieri regolarmente residenti, che hanno diritto a ricevere le prestazioni connesse alla tutela della persona, e stranieri irregolari o clandestini, che non sono legittimati a permanere nel nostro territorio<sup>95</sup>.

Agli immigrati irregolari, secondo il T.U. del 1998 (art. 2), sono ovviamente riconosciuti i diritti fondamentali della persona anche alla luce delle convenzioni internazionali e delle norme internazionali generalmente riconosciute, e, quindi, essi hanno diritto alle cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali e accedono ai programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva (T.U., art. 35).

La Corte costituzionale ha però ammesso la legittimità di leggi regionali che stabilivano a favore degli stranieri irregolari forme di assistenza sanitaria dai contenuti più ampi di quelli, minimi, previsti dal T.U., ravvisando nel diritto alla salute "un nucleo irriducibile protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela"<sup>96</sup>; tale è la valenza di tale diritto da implicare, nel silenzio della legge, il divieto di espulsione dello straniero irregolare che debba portare a termine trattamenti terapeutici essenziali<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Sent. n. 2/2013.

<sup>94</sup> Sent. n. 40/2011.

<sup>95</sup> Sentt. n. 5/2004; 29 e 32/2009; 269 e 299/2010; 329/2011.

<sup>96</sup> Sent. n. 269/2010. In tal senso anche le sentt. n. 254/2001; 299/2010; 61/2011.

<sup>97</sup> Sent. n. 252/2001.

Dunque, per la Corte, l'elencazione dell'art. 35 T.U. è meramente esemplificativa, e ben si presta ad una lettura estensiva sia in sede di pratica medica che di interpretazione giurisprudenziale; ciò trova un elemento importante di garanzia nella previsione per cui l'accesso alle strutture sanitarie dello straniero irregolare non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto e a condizione di parità con il cittadino (art. 35 T.U., c. 5), disposizione, questa, che sottende un importante potenziale sul versante della tutela della gravidanza e della minore età e del diritto alla vita del concepito, o, comunque, di quei soggetti che versino in una condizione di particolare debolezza, e che spesso, purtroppo, ricorrono con scarsa frequenza alle prestazioni mediche per difetto di informazione o a causa di ostacoli culturali.

#### 6. *I diritti politici*

Il versante dei diritti politici degli stranieri identifica, come la dottrina ha da tempo evidenziato, una sfida epocale per le democrazie moderne, perché è quello che più direttamente implica il ripensamento delle categorie che pongono i formanti di ogni sistema costituzionale.

Naturalmente non è questa la sede per affrontare con l'approfondimento che merita un tema di simile spessore, per cui ci si limiterà ad alcune notazioni essenziali, muovendo sempre dall'angolazione offerta dalla giurisprudenza costituzionale.

A tale riguardo, non si può che partire dal riferimento ad una ormai storica sentenza<sup>98</sup>, in cui la Corte costituzionale ha affermato che la tutela che l'ordinamento costituzionale appresta nei confronti del non cittadino concerne l'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost., "con esclusione dei diritti che siano strettamente inerenti lo *status civitatis*".

La questione dei diritti politici, dunque, chiama direttamente in causa la configurazione della cittadinanza e dei principi che la governano quale qualità legittimante la partecipazione politica dei soggetti: com'è noto, tuttora il nostro ordinamento vede prevalere il criterio dello *jus sanguinis*, mentre chi non contrae matrimonio con un cittadino è condizionato ad un lungo iter burocratico, che, comunque, richiede la residenza regolare per almeno 10 anni.

È stato osservato che una forma di Stato è democratica in quanto si presume fondata sul consenso dei governati: se questo è un assioma indubitabile, appare difficile giustificare l'esclusione dall'ambito dei governati di tutti quei soggetti che risiedono nel nostro territorio, vi lavorano, formano nuclei familiari, vi nascono, solo sulla base di una presupposta idea di identità nazionale legata al mondo del pregiudicato<sup>99</sup>.

<sup>98</sup> Sent. n. 11/1968.

<sup>99</sup> Per V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 20, una democrazia *jure sanguinis*

Sintomatico delle resistenze a mutare prospettiva sul piano dei diritti politici il fatto che la Convenzione promossa dal Consiglio d'Europa sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale, stipulata nel 1992 ed entrata in vigore nel 1997, sia stata finora firmata da soli 13 Paesi membri, ratificata da 8 di questi, tra cui l'Italia, che, però, ha escluso la propria adesione alla parte relativa all'esercizio del diritto di voto nelle consultazioni locali.

Il tema, com'è ovvio, è gravido di profonde implicazioni che si evidenziano sul piano del diritto costituzionale interno, oltre che sul piano del diritto internazionale, implicazioni che in questa sede è possibile soltanto accennare; basti pensare che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'art. 15, ha proclamato che ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza, e che nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza.

Laddove, peraltro, si volesse lasciare impregiudicato un tema così complesso e controverso quale la cittadinanza, non pare che una estensione dei diritti di partecipazione politica agli immigrati regolarmente residenti trovi insormontabili ostacoli sul piano costituzionale: la formulazione dell'art. 48 Cost., del resto, riconosce positivamente il diritto di voto in capo ai cittadini, ma non preclude il suo riconoscimento anche agli stranieri, né un simile divieto è ricavabile da alcun'altra disposizione costituzionale.

La giurisprudenza costituzionale non ha esitato a riconoscere una simile estensione nel caso di alcuni dei diritti testualmente riservati ai soli "cittadini", facendo leva sul principio di uguaglianza per valorizzare l'anima inclusiva della nostra Carta fondamentale.

Tale estensione, come si è visto, viene realizzata con la massima intensità a favore degli stranieri regolarmente soggiornanti, ai quali il legislatore ha riconosciuto il complesso dei diritti civili attribuiti al cittadino italiano<sup>100</sup>, con aperture che la Corte costituzionale ha ulteriormente consolidato anche sul fronte delle prestazioni sociali.

La stessa operazione interpretativa potrebbe dunque proporsi per l'art. 48 Cost., tanto più alla luce delle sentenze che agli stranieri hanno esteso quasi per intero l'altro versante dei contenuti di cittadinanza: quello dei doveri costituzionali, che, a pieno, titolo, entrano a comporre la categoria dei rapporti politici insieme al diritto di voto.

Ci si riferisce al fatto che la Corte costituzionale ha esteso anche agli apolidi gli obblighi militari di leva, e ha esentato gli stranieri dalla doppia imposizione

---

non è, in fondo, meno discriminante di una democrazia censitaria o basata su discriminazioni di genere.

<sup>100</sup>Secondo l'art. 2 del D. Lgs. n. 286/1998, "lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico non dispongano diversamente".

degli obblighi stessi<sup>101</sup>, mentre è pacifico che il dovere di concorrere alle spese pubbliche attraverso il sistema tributario si impone su tutti coloro che esprimano una capacità contributiva, indipendentemente dalla cittadinanza, così come il dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi. Venuto meno l'obbligo della leva, restano, dunque, come doveri riconnessi allo status di cittadino, solo quello di difesa militare della patria<sup>102</sup> e quello di fedeltà alla Repubblica<sup>103</sup>.

Non manca, invero, una corrente dottrina che ipotizza l'estensione agli stranieri dei diritti politici per via di legge ordinaria<sup>104</sup>, mentre per altri Autori il diritto di voto, così come il diritto di elettorato passivo, quali diritti politici per eccellenza, potrebbero estendersi solo a seguito di revisione costituzionale<sup>105</sup>.

Ancora una volta, il discrimine è segnato dalla posizione che si assuma riguardo alla questione sistemica dei diritti degli stranieri: escluderanno l'applicazione dei diritti politici a favore dei non cittadini coloro che valorizzano il riferimento testuale nelle diverse disposizioni costituzionali, di volta in volta, ai "cittadini" o a "tutti", sul presupposto che tale differenza sia da ascrivere ad una precisa scelta dei Costituenti in materia; ammetteranno la possibilità di estendere i diritti politici agli stranieri per via legislativa, invece, coloro per i quali è la riserva rinforzata ex art. 10, comma 2, Cost., a costituire l'unica strada costituzionalmente segnata per il riconoscimento dei diritti ai non cittadini.

Aprè a quest'ultima possibilità un parere del Consiglio di Stato (del 16 marzo 2005), ove si legge che "gli artt. 48 e 51 Cost., nel garantire il diritto di elettorato attivo e passivo ai cittadini non precludono al legislatore ordinario di estendere gli stessi diritti, in tal caso privi di copertura costituzionale, a soggetti privi della cittadinanza italiana". A sostegno di ciò il C.d.S. richiama l'art. 10, co. 2, Cost., e l'art. 117,

<sup>101</sup> Sentt. n. 974/1988; 278/1992; 172/1999; 131/2001.

<sup>102</sup> Per la Corte costituzionale, sent. n. 172/1999, <<L'art. 52 della Costituzione, proclamando il "sacro dovere" di difesa della Patria e l'obbligatorietà del servizio militare, nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge, si riferisce ai cittadini italiani>>.

<sup>103</sup> Per una visione problematica del dovere di fedeltà, nella prospettiva di una sua possibile estensione, seppure con diversa intensità, anche ai non cittadini, v. E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AA. VV. *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 250 e ss.

<sup>104</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., p. 144 e ss.; M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. del Dir.*, 1992, p. 585 e ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, Cedam, 1997, p. 429 e ss.; E. GROSSO, *Straniero*, in *Di. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 2000, p. 175 e ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, p. 288 e ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini"*. *Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 155.

<sup>105</sup> G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, p. 299 e ss.; F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, in *Enc. Del Dir.*, XLVI, 1993, p. 1107 e ss.; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, 1997, p. 201; T. E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2004; P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2005, p. 175; T. GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, in *www.forumcostituzionale.it*.

co. 2, lett. a), che riservano alla potestà legislativa statale la disciplina in materia di diritto di asilo e condizione giuridica di cittadini di Stati non appartenenti all'UE<sup>106</sup>.

L'unica revisione dell'art. 48 Cost., realizzata nel 2000<sup>107</sup>, si è mossa nella direzione opposta, cioè quella di riconoscere il diritto di voto a favore degli italiani all'estero, con una scelta difficilmente giustificabile alla luce del fatto che la maggior parte dei destinatari vivono ormai all'estero da lungo tempo, se non da generazioni, e hanno reciso i legami di partecipazione politica con la terra d'origine.

Tale revisione ha reso più evidente l'esigenza, opposta, di garantire adeguate forme di partecipazione politica a quei soggetti che sono privi della cittadinanza formale, ma che risiedono stabilmente nel territorio dello Stato, vi svolgono attività lavorativa, pagano le imposte e accedono ai diritti sociali<sup>108</sup>.

È stata anche prospettata una diversa soluzione, consistente nel limitare i diritti di partecipazione politica degli stranieri alle sole elezioni locali, ma è una strada che trova meno appigli sul piano costituzionale, non offrendo gli artt. 48 e 51 Cost. alcun elemento che possa autorizzare una distinzione tra l'esercizio dell'elettorato ai fini delle elezioni locali e ai fini del rinnovo del Parlamento.

Se si guarda al contesto europeo, peraltro, circa la metà degli Stati membri riconosce il diritto di voto nelle elezioni locali agli stranieri; fanno eccezione l'Italia, la Germania e la Francia, ovvero i Paesi in cui si registra il maggior numero di immigrati<sup>109</sup>.

Restando al piano europeo, la CEDU prevede, all'art. 16, che i diritti alla libertà di espressione, di riunione, di associazione e alla libertà sindacale non vietano allo Stato di imporre limiti all'attività politica degli stranieri; invece, la Convenzione europea per la partecipazione dello straniero alla vita pubblica a livello locale, firmata a Strasburgo nel 1992, garantisce agli stranieri regolarmente soggiornanti la libertà di espressione, di riunione pacifica, di associazione (intesa sia come diritto a creare proprie associazioni, sia come diritto ad aderire alle associazioni già costituite), il diritto di partecipazione ad organi consultivi volti a rappresentare i residenti stranieri a livello locale, e impongono ai pubblici poteri l'obbligo di adottare dispositivi per consentire agli stranieri residenti di esprimere pareri sui temi della vita politica che li riguardano. L'Italia, come si è già ricordato, non ha però reso esecutiva la parte della Convenzione (il capitolo C) che prevede il diritto di voto degli stranieri regolarmente residenti nelle elezioni locali.

<sup>106</sup> Parere della Sezione I, n. 9771/2004.

<sup>107</sup> L. c. n. n.1/2000.

<sup>108</sup> Cfr. A. SCIORTINO, *Migrazioni e trasformazioni della partecipazione politica*, cit., p. 169.

<sup>109</sup> Consentono il voto alle elezioni locali ad alcune categorie di stranieri residenti il Belgio, la Danimarca, l'Estonia, la Finlandia, l'Ungheria, l'Irlanda, la Lituania, il Lussemburgo, l'Olanda, la Norvegia, il Portogallo, la Slovacchia, la Slovenia, la Spagna, la Svezia, la Svizzera e il Regno Unito. Di questi Paesi alcuni (Danimarca, Ungheria, Norvegia, Portogallo, Slovacchia, Svezia, Svizzera, regno Unito) consentono agli immigrati di votare anche nelle elezioni regionali e nazionali.

Non sono mancati i tentativi di risposta sul piano del diritto positivo: il T.U. sull'immigrazione e il T.U.E.L. riconoscono, seppure solo in via di principio, il diritto degli immigrati a partecipare alla vita pubblica in ambito locale; sulla base di ciò in alcuni Comuni sono stati istituiti appositi organi, quali la Consulta degli stranieri o il Consigliere comunale aggiunto, organi elettivi tuttavia scarsamente incisivi nella pratica, in quanto privi di poteri decisionali e dotati, solo, di funzioni consultive, e di cui, proprio sulla base di detti limiti, non si è mai posta in dubbio la compatibilità costituzionale.

È nota, poi, la vicenda relativa ad alcuni Statuti regionali (Toscana, Emilia Romagna), che, con disposizioni programmatiche, prevedevano l'estensione del diritto di voto agli immigrati per le elezioni amministrative<sup>110</sup>: ebbene, proprio il tenore meramente promozionale delle disposizioni in oggetto, prive di vincolatività, ha indotto la Corte a non ritenerne la incostituzionalità<sup>111</sup>.

V'è da dire, peraltro, che la vicenda relativa ai cosiddetti "contenuti eventuali" degli Statuti regionali si è poi arricchita di un'altra statuizione giurisprudenziale, che potrebbe condurre a sviluppi ulteriori nella materia considerata: in una successiva sentenza, infatti, la Corte costituzionale non ha esitato a rigettare il ricorso governativo avverso una legge elettorale regionale proprio in quanto applicativa di una disposizione statutaria rientrante tra quelle "promozionali"<sup>112</sup>.

La questione riguardava, nello specifico, le preferenze di genere, ma il ragionamento della Corte potrebbe valere anche per gli altri principi programmatici, il cui valore normativo potrebbe tornare a dispiegarsi in tutta la sua portata qualora il legislatore regionale dovesse decidere di darvi attuazione.

In un altro caso la Corte costituzionale ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata riguardo ad una legge regionale<sup>113</sup> che prevedeva la realizzazione di percorsi partecipativi a livello locale, con particolare riferimento a forme di presenza, nei Consigli degli Enti Locali, di rappresentanti di immigrati, e alla possibilità di estendere a questi ultimi il diritto di voto. La stessa legge prevedeva forme di partecipazione degli immigrati alla vita politica e amministrativa della Regione, con l'istituzione di una Consulta regionale per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati.

<sup>110</sup> Cfr. T. GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>111</sup> Sentt. n. 372 e 379/2004.

<sup>112</sup> Corte cost., sent. n. 4/2010. La vicenda è quella della legge elettorale della Regione Campania, che, introducendo la preferenza di genere, dava attuazione ad una norma statutaria di tipo programmatico che sanciva il principio delle pari opportunità. Sul punto, v., per tutti, A. FERRARA, *Forma e contenuti degli statuti regionali adottati dopo le riforme*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13/2012; *ibidem*, n. 3/2010, M. RAVERAIRA, "Preferenza di genere": azione positiva o norma antidiscriminatoria? *Brevi note a margine della sent. n. 4/2010 della Corte costituzionale*, A. SCIORTINO, *La Corte ha detto sì alla preferenza di genere. Brevi riflessioni sulla rappresentanza politica di genere*, in *Nuove Autonomie*, n. 9/2010 pp. 207 e ss..

<sup>113</sup> L. R. Emilia Romagna n. 5/2004, art. 8, co. 1.

Simili disposizioni non integrano, a giudizio della Corte, fattispecie contrastanti con la potestà esclusiva statale in materia di immigrazione e condizione giuridica degli stranieri immigrati (art. 117, comma 2, Cost., lett. a), e b), ma costituiscono, piuttosto, attuazione delle disposizioni statali che incentivano la realizzazione di forme di partecipazione dei cittadini stranieri soggiornanti alla vita pubblica locale<sup>114</sup>.

Le varie declinazioni che tale partecipazione può assumere secondo le previsioni statutarie e legislative regionali, dunque, non sono suscettibili di incidere sull'ambito dell'elettorato ex artt. 48, e 51, Cost.: per la Corte costituzionale eventuali forme di consultazione attraverso la partecipazione a referendum, anche abrogativi di provvedimenti locali, esprimono un tipo di integrazione sociale che non lambisce la sostanza dello *status civitatis*.<sup>115</sup>

Resta da vedere, però se una tale distinzione resterà intatta, o se, nell'evoluzione pratica, non si atteggerà a punto di partenza per sviluppi ulteriori nel senso di una partecipazione politica più piena.

Alcuni Comuni, invece, con deliberazione consiliare, avevano esteso ai cittadini extracomunitari stabilmente residenti l'elettorato circoscrizionale (Forlì, Torino); altri si erano spinti, con modifiche statutarie, ad attribuire agli extracomunitari l'elettorato attivo e passivo per le elezioni circoscrizionali e comunali (Genova, Ancona).

In quel caso, il Ministero dell'Interno diffidò gli enti interessati con una circolare interpretativa<sup>116</sup>, ove si richiamavano gli artt. 48 e 51 Cost. per affermare che la definizione del corpo elettorale anche in sede locale non può prescindere dai principi costituzionali e dalla normativa vigente.

Di diverso tenore il parere reso, sulla stessa questione, dal Consiglio di Stato<sup>117</sup>, che, facendo rientrare nel concetto di popolazione tutti i residenti, cittadini e non, riteneva, sulla base del T.U.E.L. (artt. 8 e 17), che questi ultimi fossero abilitati ad esercitare diritti di partecipazione politica in ambito circoscrizionale: per il giudice amministrativo, infatti, le circoscrizioni svolgono funzioni consultive e partecipative in materia di servizi di base, non già di indirizzo politico; tant'è che le loro elezioni, in quanto non implicanti esercizio di sovranità, sono disciplinate non da fonte legislativa ma dallo statuto comunale (art. 17, co. 4, TUEL), che può decidere di aprirle anche agli immigrati. Comunque, il Governo annullò in via straordinaria (ex art. 138 TUEL) le delibere statutarie in questione.

<sup>114</sup> Sent. n. 300/2005.

<sup>115</sup> Cfr. T. GIUPPONI, *Gli stranieri extracomunitari e la vita pubblica locale... c'è partecipazione e partecipazione...*, in *Le Regioni*, 2006, p. 187 e ss.

<sup>116</sup> Circolare del 22 gennaio 2004, n. 4.

<sup>117</sup> Sez. II, parere n. 8007.

Dette vicende evidenziano l'esigenza di un ripensamento del legame tra cittadinanza e partecipazione politica, secondo moduli dinamici che vadano oltre il circuito tradizionale che lega il diritto di voto alla cittadinanza, e la cittadinanza al popolo quale titolare della sovranità, nella consapevolezza che vi è ormai uno scarto tra comunità politica formale e comunità politica di fatto<sup>118</sup>.

Si può, infatti, argomentare, seguendo l'orientamento del giudice delle leggi, la distinzione tra forme di partecipazione alla vita pubblica locale in senso ampio, e forme di partecipazione alla sostanza del rapporto politico vero e proprio, connotato dall'elettorato attivo e passivo, e, dunque, racchiuso entro i confini degli artt. 48 e 51 Cost.; resta però da vedere se, e sino a che punto, una simile distinzione corrisponda alla sostanza vera dei diritti politici, o se, al contrario, l'emergere di forme nuove di partecipazione alla vita pubblica non sia sintomatica di un'evoluzione ontologica dei diritti politici stessi, che derivi, come conseguenza ineludibile, dalle trasformazioni in atto nella comunità sociale<sup>119</sup>.

7. *Considerazioni conclusive. La giurisprudenza costituzionale sui diritti degli immigrati tra istanze inclusive e vecchi paradigmi*

Com'è del tutto evidente, il tema dei diritti degli immigrati sottende implicazioni fortemente problematiche che incidono sui settori principali del sistema costituzionale, costringendo ad un ripensamento delle categorie concettuali che hanno fin qui guidato l'evoluzione dell'ordinamento.

Le trasformazioni sociali derivate dai flussi migratori non possono non avere influenze sul piano dell'ordinamento giuridico, chiamato a fronteggiare domande politiche nuove, anche di cambiamento istituzionale, dinanzi alle quali è necessario attingere alla forza responsiva della Costituzione.

Com'è noto, l'edificio costituzionale repubblicano è stato costruito sui concetti di popolo, sovranità popolare, cittadinanza, eguaglianza, democrazia, inseriti in un contesto preciso e monolitico quale era quello dello Stato-nazione, caratterizzato da unità ed assolutezza.

È altrettanto noto che tale configurazione non è proponibile nella fase storica attuale, caratterizzata da fenomeni di cambiamento ai quali la dottrina si riferi-

<sup>118</sup> Cfr. V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit.; A. SCIORTINO, *Migrazioni e trasformazione della partecipazione politica*, cit.

<sup>119</sup> Sostiene la necessità di guardare ai diritti politici in una prospettiva dinamica, che tenga conto dei cambiamenti occorsi al concetto stesso di comunità politica B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini"*, cit., p. 133 e ss.

sce parlando di “crisi dello Stato”<sup>120</sup>; tale crisi altro non è se non la crisi degli elementi costitutivi su cui lo stato stesso aveva poggiato le sue fondamenta, rivelatisi del tutto inadeguati a reggere l’urto prodotto dal pluralismo interno ed esterno.

Ciò comporta la necessità di rintracciare nuove ragioni di unità politica e giuridica, che riconoscano la dialettica tra i differenti gruppi etnici, religiosi, nazionali, di genere, presenti nel Paese, come dialettica relazionale, sullo sfondo di un sistema di diritti che si va costruendo con caratteristiche sempre più ultra-statali, tendenti all’universalità. Tutto questo non può, ovviamente, tendere ad obiettivi di esclusione, ma, al contrario, all’inclusione dei gruppi e alla reciproca legittimazione.

Eppure, come si è visto, dinanzi alle pressioni esercitate dal fenomeno migratorio contraddittoriamente riemerge, nel sentimento comune, così come, almeno in parte, nelle scelte legislative e giurisprudenziali, l’anelito a recuperare i vecchi elementi identitari che caratterizzavano lo stato-nazione, che, paradossalmente, tanto più sembrano vivificarsi quanto più si accentuano le spinte pluralistiche.

La reviviscenza del trinomio sovranità-popolo-territorio si evince chiaramente anche dall’esame della giurisprudenza costituzionale sui diritti dei migranti; ciò, nonostante il fatto che debba ascriversi proprio alla Corte il merito di aver costruito in larga parte lo statuto dello straniero migrante: in assenza di un quadro normativo espresso, o, comunque, esaustivo, il giudice delle leggi ha dovuto elaborare adeguate risposte, in un’ottica, ovviamente, di continuità costituzionale, in materie delicatissime quali quelle relative ai principi e alle libertà costituzionali.

Ed invero, è stata la Corte costituzionale, posta dinanzi alle problematiche connesse ai fenomeni migratori, ad interpretare e attualizzare le clausole costituzionali di apertura: essa, valorizzando le tendenze inclusive della Carta, ha avuto un ruolo determinante nel costruire lo statuto giuridico del non cittadino, ovvero la “costituzione degli stranieri”, vincendo molte delle resistenze che erano emerse in sede politica.

Non sono mancati momenti i cui la Corte si è spinta avanti, fino a sostenere, o riconoscere, l’esistenza di “una comunità di diritti e doveri più ampia e comprensiva di quella fondata sulla cittadinanza in senso stretto”, all’interno della quale anche gli stranieri “ricevono diritti e restituiscono doveri secondo quanto risulta dall’art. 2 della Costituzione, laddove, parlando di diritti inviolabili dell’uomo e richiedendo l’adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde

---

<sup>120</sup> Com’è noto, sulla “crisi dello Stato” esiste ormai una letteratura vastissima quanto autorevole, di cui non è possibile tenere conto in questa sede. Per un riferimento a tale letteratura e a come essa si è andata stratificando nel tempo, v. F. VIOLA, *Introduzione*, in *Ars interpretandi*, XVI, 2011, p. 7 e ss. Per una visione d’insieme sulla problematica considerata v., *ivi*, le relazioni di G. PINO, F. MAZZARELLA, M. FIORAVANTI, G. SILVESTRI, G. CORSO, A. TANCREDI, L. CONDORELLI, V. MILITELLO, J. ROZAS VALDÈS, nell’ambito del seminario su “*Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*”.

del tutto dal legame di cittadinanza<sup>121</sup>; da tali affermazioni non è però derivato un generale orientamento di estensione dei diritti politici agli stranieri, anche se siamo dinanzi all'individuazione di un presupposto che potrebbe avere importanti ricadute applicative.

Ciò che emerge, nella fase attuale, è un sistema che non rinuncia, nonostante la vastissima dottrina che propone soluzioni del tutto diverse per le problematiche considerate, al riferimento ad alcuni formanti storici del nostro ordinamento costituzionale: la sovranità, il popolo, il territorio.

La valenza di detti elementi assume maggiore intensità nella giurisprudenza in materia di espulsioni e di disciplina sulle politiche dell'immigrazione, in cui è costante il richiamo della Corte alla discrezionalità delle scelte legislative in quanto direttamente espressive della sovranità statale, e, dunque, alle esigenze insopprimibili di controllo dello Stato sul proprio territorio e sulle frontiere.

Anche se la Corte ha impedito che si arrivasse ad una *deminutio* irragionevole delle tutele costituzionali poste a presidio del diritto di difesa e della libertà personale, e, dunque, dei principi di tassatività in materia penale e di proporzionalità della pena, tracciando un bilancio complessivo, non si può fare a meno di sottolineare che, sul versante dello *jus migrandi*, la Corte costituzionale ha sostanzialmente avallato scelte legislative improntate a criteri limitativi e repressivi, con un generale risultato di affievolimento delle garanzie costituzionali<sup>122</sup>.

Pure sul versante dei diritti non sono mancate oscillazioni ed incertezze: anche in questo caso, infatti, l'idea di una tutela assoluta dei diritti umani si scontra con quella, tuttora affiorante, della sovranità dello Stato sul proprio territorio e nei confronti della propria comunità dei cittadini.

Sul piano dei diritti fondamentali, come si è visto, la Corte costituzionale ha operato delle distinzioni, separando il nucleo dei diritti inviolabili ex art. 2 Cost., che, come tali, spettano ad ogni individuo a prescindere dalla sua nazionalità e dalla sua condizione di immigrato regolare o irregolare, e le libertà civili, che la Costituzione riconosce ai cittadini; esse sono suscettibili di essere estese anche a favore degli stranieri regolarmente soggiornanti per il tramite delle previsioni legislative, o per la via giurisprudenziale del canone di ragionevolezza, alla luce del quale la Corte valuta i trattamenti legislativi differenziati.

In un percorso di tutela crescente, l'orientamento della Corte costituzionale è apparso massimamente garantista sul piano dei diritti sociali, e da ciò qualcuno ha ricavato, come esito complessivo, il concetto di "cittadinanza sociale"<sup>123</sup>, come

<sup>121</sup> Sent. n. 172/1999.

<sup>122</sup> V., per tutti, A. PUGIOTTO, «Purchè se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 333 e ss.

<sup>123</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

status riferibile al consociato, che appartiene ad una comunità indipendentemente dalla cittadinanza politica.

Proprio l'appartenenza alla comunità politica derivante dal vincolo di cittadinanza formale ritrova, invece, tutta la sua vitalità ove vengano in questione i diritti politici: la Corte costituzionale, riconoscendo allo straniero le tutele connesse ai diritti inviolabili, ha precisato che essi sono identificabili con “tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*, tra cui, certamente, i diritti di elettorato attivo e passivo, direttamente connessi con l'esercizio della sovranità popolare”<sup>124</sup>.

La giurisprudenza costituzionale in materia di cittadinanza è rimasta tendenzialmente ancorata al legame tra i diritti politici e il concetto di popolo, e alla definizione della cittadinanza stessa come “stato giuridico costituzionalmente protetto”, “che importa una serie di diritti nel campo privatistico e pubblicistico e inoltre, in particolare, i diritti politici”<sup>125</sup>.

Eppure, come si è visto, non sono mancate affermazioni di tenore diverso, che, facendo riferimento all'idea di “una comunità di diritti e di doveri più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto”<sup>126</sup>, sembrano preludere a nuove aperture.

E' noto che il concetto di cittadinanza attualmente polarizza una parte importante del dibattito politico, perché esso, come si è visto, continua ad essere lo snodo cruciale per l'inquadramento dei diritti costituzionali: la titolarità della cittadinanza condensa i tratti distintivi di una comunità politica, e, dunque, governa le ragioni dell'appartenenza o dell'esclusione nelle società multietniche.

In tal senso, la complessità della nozione di cittadinanza assurge a paradigma della complessità delle società moderne.

Non è facile rispondere con certezza ai dubbi, di portata epocale, circa la possibilità concreta di scindere la cittadinanza dal suo sostrato di identità nazionale come identità etnica e culturale, di cui lo Stato viene ancora visto come il garante<sup>127</sup>: ciò richiederebbe un totale rovesciamento prospettico, dalla cittadinanza derivante dall'identità nazionale, alla cittadinanza fondata sui diritti, sui principi di libertà e democrazia costituzionalmente posti, l'adesione ai quali può sussumere in una comunità politica soggetti di diversa identità culturale, sociale, etnica<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> Sentt. n. 11/1968 e 104/1969.

<sup>125</sup> Sent. n. 87/1975.

<sup>126</sup> Sent. n. 172/1999.

<sup>127</sup> Cfr. C. SALAZAR, «Tutto scorre»: riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito, in *Pol. Dir.*, 2001, p. 374.

<sup>128</sup> Ciò risponde alla nota visione proposta da J. Habermas, che ha elaborato l'idea di nazione non connotata in senso etnico, ma dalla condivisione di valori costituzionali. Cfr. J. HABERMAS, *Cittadinanza politica e identità nazionale*, in Id., *Morale, diritto, Politica*, Torino, 1992, p. 112 e ss.

Dunque, la cittadinanza non come presupposto di appartenenza allo Stato, ma come risultato di un processo di adesione volontaria ai principi giuridici che presiedono all'ordinamento statale ove si sceglie di vivere, secondo i canoni di una democrazia non più *jure sanguinis*, ma *jure electionis*, che, finalmente, inserisca in un quadro costituzionalmente orientato lo statuto dello straniero in Italia, restituendo effettività piena al principio democratico.

In quest'ottica, ancora una volta, è la Costituzione ad evidenziare formidabili potenzialità, offrendo gli strumenti per smussare i conflitti fondati sulla diversità in termini di eguaglianza giuridica e inclusione politica: la loro valorizzazione può aprire la strada a nuove prospettive di evoluzione sociale, secondo linee di apertura in grado di sfuggire, dinanzi ai problemi posti dai nuovi pluralismi, all'alternativa tra un modello assimilazionista, che non pare allo stato praticabile, e un modello fondato sul relativismo culturale, che contraddice le istanze di integrazione.

Qualora prevalesse quest'ultima opzione si avrebbe, forse, la vera crisi dello Stato moderno come entità politica in grado di assicurare la convivenza tra diversi nell'ottica dell'uguaglianza<sup>129</sup>, secondo un'impostazione invero risalente, ma che, tuttora, pur in un contesto storico profondamente mutato, non manca di esprimere una sorprendente vitalità.

## THE RIGHTS OF IMMIGRANTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT

by Ornella Spataro

### Abstract

The issue of migrants' rights can not be examined except in the light of constitutional law, since, in the absence of normative data with completeness, it should be just to the judgments of the court of law, in large part, the reconstruction of the constitutional status of the immigrant in our area. The identification of the rights to be granted to immigrants, still, is fraught with issues of major problematic, and passes through the rethinking of the fundamental categories of Republican constitutionalism, leading to a reflection that involves the doctrine of fundamental rights issues related to state sovereignty on its territory and the quality of citizenship as a conceptual figure that governs the political participation

---

<sup>129</sup> Cfr. F. VIOLA, *Introduzione*, cit., il quale evidenzia come, laddove si verificasse il ripiegamento verso istanze identitarie e particolaristiche, lo Stato sarebbe inesorabilmente colpito, "perché, come aveva notato Max Weber, il suo obiettivo è far convivere i diversi e gli estranei nell'ottica dell'eguaglianza, traendoli fuori dalle tribù e dai clan familiari. Lo Stato non è costruito per le identità particolaristiche, ma per una comunanza più ampia che non ha un carattere né etnico né morale, bensì propriamente politico."

of the subjects. All this is further complicated when one considers the pluralism of sources within and outside of our legal system, are enabled to affect the subject. Against the backdrop of issues characterized by similar complexity, the script examines the guidelines drawn up by the Constitutional Court, according to a methodological criterion that, in an effort to simplify, distinguishes the issue of jus migrandi and immigration policy, the issue of civil liberties, social rights, political rights. For each of these strands are highlighted efforts made by the national laws towards the enhancement of inclusive tendencies in the Constitution, maximally evident at the level of civil liberties and social rights; whereas, on the contrary, in the area of political rights and immigration policy has so far emerged with more clarity the building conceptual recall that, in the traditional sense, is based on the theory of sovereignty which the State exercises on its territory and that links to formal citizenship, mainly *jure sanguinis*, the circuit of political participation.



La “detenzione amministrativa” degli stranieri irregolari  
nell’ordinamento italiano e dell’Unione europea  
ed il diritto fondamentale di ogni persona  
alla libertà ed alla tutela giurisdizionale

di Cristiano Celone

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Presupposti e limiti della detenzione amministrativa e della libertà della persona nella Costituzione italiana e nel diritto internazionale. - 3. La nascita e lo sviluppo in Italia dei centri destinati ad accogliere, identificare ed espellere gli stranieri irregolari. - 4. Vari tipi di strutture istituite per i migranti. - 4.1. Centri di primo soccorso ed accoglienza (CPSA) e Centri di accoglienza (CDA). - 4.2. Centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA). - 4.3. Centri di identificazione ed espulsione (CIE). - 4.3.1. Le condizioni per il trattenimento nei CIE secondo la direttiva europea n. 115/2008 e la legge italiana di recepimento n. 129/2011. - 4.3.2. Profili di incostituzionalità ed incompatibilità comunitaria della disciplina sui CIE. - 5. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive*

Nell’ambito delle attuali politiche di prevenzione, contrasto e repressione dell’immigrazione illegale, poste in essere dall’Italia e da altri Paesi membri dell’Unione europea<sup>1</sup>, l’istituto cosiddetto della “detenzione amministrativa” e, più in generale, il fenomeno del “confinamento”<sup>2</sup> in determinati luoghi, formali

---

<sup>1</sup> Sulle competenze dell’Unione europea in materia di immigrazione, si v., tra gli altri: D. DE PRETIS, *L’immigrazione nel diritto dell’Unione europea*, relazione al convegno “Frontiere dell’immigrazione o migrazione delle frontiere?”, Trento, 25-26 novembre 2011, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell’Unione europea*, in *Il diritto dell’immigrazione*, V quaderno de «Il diritto dell’economia», a cura di V. Gasparini Casari e G. Cordini, Modena, 2010, vol. I, p. 45 ss.; A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012.

<sup>2</sup> A. SCIURBA, *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Verona, 2009, osserva come i luoghi di confinamento dei migranti in Europa, al di là dello scopo dichiarato (e non raggiunto) di contrasto dell’immigrazione irregolare, producano un potente effetto di controllo sulle persone, soprattutto attraverso la creazione di percorsi obbligati, che imprimono una vera e

o informali, stabili o improvvisati nell'emergenza, dei cittadini stranieri sprovvisti di un'autorizzazione ad entrare o a rimanere nel territorio dell'Unione europea, costituisce, ormai da diversi anni, una misura ordinaria applicata a discrezione delle autorità di pubblica sicurezza, anche in assenza di una imputazione o condanna di natura penale a carico della persona interessata.

Ciò che differenzia questi luoghi di confino dalle prigioni è soprattutto il loro carattere amministrativo, tale da consentire che la permanenza obbligata in queste strutture detentive avvenga secondo procedure diverse da quelle, più garantiste, si vedrà, disciplinate dal diritto processuale penale.

L'internamento in questi spazi chiusi, dai quali, attraverso un controllo istituzionale da parte delle forze dell'ordine o di agenzie private, è impedito di entrare e uscire liberamente, è disposto con un provvedimento amministrativo, che in Italia è adottato dal questore. In esecuzione di tale ordine, lo "straniero" e più precisamente il cittadino di un Paese non appartenente all'Unione europea o l'apolide<sup>3</sup>, privo di un valido titolo di ingresso o di soggiorno nel territorio dello Stato<sup>4</sup>, viene condotto dalle autorità di pubblica sicurezza in apposite strutture, in cui è "trattenuto" ovvero "confinato"<sup>5</sup> per un periodo di tempo estremamente variabile, talvolta molto prolungato (in alcuni casi, si vedrà, può per legge protrarsi fino ad un anno e mezzo).

In Italia, siffatti luoghi di permanenza obbligata o di trattenimento coatto degli stranieri irregolari, gestiti dalle Prefetture – Uffici territoriali del Governo (UTG)<sup>6</sup>, anche in ragione della diversa funzione che sono chiamati ad assolvere, sono denominati in modi diversi: "centri di primo soccorso ed accoglienza"

---

propria condizione esistenziale di segregazione in ogni migrante, che perdura ben oltre il tempo della detenzione, impedendo a chi lotta per la propria libertà di movimento, non tanto il diritto di attraversare una frontiera, quanto piuttosto il diritto di fermarsi e di restare dove si è scelto (p. 240).

<sup>3</sup> Art. 1, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e succ. mod., recante il "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" (TUI).

<sup>4</sup> Le condizioni per il regolare ingresso e soggiorno nel territorio italiano dei cittadini extracomunitari e degli apolidi sono disciplinate dal Testo unico sull'immigrazione (d. lgs. n. 286/1998) e dal regolamento di attuazione (d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394), nonché dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, n. 562, che ha istituito il Codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere (interne o esterne di un Paese dell'Unione europea) da parte delle persone (cd. Codice frontiere Schengen).

<sup>5</sup> Le espressioni "trattenere" e "confinare" ricorrono nella normativa italiana ed europea. La prima ricorre, per esempio, nell'art. 14, d.lgs. n. 286/1998, negli artt. 20 e 21, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, nella direttiva europea 16 dicembre 2008, n. 115 (punto 16 del Considerando, artt. 15 ss.). La seconda, nell'art. 7, comma 3, della direttiva europea 27 gennaio 2003, n. 9.

<sup>6</sup> Tramite convenzioni con gli enti locali o con altri soggetti pubblici o privati, che possono avvalersi dell'attività di altri enti, di associazioni del volontariato e di cooperative di solidarietà sociale (art. 22, d.P.R. n. 394/1999, mod. dall'art. 9, d.l. 23 maggio 2008, n. 92).

(CPSA) o “centri di accoglienza” (CDA), “centri di accoglienza per richiedenti asilo” (CARA), “centri di identificazione ed espulsione” (CIE).

Gli aspetti peculiari e nello stesso tempo problematici di queste forme di restrizione delle libertà fondamentali dell’individuo, quali la libertà personale e la libertà di circolazione e soggiorno, si concentrano soprattutto sul fatto che, non solo sono decise da un’autorità amministrativa, talvolta senza neppure essere sottoposte alla convalida di un giudice, ma, in più, sono slegate da un’incriminazione.

Vi sono, infatti, tutta una serie di ipotesi in cui l’immigrazione irregolare non costituisce reato, alcune delle quali espressamente previste dallo stesso art. 10 bis del nostro Testo unico sull’immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), introdotto nel 2009<sup>7</sup> e modificato nel 2011<sup>8</sup>, che, sebbene preveda la fattispecie contravvenzionale, molto criticata, dell’ingresso e del soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato<sup>9</sup> (punita con la sola pena pecuniaria dell’ammenda)<sup>10</sup>, individua<sup>11</sup> al contempo alcune cause di non punibilità. Trattasi, in particolare, dei casi in cui lo straniero: sia destinatario di un provvedimento di respingimento “immediato” alla frontiera<sup>12</sup>; sia identificato in uscita dal territorio nazionale, durante i controlli della polizia di frontiera; presenti una domanda di protezione internazionale, perché questa sospende il procedimento penale e, nel caso in cui sia accolta, oppure sia rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari o per motivi risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, obbliga il giudice a pronunciare una sentenza di non luogo a procedere.

Vi sono poi altre situazioni che ostano alla configurazione del reato di immigrazione clandestina, che, pur non espressamente previste dall’art. 10 bis, si ricavano dal complesso delle norme che disciplinano l’immigrazione e che consentono di affermare che l’ingresso o il soggiorno illegali non siano penalmente rilevanti. Si pensi, per fare alcuni esempi, allo straniero che sia vittima di violen-

<sup>7</sup> Dalla legge 15 luglio 2009, n. 94.

<sup>8</sup> Dal decreto legge 23 giugno 2011, n. 89, conv. con mod. nella legge 2 agosto 2011, n. 129.

<sup>9</sup> Quest’anno, il movimento politico italiano dei radicali ha proposto l’abrogazione, mediante lo strumento del referendum, del reato di immigrazione clandestina. La Commissione Giustizia del Senato, lo scorso 9 ottobre, ha approvato un emendamento con il quale s’intende eliminare tale reato.

<sup>10</sup> In merito alla contravvenzione di ingresso o soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato, che è punita con l’ammenda da 5.000 a 10.000 euro e non è obblazionabile per espressa previsione di legge, sono state sollevate alcune questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità comunitaria (con la direttiva europea 16 dicembre 2008, n. 115), che sono state superate, però, sia dalla Corte costituzionale, con la sentenza 8 luglio 2010, n. 250, sia dalla Corte di giustizia UE, sezione I, con la sentenza 6 dicembre 2012, Sagor (causa C-430/11), che ne hanno precisato, tuttavia, l’ambito e le modalità di applicazione.

<sup>11</sup> Ai commi 2 e 6.

<sup>12</sup> Risponde del reato, invece, lo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento “differito” (art. 10, co. 2) o di un provvedimento di espulsione (art. 13).

za o grave sfruttamento e sia, pertanto, nelle condizioni di poter beneficiare di un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale (art. 18). A tutte le ipotesi di inespellibilità (assoluta o relativa) previste dall'art. 19, in attuazione del principio di *non refoulement*<sup>13</sup>, tra le quali emblematiche sono quelle: dello straniero vittima di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, oppure quella concernente alcune categorie vulnerabili, come il minore, l'anziano, il disabile, la donna in stato di gravidanza. Si possono ancora ricordare i casi in cui vengano disposte, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con altri Dicasteri, misure di protezione temporanea per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, calamità naturali o altri eventi di particolare gravità, verificatisi nei Paesi non appartenenti all'Unione europea (art. 20), com'è avvenuto, per esempio, con i vari decreti, susseguitisi tra il 2011 ed il 2012, che hanno previsto il rilascio e la proroga, a determinate condizioni, di un permesso di soggiorno temporaneo per motivi umanitari, in conseguenza dell'afflusso massiccio, nei primi mesi del 2011, a seguito della cosiddetta "primavera araba"<sup>14</sup>, di persone in fuga dalla guerra e dalla fame, provenienti principalmente dai Paesi del Nord Africa. Si pensi, infine, allo straniero intercettato in acque internazionali da navi italiane e portato a terra per necessità di soccorso; allo straniero che sia genitore, anche naturale, di minore italiano residente in Italia, a condizione che non sia stato privato della potestà genitoriale secondo la legge italiana, il quale ha diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari, anche a prescindere dal possesso di un valido titolo di soggiorno (art. 30, co. 1, lett. d); allo straniero, familiare di cittadino dell'Unione europea, che renda disponibile passaporto e visto entro ventiquattro ore dalla richiesta, o dimostri altrimenti la qualifica di titolare del diritto alla libera circolazione<sup>15</sup>; allo straniero che possa documentare di avere presentato istanza di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno e sia in attesa delle determinazioni della pubblica amministrazione.

<sup>13</sup> Tale principio è stato fissato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, sullo status dei rifugiati (1951), la cui portata è stata ampliata da altre norme pattizie, tra cui l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, 1950).

<sup>14</sup> Con l'espressione "primavera araba" si è soliti indicare l'ondata di agitazioni, manifestazioni e rivoluzioni, che ha avuto inizio alla fine del 2010 in Tunisia e che si è allargata in altri Paesi dell'Africa e del mondo arabo, come, per esempio, la Libia, l'Algeria, l'Egitto, l'Eritrea, il Ghana, la Somalia, la Siria, ove le sommosse, in alcuni casi, hanno anche portato all'uccisione, all'arresto o alla fuga dei Capi di Stato. I fattori che hanno portato alle proteste ed alle guerre, è noto, sono diversi e comprendono, tra le principali cause, la corruzione, l'assenza di libertà individuali, la grave e ripetuta violazione dei diritti umani e le condizioni di vita molto dure, che in molti casi rasentano la povertà estrema.

<sup>15</sup> Art. 5, co. 5, d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, di attuazione della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

2. *Presupposti e limiti della detenzione amministrativa e della libertà della persona nella Costituzione italiana e nel diritto internazionale*

Proprio per il fatto che l’istituto della detenzione amministrativa si applica allo straniero, semplicemente perché entra o si trattiene irregolarmente nel territorio dell’Unione europea, si può discutere molto della legittimità di queste forme di trattenimento coatto in spazi chiusi di migranti da Paesi terzi, in quanto tali misure, indipendentemente da un’incriminazione, privano l’individuo, talvolta anche per periodi di tempo molto prolungati, della propria libertà, ossia di un diritto fondamentale ed inviolabile di ogni persona, non in quanto partecipe di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umano, riconosciuto e protetto dalla Costituzione italiana (art. 13), dal diritto internazionale<sup>16</sup> e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 6).

Si deve sottolineare, d’altra parte, che l’evoluzione, negli ultimi decenni, del diritto interno, europeo ed internazionale, che a protezione dei diritti fondamentali ha sicuramente posto dei limiti al potere degli Stati di sottoporre a restrizioni la libertà delle persone, non ha finora intaccato la prerogativa sovrana di ogni Stato di proteggere i propri confini con lo strumento della detenzione degli stranieri irregolari, che, proprio per questa ragione, è considerato il punto debole della tutela dei diritti umani, in quanto riflette uno dei modi di intendere la sovranità territoriale ed il potere dello Stato di usare la forza per difendere le proprie frontiere da minacce ed intrusioni indesiderate<sup>17</sup>.

L’art. 5, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per esempio, dopo avere proclamato che «< Ogni persona ha diritto alla libertà ed alla sicurezza >>», elenca una serie di casi tassativi in cui un soggetto può essere privato della libertà e tra questi include anche quello della detenzione dello straniero irregolare e, più precisamente, «< dell’arresto o della detenzione regolare di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d’espulsione o d’extradizione >> (lett. f).

È espressamente vietata, però, dal Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, all’art. 9, la detenzione “arbitraria” dello straniero, che, intesa nei termini espressi

<sup>16</sup> Artt. 1, 2, 3, specialmente art. 9, della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (1948); art. 5, CEDU; art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite (1966).

<sup>17</sup> Per approfondimenti su questi temi e per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a: D. BIGO and E. GUILD, a cura di, *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*, Aldershot, 2005; G. CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden, 2010; D. WILSHER, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, 2012; G. CAMPESI, *La libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, in *Politica del diritto*, 2012, p. 339 ss.

dal Comitato dei diritti dell'uomo, chiamato a controllare la corretta applicazione del Patto da parte degli Stati firmatari (il cui accertamento, tuttavia, non dà luogo ad una decisione vincolante), richiede, ai fini della legittimità del provvedimento detentivo, non solo la mera legalità formale dello stesso, ma anche la sua giustizia sostanziale, valutata in termini di ragionevolezza rispetto agli interessi coinvolti, di proporzionalità<sup>18</sup> e di necessità (o necessità) rispetto allo scopo da conseguire, dimostrando, nel caso singolo, l'impossibilità di ricorrere a misure meno invasive. Secondo il Comitato, infatti, il semplice ingresso o la mera presenza illegale dello straniero sul territorio non rappresentano elementi sufficienti a rendere legittimo il ricorso al provvedimento detentivo, in quanto quest'ultimo deve essere giustificato da precise esigenze, quali, per esempio, la necessità di condurre investigazioni o di prevenire il rischio di fuga, oppure la mancata cooperazione dello straniero. Circostanze, queste, che devono essere valutate in concreto, non essendo possibile presumerle in astratto. Nel caso in cui, poi, la detenzione si prolunghi nel tempo, ma lo scopo dell'espulsione, cui è preordinata, non sia più realizzabile, essa perde di legittimità e deve pertanto cessare immediatamente.

Per quanto riguarda, inoltre, le garanzie procedurali, il Comitato ha chiarito che l'autorità competente alla revisione del provvedimento di detenzione abbia natura propriamente giurisdizionale ed esprima un concreto giudizio di ragionevolezza, proporzionalità e necessità della misura utilizzata.

Sarebbe, pertanto, contrastante con le disposizioni del Patto una politica migratoria che renda automatico il ricorso alla detenzione, riducendo le prerogative delle autorità giurisdizionali ad una mera funzione di certificazione della regolarità formale del provvedimento<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Per D. WILSHER, *Immigration Detention and the Common European Asylum Policy*, in *Whose Freedom, Security and Justice?*, a cura di A. BALDACCINI, E. GUILD and H. TONER, Portland, 2007, p. 425, «*The developing jurisprudence from the Human Rights Committee, with its emphasis on proportionality of detention, should form part of the EU detention regime*».

<sup>19</sup> G. CAMPESI, *La libertà degli stranieri*. ..., cit., p. 363 ss., analizza e confronta alcune decisioni del Comitato (in merito all'applicazione dell'art. 9 del Patto) e della Corte europea dei diritti dell'uomo (in merito all'applicazione dell'art. 5, CEDU). L'Autore osserva, per un verso, come le decisioni del Comitato, nonostante rappresentino un meritorio tentativo di contenere, attraverso i principi di necessità e proporzionalità, la prerogativa sovrana di ricorrere a forme di limitazione della libertà personale, nel quadro delle politiche di controllo delle migrazioni, non siano comunque esenti da limiti, con specifico riferimento al principio di necessità, in quanto ritiene che offrano un'interpretazione molto ampia dello stesso, lasciando grandi margini all'azione degli Stati (p. 368). Per altro verso, come la Corte di Strasburgo non sottoponga il provvedimento detentivo ad uno stringente giudizio individualizzato di proporzionalità e necessità, contraddicendo la sua stessa giurisprudenza relativa ad altri casi di privazione della libertà, contemplati dall'art. 5, CEDU (pp. 375-376). Similmente, G. CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights*. ..., cit., p. 308, osserva «*the level of scrutiny that is applied by the ECtHR when it assesses the lawfulness of immigration detention is not of the same intensity as it is when the lawfulness of several other categories of deprivation of liberty is examined*».

Se, infine, si guarda ai rapporti tra la detenzione amministrativa e la libertà personale, così come delineati nella nostra Costituzione, l’art. 13, a ben vedere, sembra garantire una maggiore protezione alla libertà delle persone rispetto a quella offerta dalle norme internazionali, in quanto stabilisce che soltanto “in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge”, l’autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti di restrizione della libertà personale, precisando che tali provvedimenti devono avere carattere “provvisorio” ed essere “comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria, perché li convalidi nelle successive quarantotto ore”, altrimenti “si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”, con il conseguente rilascio immediato in libertà della persona interessata.

In base al dettato costituzionale si dovrebbe quindi verificare se la legge individui in modo tassativo situazioni eccezionali, che soddisfino i requisiti della necessità e dell’urgenza e che legittimino un provvedimento provvisorio di detenzione del migrante, da sottoporre, entro due giorni al massimo, alla convalida di un giudice. O, piuttosto, se questa peculiare forma di confinamento degli immigrati di Paesi terzi sia stata in sostanza trasformata dal legislatore in un provvedimento adottabile in via ordinaria e per periodi di tempo anche molto prolungati, al di fuori dei limiti e delle garanzie poste dall’art. 13 della Costituzione.

In altri termini, occorre oggi domandarsi se, alla luce dei principi fissati nella Carta costituzionale, il trattenimento forzato dei migranti irregolari negli attuali centri possa essere utilizzato come strumento “ordinario” della politica migratoria del Governo.

La prassi dell’Italia e di altri Paesi dell’Unione europea, negli ultimi decenni - com’è emerso dai rapporti e dalle denunce di diversi organismi delle Nazioni Unite e di varie organizzazioni non governative impegnate nell’assistenza umanitaria<sup>20</sup> - è stata, d’altra parte, quella di utilizzare tale strumento detentivo al di là dei suoi ristretti confini, trasformandolo in uno strumento abituale di controllo dei flussi migratori irregolari. Con la conseguenza di avere prodotto una sistematica limitazione della libertà di movimento ed un effetto di criminalizzazione degli stranieri, trattati come una generica minaccia all’ordine ed alla salute pubblica, che non necessita di dimostrazioni specifiche nel caso singolo, diversamente dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale i cittadini degli Stati membri

---

<sup>20</sup> Si vedano, per fare solo alcuni esempi, i rapporti e le denunce: dello *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sui diritti dei migranti (di Jorge A. Bustamante, nel 2010, o di François Crépeau, nel 2012); dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (ACNUR, o *UNHCR*); della Sottocommissione *ad hoc* dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa (APCE); del Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa, Nils Muižnieks, a seguito della visita in Italia dal 3 al 6 luglio 2012; oppure, della Croce Rossa, di *Amnesty International*, Medici senza frontiere, Medici per i diritti umani, *Save the Children*.

dell'Unione europea sono ormai liberi di circolare, godendo di una presunzione di non pericolosità, tale per cui i loro spostamenti all'interno dell'area europea non possono essere a priori considerati una minaccia alla sicurezza, se i rischi per l'ordine e la salute pubblica non siano dimostrati in concreto<sup>21</sup>.

Sul presupposto della pericolosità delle circolazioni indesiderate, si è così assistito nel tempo anche in Italia alla progressiva normalizzazione di una forma grave di limitazione della libertà personale, che il dettato costituzionale, si ribadisce, configura come provvisoria, circoscrive a casi eccezionali di necessità ed urgenza e sottopone al principio di stretta legalità ed al principio dell'*habeas corpus*.

E malgrado l'Italia, altri Paesi europei e la stessa Unione europea abbiano evitato di utilizzare il termine "detenzione" nei loro testi normativi<sup>22</sup>, il carattere detentivo dei diversi tipi di centri di accoglienza e trattenimento dei migranti irregolari è stato ormai confermato, da diverso tempo, dagli organismi delle Nazioni Unite<sup>23</sup>, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>24</sup> e dalla nostra Corte costituzionale, trattandosi di luoghi concepiti ed utilizzati come spazi chiusi, in cui migliaia di persone vengono costrette a permanere, anche per lunghi periodi di tempo, per ragioni, si è visto, direttamente legate all'amministrazione delle politiche migratorie e, in definitiva, al loro status giuridico di soggetti sprovvisti di un regolare documento di ingresso o di soggiorno.

Sul punto, la Corte costituzionale ha ormai chiarito, da più di dieci anni, con la sentenza del 20 aprile 2001, n. 105, che il trattenimento dello straniero nei "centri di permanenza temporanea" - oggi ridenominati "centri di identificazione ed espulsione" (CIE) - è misura incidente sulla libertà personale, da ricondurre,

<sup>21</sup> Così, G. CAMPESI, *La libertà degli stranieri*. ..., cit., pp. 380-381, 389. Sulle ragioni dei diversi standard di trattamento dello straniero e del cittadino dell'Unione europea, B. Nascimbene, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard*, relazione al Seminario di Studio *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>22</sup> La Francia, per esempio, usa le espressioni *retention administrative*, o *locaux de retention*, oppure *zones d'attente* (quest'ultimo, per le strutture in cui sono detenuti i migranti fermati alla frontiera, prima di essere ammessi sul territorio nazionale). L'Inghilterra, invece, anziché il termine *custody*, utilizza le espressioni *induction centres* (situati nei pressi dei posti di frontiera), o *accommodation centres* (destinati ai richiedenti asilo ammessi sul territorio nazionale) o *removal centres* (chiamati, invece, ad ospitare le persone in via di espulsione). Per un esame comparatistico dei profili giuridici dell'immigrazione in altri Paesi (Francia, Germania, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti), si v. AA. VV., in *Il diritto dell'immigrazione*, cit., volume II, p. 435 ss.

<sup>23</sup> Si vedano, per esempio, i rapporti pubblicati nel 1998 e nel 1999 dal *Working Group on Arbitrary Detention*, istituito nel 1991 dalla Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite (che dal 15 marzo 2006 è stata sostituita dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite), oppure le linee guida sulla detenzione dei richiedenti asilo, pubblicate nel 1999 dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati.

<sup>24</sup> Cfr. sentenza *Amuur v. France*, 25 giugno 1996.

se si ha riguardo al suo contenuto, alle “altre restrizioni della libertà personale”, di cui pure si fa menzione nell’art. 13 della Costituzione, in quanto il trattenimento dell’immigrato, anche quando non sia disgiunto da finalità di assistenza, determina una mortificazione della dignità dell’uomo, che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all’altrui potere e che è indice sicuro dell’incidenza della misura sulla sfera della libertà personale.

La natura detentiva dei CIE, in cui sono trattenuti gli stranieri destinati all’espulsione, è confermata, d’altra parte, anche dalle disposizioni del Testo unico sull’immigrazione<sup>25</sup> e del regolamento di attuazione<sup>26</sup>, in quanto queste impongono allo straniero “l’assoluto divieto di allontanarsi dal centro” ed attribuiscono al questore il “potere di avvalersi della forza pubblica per impedirgli l’indebito allontanamento e per ripristinare la misura”, nel caso in cui questa sia stata violata.

Anche la permanenza obbligatoria in un CPSA o in un CDA, oppure in un CARA, si vedrà, è una misura certamente limitativa delle libertà della persona, sebbene meno invasiva del trattenimento coatto in un CIE.

### 3. *La nascita e lo sviluppo in Italia dei centri destinati ad accogliere, identificare ed espellere gli stranieri irregolari*

La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia, dagli anni ’90 ad oggi, ha seguito due logiche differenti: quella securitaria del governo del rischio, nel caso dei centri destinati a trattenere i migranti in via di espulsione, o ad accogliere i richiedenti asilo in attesa dell’esito della domanda di protezione internazionale; e quella emergenziale del governo umanitario, per i centri chiamati ad offrire soccorso ed assistenza ai numerosi stranieri appena sbarcati sul nostro territorio<sup>27</sup>.

La normativa sulla detenzione amministrativa degli immigrati irregolari ha recepito tendenzialmente le prassi seguite dai principali Paesi dell’Europa occidentale.

Negli Stati di più lunga tradizione migratoria, i primi centri detentivi sono stati istituiti negli anni Settanta, senza una regolamentazione dettagliata. Solo negli anni Ottanta e Novanta, si è assistito ad una loro progressiva giuridificazione, in parallelo ad un’estensione del ricorso a tali strumenti nel quadro delle politiche migratorie.

Nei Paesi di nuova immigrazione, come l’Italia, in particolare, il processo di positivizzazione della detenzione amministrativa è cominciato negli anni No-

<sup>25</sup> Art. 14, co. 7, d. lgs. n. 286/1998.

<sup>26</sup> Art. 21, co. 1 e 9, d.P.R. n. 394/1999.

<sup>27</sup> G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Democrazia e Diritto*, 2011, p. 179.

vanta. La legislazione in materia di immigrazione è, del resto, un settore giovane dell'ordinamento giuridico italiano.

La prima legge organica in materia di immigrazione venne introdotta nel 1986 (legge 30 dicembre 1986, n. 943).

Fino agli anni Ottanta, le condizioni dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri erano regolate principalmente dalle norme contenute nel Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931 e nel regolamento di esecuzione del 1940, seppur modificate ed integrate in via amministrativa<sup>28</sup>. L'asse portante della disciplina sulla condizione dello straniero fu pertanto, per molto tempo, il diritto di polizia, che regolava le funzioni di controllo delle forze di pubblica sicurezza sugli stranieri presenti nel territorio. Le poche disposizioni al riguardo erano completate da una serie di circolari ministeriali, che svolsero per anni una funzione di vera e propria supplenza normativa. La relativa disciplina era, d'altra parte, espressione di un'epoca in cui la presenza degli immigrati sul territorio italiano era ridotta e l'ordinamento giuridico guardava allo straniero come individuo potenzialmente sospetto, da tenere sotto stretta sorveglianza. Il diritto di polizia, del resto, era naturalmente diretto, non già alla regolazione del fenomeno migratorio, bensì al controllo dello straniero, in quanto soggetto potenzialmente pericoloso e molti dei tratti della disciplina odierna affondano le loro radici proprio in quella poliziesca, che ha caratterizzato il diritto degli stranieri in Italia nel secondo dopoguerra.

Le fondamenta dell'attuale diritto italiano dell'immigrazione sono state erette dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, che ha convertito con modifiche il decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante "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". E' stato questo complesso normativo a delineare i tratti dell'attuale disciplina del soggiorno degli stranieri in Italia, regolando al contempo gli istituti del respingimento e dell'espulsione. In particolare, l'art. 7, ormai abrogato, tra le modalità esecutive dell'espulsione aveva privilegiato il meccanismo dell'allontanamento "volontario" entro il termine di 15 giorni (comma 7), riservando l'accompagnamento "coatto" alla frontiera ai soli casi di inosservanza del "foglio di via" (co. 9); mentre, nel caso in cui, a seguito del provvedimento di espulsione, fosse stato necessario procedere ad accertamenti supplementari in ordine all'identità ed alla nazionalità dello straniero, ovvero all'acquisizione di documenti o visti per il medesimo, nonchè in ogni altro caso in cui non si fosse potuto procedere immediatamente all'esecuzione dell'espulsione, aveva previsto che il questore del luogo

---

<sup>28</sup> C. BARBATI, *La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto*, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, a cura di F. Astone, F. Mangano, A. Romano Tassone, F. Saitta, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2009, p. 28; S. CASTELLAZZI, *Le implicazioni legislative del fenomeno migratorio*, in *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 110.

in cui lo straniero si trovava potesse richiedere al tribunale, senza altre formalità, l’applicazione, nei confronti della persona da espellere, della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza, con o senza l’obbligo di soggiorno in una determinata località (co. 11). La legge del ’90 è stata, inoltre, la prima a regolare il procedimento di riconoscimento dello status di rifugiato e la condizione giuridica ad esso collegata, demandando ad un regolamento attuativo il riordino delle procedure e degli organi competenti per l’esame delle domande di asilo.

La detenzione amministrativa degli immigrati irregolari fu introdotta per la prima volta in un testo di legge a metà degli anni Novanta, allorché l’Esecutivo varò due decreti di necessità ed urgenza, che hanno avuto un’importanza fondamentale per la genesi del sistema dei centri per migranti.

Il primo, è stato il decreto legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, tuttora in vigore, recante “Disposizioni urgenti per l’ulteriore impiego del personale delle Forze armate in attività di controllo della frontiera marittima nella Regione Puglia”, per esigenze connesse al fenomeno dell’immigrazione irregolare, con il quale è stata istituzionalizzata la prassi con cui venivano gestite le cosiddette “emergenze sbarchi”, basata sull’utilizzo della detenzione amministrativa degli stranieri appena giunti sulle coste italiane, avendo previsto l’istituzione di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi, per le esigenze di prima assistenza di gruppi di stranieri privi di qualsiasi mezzo di sostentamento ed in attesa di identificazione o espulsione. Tale prassi si era affermata all’inizio degli anni Novanta, in seguito al grande esodo dei cittadini dell’Albania e l’arrivo dei primi “*boat people*” sulle coste della Puglia. L’episodio chiave al riguardo, anche per l’impatto che ebbe sull’opinione pubblica italiana, fu l’internamento nello Stadio della Vittoria di quasi diecimila albanesi, sbarcati nel porto di Bari, l’8 agosto 1991, da una nave in cui erano state stipate ventimila persone all’incirca, che può essere considerato come l’antenato degli attuali centri di primo soccorso e accoglienza.

Il secondo, il decreto legge 18 novembre 1995, n. 489, reiterato cinque volte nel corso dell’anno successivo, ma decaduto per mancata conversione (i cui effetti furono fatti salvi, comunque, dalla legge 9 dicembre 1996, n. 617), ha modificato la disciplina sull’espulsione tracciata nel 1990, gettando le basi per la costruzione del sistema di detenzione degli immigrati, creato poi nel 1998. In questo decreto, infatti, si stabilì che, quando per l’esecuzione dell’espulsione, come misura di sicurezza o come misura di prevenzione, occorre procedere ad accertamenti supplementari sull’identità o sulla nazionalità della persona da espellere, ovvero all’acquisizione di documenti o visti, ovvero nei casi in cui vi sia il pericolo che la persona si sottragga all’esecuzione del provvedimento, l’autorità giudiziaria dispone la misura dell’obbligo di dimora per il tempo necessario, ma non oltre trenta giorni, ordinando all’interessato di non allontanarsi dall’edificio o struttura indicati nel provvedimento, scelti fra quelli individuati con uno o più

decreti del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro del tesoro e con gli altri Ministri interessati (art. 7 sexies, co. 5). Secondo il disegno tracciato da questo decreto, la detenzione assume, quindi, il carattere di misura cautelare volta ad assicurare l'esecuzione del provvedimento di espulsione.

La detenzione amministrativa degli stranieri irregolari in via di espulsione è stata definitivamente sancita nell'ordinamento italiano con la legge delega 6 marzo 1998, n. 40, cui è seguito, dopo pochi mesi, il decreto legislativo n. 286/1998, che contiene l'attuale Testo unico sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero (TUI). Agli istituti del respingimento alla frontiera e dell'espulsione mediante accompagnamento coatto, la legge delega aggiunge, infatti, il provvedimento di "trattenimento" dello straniero nei "centri di permanenza temporanea e assistenza", disposto direttamente dal questore, sebbene comunicato entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria per la convalida, nei casi in cui, similmente a quanto già in parte previsto dal decreto legge n. 489/1995, non sia possibile eseguire con immediatezza i provvedimenti espulsivi, perché occorra procedere al soccorso dello straniero, oppure ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, oppure all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo (art. 12).

Il sistema tracciato tra il 1995 ed il 1998 ha conosciuto poi un significativo inasprimento con la legge 30 luglio 2002, n. 189, che, pur confermando nei tratti essenziali l'impianto creato negli anni precedenti, ha apportato una modifica sostanziale al sistema di contrasto dell'immigrazione irregolare o clandestina, in quanto ha trasformato in ipotesi principale l'espulsione mediante accompagnamento coatto alla frontiera, con la conseguente possibilità di trattenere il cittadino straniero in un centro di permanenza temporanea, relegando, invece, tra le ipotesi residuali l'ordine di espulsione con l'obbligo di lasciare il territorio dello Stato entro un termine breve prestabilito. In secondo luogo, ha esteso il periodo massimo di permanenza nei centri detentivi, concedendo all'autorità di pubblica sicurezza la possibilità di chiedere una proroga di ulteriori trenta giorni, nel caso in cui (nei primi trenta giorni di detenzione) non fosse stato possibile eseguire il provvedimento di espulsione con accompagnamento coatto alla frontiera.

Con il decreto legge 14 settembre 2004, n. 241 (convertito con modifiche nella legge 12 novembre 2004, n. 271), è stata invece rivista la procedura di convalida e proroga del provvedimento di trattenimento del questore, attribuendo la competenza giurisdizionale sulla materia al giudice di pace.

Su questo impianto normativo di base si sono poi inseriti, apportando ulteriori modifiche alla disciplina sulla detenzione amministrativa degli stranieri, il decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, attuativo della direttiva 2005/85/CE, sulle procedure di riconoscimento e revoca dello status di rifugiato, e la legge 2

agosto 2011, n. 129<sup>29</sup>, che, unitamente alla legge 23 aprile 2009, n. 38<sup>30</sup>, ha dato attuazione tardiva alla direttiva 2008/115/CE, sul rimpatrio degli immigrati irregolari, recependo alcune disposizioni peggiorative, come quella sul periodo massimo di detenzione nell’attesa dell’espulsione, che è stato esteso a diciotto mesi.

#### 4. *Vari tipi di strutture istituite per i migranti*

Le strutture di permanenza obbligatoria o di trattenimento coatto dello straniero irregolarmente presente nel territorio italiano, sono state formalmente istituite, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, con decreti ministeriali ed in forza di leggi diverse.

Oggi, si è già detto che tali luoghi, anche in ragione delle diverse finalità cui sono preordinati nel quadro della politica migratoria del Governo, possono essere sostanzialmente suddivisi in tre tipologie (diversamente denominate): “centri di primo soccorso ed accoglienza” (CPSA) e “centri di accoglienza” (CDA), “centri di accoglienza per richiedenti asilo” (CARA), “centri di identificazione ed espulsione” (CIE)<sup>31</sup>.

Nel sito del Ministero dell’Interno - i cui dati, però, non sono aggiornati, in quanto risalgono al 2011 - sono indicate in totale ventisette strutture ufficiali, con una capienza complessiva di settemila posti all’incirca, dislocate in più parti del territorio e soprattutto nelle Regioni meridionali, alcune delle quali sono utilizzate sia come CDA sia come CARA (i centri di Ancona, Bari, Brindisi, Crotone e Foggia); altre, invece, allestite come CIE, attualmente sono chiuse, oppure operano con capienza ridotta per lavori di ristrutturazione, secondo quanto emerge da un rapporto redatto dal Ministero e reso pubblico nel mese di aprile di quest’anno.

Nello specifico, i CPSA ed i CDA sono strutture destinate a garantire i primari interventi di soccorso ed accoglienza agli stranieri fermati nelle zone di frontiera o rintracciati sul territorio italiano, oppure intercettati e soccorsi in mare. La permanenza nel centro è limitata per il tempo strettamente necessario ad assicurare i primi aiuti, a stabilire l’identità ed a decidere sulla legittimità (o meno) della loro presenza in Italia e sull’eventuale allontanamento.

Nei CARA, inizialmente denominati “centri di identificazione”, viene invece inviato, per un periodo variabile, tra i venti ed i trentacinque giorni, lo straniero

<sup>29</sup> Legge di conversione del decreto legge 23 giugno 2011, n. 89.

<sup>30</sup> Legge di conversione del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11.

<sup>31</sup> Tale suddivisione rispecchia la classificazione delle differenti situazioni in presenza delle quali un cittadino di un Paese terzo può essere trattenuto in un centro di detenzione, proposta da Elspeth Guild in un rapporto pubblicato nel 2006 per il Parlamento Europeo (E. GUILD, *A typology of different types of centres for third country nationals in Europe*, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), 2006).

richiedente asilo, privo di documenti di riconoscimento o sottrattosi ai controlli di frontiera, allo scopo di consentire l'identificazione e la definizione della procedura di riconoscimento dello status di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale (cd. protezione sussidiaria).

Nei CIE, infine, originariamente denominati "centri di permanenza temporanea" (CPT), oppure "centri di permanenza temporanea ed assistenza" (CPTA)<sup>32</sup>, viene trattenuto, oggi anche fino a diciotto mesi, lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, non eseguibile immediatamente dalle forze dell'ordine. Il trattenimento in questi centri costituisce, pertanto, una misura cautelare pre-espulsiva, una modalità organizzativa scelta dal legislatore per garantire il successivo allontanamento dello straniero dal territorio nazionale.

#### 4.1. *Centri di primo soccorso ed accoglienza (CPSA) e Centri di accoglienza (CDA)*

I CPSA ed i CDA hanno, quindi, la funzione di assistere, accogliere ed identificare gli stranieri appena arrivati sul nostro territorio, valutando singolarmente la posizione giuridica di ogni migrante, allo scopo di decidere se rilasciargli un permesso di soggiorno (per uno dei motivi previsti dalla legge), oppure allontanarlo immediatamente, oppure trasferirlo presso un CARA o un CIE.

I primi centri di accoglienza (CDA) sono stati istituiti in forza della legge n. 563/1995, di cui si è già detto, al fine di assicurare i necessari interventi di aiuto in favore dei gruppi di stranieri sbarcati sulle coste della Puglia, privi di qualsiasi mezzo di sostentamento ed in attesa di essere identificati ed eventualmente espulsi.

I criteri e le modalità di trattenimento in questi centri non sono stati però disciplinati da alcuna norma, lasciando pertanto agli orientamenti (difformi) della prassi la scelta del modello operativo in base al quale gestire l'accoglienza in ciascuna di queste strutture. Non esiste, peraltro, una legge successiva che disciplini nello specifico questa tipologia di centri. Neppure il decreto interministeriale, emanato il 16 febbraio 2006, che ha modificato la denominazione di alcuni di essi, come quello di Lampedusa, in centri di primo soccorso ed accoglienza (CPSA), ha specificato le condizioni di trattenimento.

La permanenza di fatto obbligata nei CPSA e nei CDA, a seguito di provvedimenti adottati da autorità amministrative senza il vaglio di un giudice, solleva, pertanto, con riferimento al principio di legalità e di giurisdizionalità, delicate questioni di legittimità di queste misure di accoglienza coatta, considerate comunque restrittive della libertà personale, soprattutto nel caso in cui il trattenimento in queste strutture si protragga per un periodo di tempo superiore alle quarantotto ore previste dall'art. 13, co. 3, della Costituzione. Non è, d'altra par-

<sup>32</sup> Cfr. art. 9, decreto legge 23 maggio 2008, n. 92.

te, stabilito un limite temporale preciso, sebbene sia previsto che le operazioni connesse al soccorso ed alla prima accoglienza debbano svolgersi nel «tempo strettamente necessario»<sup>33</sup>.

Attualmente, nel sito del Ministero dell’Interno sono indicate cinque strutture con funzioni soltanto di CDA o CPSA<sup>34</sup>, tutte situate nelle Regioni meridionali, con una capienza di milleduecento persone all’incirca. A queste strutture si devono poi aggiungere anche i cinque centri “ibridi” di Ancona, Bari, Brindisi, Crotone e Foggia, che, si è detto, vengono utilizzati sia come CARA sia come CDA, alcuni dei quali sono molto grandi (Bari, Crotone e Foggia), tant’è che possono giungere ad ospitare fino a mille persone contemporaneamente.

Nei momenti di eccezionale afflusso di migranti, tuttavia, tali centri hanno sovente ecceduto i limiti massimi di capienza, con condizioni di accoglienza, anche dal punto di vista igienico e sanitario, spesso inaccettabili, soprattutto per donne, neonati e minori, com’è emerso dai servizi, dalle denunce e dai rapporti di vari organismi, anche non governativi, impegnati nell’assistenza umanitaria.

Pure il Parlamento europeo ha decisamente denunciato l’inadeguatezza di tali strutture per la gestione di affluenze massicce di persone, evidenziando l’improvvisazione dello Stato italiano nelle attività di prima accoglienza, sebbene l’Italia, tra gli Stati membri dell’Unione europea, sia attualmente il Paese più esposto alla forte pressione migratoria clandestina via mare proveniente dai Paesi del Nord Africa. Il che sollecita una riflessione approfondita da parte dell’Unione europea su una migliore conduzione della cooperazione internazionale e dei controlli alle frontiere esterne, con una maggiore condivisione, da parte degli altri Stati membri, delle responsabilità per quanti arrivano sulle coste meridionali dell’Italia, che sono, d’altra parte, le coste sud dell’Europa, e ciò anche allo scopo di impedire gli imbarchi clandestini di migliaia di profughi, costretti a viaggiare in condizioni disumane su imbarcazioni assolutamente inadeguate, in modo da evitare i drammatici naufragi, che si susseguono più volte ogni anno, ormai da tanti anni, in cui un gran numero di persone ha perso tragicamente la vita in un esodo senza fine dalle guerre e dalla povertà estrema.

La sorveglianza delle frontiere in Italia è stata, d’altronde, sin dagli anni Novanta, condotta secondo la logica dell’emergenza, che è continuata negli anni successivi, trasformandosi in una situazione di crisi permanente. A partire dal 2001, infatti, un provvedimento dell’Esecutivo ha periodicamente reiterato lo stato di grave pericolo su tutte le coste meridionali, affidando ad un Commissario straordinario poteri eccezionali per il controllo dei confini e per la direzione della rete dei centri di accoglienza.

<sup>33</sup> Art. 12, co. 1, legge n. 40/1998, cit.

<sup>34</sup> Agrigento, Lampedusa, 381 posti; Ragusa, Pozzallo, 172 posti; Caltanissetta, Contrada Pian del Lago, 360 posti; Cagliari, Elmas, 220 posti; Lecce, Otranto (il numero dei posti non è indicato).

Un esempio significativo dell'ottica emergenziale, con cui da più di dieci anni viene gestito il fenomeno degli sbarchi in Italia, si è avuto, a partire dal 2011, in seguito agli eventi conosciuti come "primavera araba", che hanno determinato un'ondata imprevista nel nostro Stato di una moltitudine di cittadini provenienti soprattutto dai Paesi del Nord Africa, che ha dato luogo alla dichiarazione, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, prorogato fino al 31 dicembre 2012, dell'ennesimo stato di "emergenza umanitaria" presso la frontiera meridionale.

Le criticità finora riscontrate nella regolazione e nella gestione dei centri di soccorso e prima accoglienza sono state, tra l'altro, già evidenziate anche nel Rapporto finale pubblicato nel 2007 da una Commissione governativa<sup>35</sup>, istituita nel 2006, con decreto del Ministro dell'Interno, incaricata di procedere ad un'indagine conoscitiva sulle condizioni di sicurezza e sulle situazioni di irregolarità di tutte le strutture destinate all'assistenza ed al trattenimento temporaneo degli immigrati irregolari e dei richiedenti asilo. In quell'indagine è stato messo in luce come la normativa che disciplina gli interventi di soccorso, assistenza e prima accoglienza degli stranieri, sia carente e si presti ad interpretazioni difformi e discrezionali. In particolare, non sono definiti i tempi di trattenimento ed i diritti dello straniero. A causa, poi, della concentrazione degli arrivi in alcuni periodi dell'anno, nonché dell'esistenza di un numero limitato di CPSA e di CDA, si è constatato come gli stranieri siano trattenuti in questi centri anche fino a due mesi, senza che tale situazione di effettiva limitazione della libertà personale sia sottoposta ad alcun controllo giurisdizionale.

Oltre ai CPSA ed ai CDA, formalmente istituiti come tali, si devono inoltre considerare anche quelle strutture transitorie, dalla vita più o meno effimera, di fatto usate con scopi analoghi, ma che non hanno mai avuto alcuna regolamentazione normativa, nonché quei luoghi di detenzione poco conosciuti, quasi "invisibili", come le zone di trattenimento presso le frontiere aeroportuali e marittime. Esistono, infatti, delle "stanze" dove i migranti, talvolta potenziali richiedenti asilo, sono trattenuti, prima di essere rimpatriati o espulsi, senza che il respinto o l'espulso sia stato messo nelle condizioni di potersi difendere davanti ad un giudice.

La detenzione degli stranieri intercettati nelle zone di frontiera è, in particolare, una prassi - com'è stato già osservato<sup>36</sup> - che in Italia ed in altri Paesi si svolge in assenza di un quadro normativo preciso. Gli stranieri vengono trattenuti all'interno dello spazio di frontiera per un tempo estremamente variabile, sovente non definito dalla legge, nell'impossibilità di accedere all'assistenza legale e di contestare la legittimità del trattenimento o dell'eventuale respingimento.

Al riguardo, lo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite per i diritti dei migranti ha osservato come molti Stati abbiano creato veri e propri centri di detenzione,

<sup>35</sup> La Commissione presieduta dall'ambasciatore Staffan De Mistura.

<sup>36</sup> Da G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia ...*, cit., p. 199-200.

funzionanti dietro l’etichetta di *transit zones* o zone d’attesa, eludendo le garanzie, seppure limitate, previste dal diritto internazionale.

Siffatti luoghi esistono anche nei pressi dei principali posti di frontiera italiani, come gli aeroporti internazionali di Roma-Fiumicino e Milano-Malpensa, o i porti di Venezia, Ancona, Bari, Brindisi e Genova, ma funzionano da tempo in assenza di una chiara disciplina e secondo le prassi burocratiche della polizia di frontiera.

All’interno di queste zone gli stranieri vengono sottoposti ad un trattamento peggiorativo da parte degli Stati, sia perché sono trattenuti in strutture situate in aree remote o difficilmente accessibili, sovente non idonee all’accoglienza per periodi di tempo prolungati, sia per il fatto che, non avendo ancora raggiunto il territorio dello Stato, finiscono per essere assoggettati a procedure di respingimento accelerate, sottratte alle garanzie ordinariamente previste per i provvedimenti di espulsione o di trattenimento. La stessa direttiva del 2008 sui rimpatri sembra legittimare, per certi versi, tale prassi, laddove consente agli Stati di disapplicare le garanzie previste in favore degli stranieri da espellere, nel caso in cui questi siano intercettati prima dell’attraversamento della zona di frontiera (art. 2, co. 2, direttiva 2008/115/CE).

#### 4.2. *Centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA)*

I centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) sono attualmente disciplinati dal decreto legislativo n. 25/2008 e dal decreto legislativo n. 140/2005, che danno attuazione rispettivamente alla direttive comunitarie 2005/85/CE, sulle procedure di riconoscimento e revoca dello status di rifugiato, e 2003/9/CE, sull’accoglienza dei richiedenti asilo, di cui, però, è stata prevista l’abrogazione, con effetto dal 21 luglio 2015, da parte delle recenti direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>37</sup>, con il conseguente obbligo dell’Italia e degli altri Stati membri di adottare<sup>38</sup> le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi ad esse.

Tali centri costituiscono l’evoluzione dei centri di identificazione (CDI), previsti dalla legge statale n. 189/2002 (art. 32) per ospitare i richiedenti asilo, ma istituiti effettivamente dopo l’emanazione del regolamento di attuazione (d.P.R. n. 303/2004).

Anche il decreto legislativo n. 25/2008 ha previsto l’emanazione di uno o più regolamenti di attuazione, che non sono stati però ancora adottati, sicché

---

<sup>37</sup> Tali direttive, insieme ai due regolamenti (UE) n. 603/2013 e n. 604/2013, del Parlamento europeo e del Consiglio, atti tutti quanti adottati lo scorso 26 giugno, rivedono le norme del Sistema europeo comune di asilo.

<sup>38</sup> Entro il 20 luglio 2015.

continuano ad applicarsi ai CARA, in quanto compatibili, le disposizioni regolamentari del 2004.

La disciplina del 2008, in particolare, ha distinto meglio i casi e le modalità del trattenimento del richiedente asilo in un CARA (art. 20), piuttosto che in un CIE (art. 21), riservando quest'ultima ipotesi alle persone di cui vi sia serio motivo di sospettare che abbiano commesso i gravi crimini indicati dall'art. 1, par. f, della Convenzione di Ginevra, oppure a coloro che siano stati condannati in Italia per alcuni gravi reati (tassativamente individuati), oppure, infine, a chi sia destinatario di un provvedimento espulsivo. L'invio del richiedente asilo in un CARA è, invece, disposto dal questore (art. 26, co. 4) nei seguenti casi tassativi: quando sia necessario verificare o determinare la sua nazionalità o identità, ove lo stesso non sia in possesso dei documenti di viaggio o di identità, ovvero al suo arrivo nel territorio dello Stato abbia presentato documenti risultati falsi o contraffatti; quando abbia presentato la domanda dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, oppure per aver eluso o tentato di eludere il controllo alla frontiera.

Nel caso in cui, invece, il richiedente asilo non sia stato accolto in un CARA, nè sia stato trattenuto in un CIE, ma gli sia stato rilasciato un permesso di soggiorno, questi, se privo di mezzi sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata per la salute e per il sostentamento proprio e dei propri familiari, potrà richiedere, ai sensi del decreto legislativo n. 140/2005, di accedere (con i propri familiari) alle misure di accoglienza previste dal "Sistema di protezione dei richiedenti asilo e dei rifugiati" (SPRAR): un programma nazionale d'asilo creato nel 2001, tramite un protocollo d'intesa tra il Ministero dell'Interno, l'Associazione nazionale dei Comuni italiani e l'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati, per mezzo del quale gli Enti locali possono accedere, nei limiti delle risorse disponibili, al Fondo nazionale per le politiche e i servizi di asilo, al fine di garantire, con il supporto delle realtà del terzo settore, interventi di "accoglienza integrata" diffusi sull'intero territorio nazionale, che superino la sola distribuzione di vitto e alloggio, prevedendo in modo complementare anche misure di informazione, accompagnamento, assistenza e orientamento, con la creazione di percorsi individuali di inserimento socio-economico. Sarà la Prefettura, in questi casi, a cui viene trasmessa, da parte della Questura, la richiesta di accesso del richiedente asilo alle misure di accoglienza, a valutare l'insufficienza dei mezzi di sussistenza ed a verificare la disponibilità di posti all'interno del cosiddetto SPRAR<sup>39</sup>. Sicché, quando la Questura non riscontri i presupposti per l'accoglienza nel CARA o per il trattenimento nel CIE, ma il richiedente asilo chieda di essere ospitato in una struttura poiché indigente, la Prefettura cercherà un posto disponibile nello SPRAR, secondo le modalità stabilite dal Ministero dell'Interno. Se, però, non vi siano più posti disponibili nello SPRAR, il richiedente asilo potrà essere inviato in

<sup>39</sup> Art. 6, co. 2, d.lgs. n. 140/2005.

un CARA, nel quale la persona dovrebbe comunque godere dei medesimi diritti previsti per i richiedenti accolti nello SPRAR.

Le circostanze per le quali può essere disposta la permanenza obbligata del richiedente asilo in un CARA o in un CIE, devono tuttavia essere riviste alla luce della recente direttiva 2013/33/UE, sull’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, che, all’art. 8, par. 3, contempla una serie molto ampia di ipotesi, che sembrano idonee a ricomprendere tutte quelle previste dagli articoli 20 e 21 del decreto legislativo n. 25/2008. Si stabilisce, infatti, che un richiedente protezione internazionale possa essere trattenuto: a) per determinarne o verificarne l’identità o la cittadinanza; b) per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale, che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, soprattutto se sussista il rischio di fuga del richiedente; c) per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; d) nel corso di una procedura di rimpatrio, ai sensi della direttiva 2008/115/CE, al fine di preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento, quando lo Stato membro interessato possa comprovare, in base a criteri obiettivi, tra cui il fatto che la persona in questione abbia già avuto l’opportunità di accedere alla procedura di asilo, che vi siano fondati motivi per ritenere che la persona abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l’esecuzione della decisione di rimpatrio; e) quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; f) conformemente all’articolo 28 del regolamento UE n. 604/2013 (cd. regolamento Dublino III), 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.

Un problema di conformità della normativa nazionale con la direttiva 2013/33/UE si potrebbe probabilmente porre con riferimento all’ipotesi del trattenimento del richiedente asilo in un CIE, per il semplice fatto che sia destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento, in quanto, ai sensi dell’art. 10, par. 1, co. 2 e 3, della direttiva, i richiedenti, per quanto è possibile, devono essere tenuti separati da altri cittadini di Paesi terzi che non abbiano presentato domanda di protezione internazionale e, se non è possibile dividerli, lo Stato membro deve comunque applicare ai richiedenti le condizioni di trattamento previste dalla medesima direttiva, la quale, tuttavia, a differenza della normativa interna riguardante le condizioni di accoglienza nei CARA, non prevede espressamente il diritto del richiedente asilo di uscire liberamente dal centro nelle ore diurne.

Per quanto riguarda, più specificamente, la disciplina di cui al decreto legislativo n. 25/2008, si può osservare come questo, proprio al fine di differenziare il trattenimento del richiedente asilo in un CARA, anziché in un CIE, non solo utilizza le espressioni “accoglienza”, “ospitalità” e “residenza” unicamente con

riferimento ai CARA, malgrado, è bene precisare, il richiedente asilo possa essere trattenuto forzatamente nel centro, anche contro la sua volontà, ma soprattutto consente al richiedente di uscire liberamente dal centro nelle ore diurne, oppure, di richiedere al prefetto, per rilevanti motivi personali o per motivi attinenti all'esame della domanda, un permesso temporaneo di allontanamento (dal centro) per un periodo di tempo diverso o superiore a quello di uscita (art. 20, co. 4). Non può, quindi, allontanarsi dal CARA al di fuori delle ore o dei giorni consentiti, perché altrimenti perde le condizioni di accoglienza proprie di questo tipo di struttura (art. 22, co. 2) e, se la competente Commissione territoriale non ha ancora deciso la sua domanda, potrà essere nel frattempo trasferito in un CIE, con un significativo peggioramento delle sue condizioni di trattenimento, in quanto gli sarà assolutamente proibito di uscire da questo ultimo tipo di centri, tant'è che il questore, avvalendosi della forza pubblica, potrà adottare tutte le misure occorrenti per impedire l'indebito allontanamento dai CIE delle persone ivi trattenute e per ripristinare immediatamente la misura del trattenimento coatto<sup>40</sup>.

La permanenza nei CARA non può in ogni caso durare più di venti o di trentacinque giorni<sup>41</sup> ed allo scadere del periodo di accoglienza al richiedente deve essere rilasciato un permesso di soggiorno temporaneo, valido tre mesi e rinnovabile fino alla decisione della sua domanda di asilo da parte della competente Commissione territoriale<sup>42</sup>.

Diversamente, il soggiorno coatto nei CIE può durare attualmente, si è visto, fino a diciotto mesi ed alla scadenza dei termini lo straniero, qualora non sia stato possibile allontanarlo dal territorio nazionale, è comunque obbligato, su ordine del questore, a lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni<sup>43</sup>.

Il trattenimento coatto nei CIE, però, è sottoposto per legge alla convalida di un giudice, a differenza del soggiorno obbligatorio nei CARA, che, similmen-

---

<sup>40</sup> Art. 14, co. 7, d. lgs. n. 286/1998, art. 21, co. 1 e 9, d.P.R. n. 394/1999.

<sup>41</sup> Venti giorni: nel caso in cui sia necessario verificare o determinare la sua nazionalità o identità, ove lo stesso non sia in possesso dei documenti di viaggio o di identità, ovvero al suo arrivo nel territorio dello Stato abbia presentato documenti risultati falsi o contraffatti; trentacinque giorni: quando abbia presentato la domanda dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, oppure per aver eluso o tentato di eludere il controllo alla frontiera (art. 20, co. 3).

<sup>42</sup> La Commissione è tenuta, in ogni caso, a provvedere al colloquio con il richiedente entro trenta giorni dal ricevimento della domanda ed a decidere, di regola, entro i tre giorni feriali successivi, a meno che non sopravvenga l'esigenza di acquisire nuovi elementi, dovendo, però, in questo caso, informare del ritardo nella decisione il richiedente e la questura competente (art. 27). Se la Commissione poi decide di rigettare la domanda e non ricorrono i presupposti per il rilascio di un permesso di soggiorno per gravi motivi di carattere umanitario o per altro titolo, il richiedente, decorso il termine di trenta giorni per l'impugnazione, ha l'obbligo di lasciare il territorio nazionale e all'esecuzione dell'espulsione provvede il questore mediante accompagnamento alla frontiera per mezzo della forza pubblica (art. 32, co. 4).

<sup>43</sup> Art. 14, co. 5-bis, d.lgs. n. 286/1998.

te alla permanenza obbligata nei CPSA o nei CDA, non è assoggettato ad un controllo giurisdizionale, anche nel caso in cui duri più di quarantotto ore. Il che lascia molto perplessi, sicuramente sotto il profilo della disparità di trattamento con analoghe situazioni, addirittura di rilevanza penale, proprio nella misura in cui il provvedimento con il quale il questore dispone l’invio e la permanenza del richiedente asilo in un CARA non venga sottoposto alla successiva convalida di un giudice, anche nel caso in cui il soggiorno obbligato in un CARA sia considerata una misura limitativa soltanto della libertà di circolazione e soggiorno, ma non anche della libertà personale: come tale, quindi, ricadente nell’ambito applicativo dell’art. 16 della Costituzione, che non prevede espressamente una riserva di giurisdizione per le limitazioni della libertà di circolazione e soggiorno. Se si guarda, infatti, alle misure cautelari individuate dal codice di procedura penale, a quelle, in particolare, che limitano in vario modo le libertà della persona (artt. 272 e ss.), custodiali e non, come, per fare qualche esempio, gli arresti domiciliari o l’obbligo di dimora, queste sono espressamente assoggettate alla garanzia della riserva di giurisdizione, contemplata dall’art. 13 della Costituzione.

Per quanto poi riguarda il numero di centri istituiti come CARA, nel sito del Ministero dell’Interno ne sono individuati nove, con una capienza di tremilaottocento posti all’incirca<sup>44</sup>, alcuni dei quali svolgono anche la funzione di CDA, così come prevede il regolamento del 2004, che consente al Ministro di destinare (mediante decreto) le strutture allestite come CDA alle finalità proprie dei CARA (art. 5, d.P.R. n. 303/2004).

Sin dalle sue origini, d’altra parte, il sistema di accoglienza per i richiedenti asilo è stato concepito come una propaggine del sistema di accoglienza per i *boat people*, tanto che alcuni CDA avevano cominciato a funzionare come CARA sin dal 2002, in assenza di una previsione legislativa e secondo un regime detentivo molto stringente.

Tale prossimità tra CARA, CPSA, CDA e CIE, continua a perdurare anche per altre ragioni concernenti, per esempio, il limitato numero di posti disponibili nei CARA, che fa sì che i richiedenti asilo, transitati da un CPSA o da un CDA, siano sovente inviati presso altri CDA o, peggio, nei CIE; oppure, l’allestimento delle differenti strutture, seppur separate tra loro, all’interno di una stessa area chiusa, come accade, per esempio, a Pian del Lago, nella Provincia di Caltanissetta.

Nonostante il tentativo di mitigare la disciplina varata nel 2002, la normativa italiana ed europea consentono tuttora di ricorrere in modo pressoché generalizzato alla detenzione del richiedente asilo; e ciò, a dispetto del fatto che l’art.

---

<sup>44</sup> Bari Palese, Area aeroportuale, 744 posti; Brindisi, Restinco, 128 posti; Caltanissetta, Contrada Pian del Lago, 96 posti; Crotona, località Sant’Anna, 875 posti; Foggia, Borgo Mezzanone, 856 posti; Gorizia, Gradisca d’Isonzo, 138 posti; Roma, Castelnuovo di Porto, 650 posti; Trapani, Salina Grande, 260 posti; Ancona, Arcevia, 68 posti.

20, co. 1, del d.lgs. n. 25/2008, riaffermi ancora una volta il principio che « Il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda »>, principio, questo, ribadito più volte anche dal regolamento e dalle direttive comunitarie dello scorso 26 giugno, in cui si stabilisce che gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo motivo di essere un richiedente asilo<sup>45</sup>.

Del resto, i casi che oggi consentono al questore di disporre l'invio del richiedente asilo in un CARA coprono, a ben vedere, la quasi totalità delle ipotesi, relegando a fattispecie residuale la libera circolazione del richiedente nel territorio dello Stato con un permesso di soggiorno temporaneo, riservata in definitiva soltanto allo straniero identificato o facilmente identificabile, che si presenti spontaneamente (prima di essere fermato) alle forze di pubblica sicurezza e domandi la protezione internazionale.

Di fatto, quindi, la normativa italiana tratta pure lo straniero che domanda asilo alla stregua di un soggetto potenzialmente pericoloso, da tenere sotto stretta sorveglianza, anche dopo che viene rilasciato per scadenza del periodo di trattenimento nel CARA o nel CIE, in quanto è obbligato, in entrambi i casi, a comunicare alla Questura e alla competente Commissione territoriale il proprio domicilio (art. 22, co. 1, d.lgs. n. 25/2008); mentre, durante la permanenza nel CARA o nel CIE la persona è priva di permesso di soggiorno e gode di determinati diritti solo nella misura in cui risieda all'interno del centro.

#### 4.3. Centri di identificazione ed espulsione (CIE)

I primi CIE sono stati formalmente istituiti nel 1998, con decreti ministeriali, in esecuzione delle disposizioni contenute nella legge delega n. 40/1998 (art. 12) e nel Testo unico sull'immigrazione (art. 14).

Nel sito del Ministero dell'Interno sono individuati tredici CIE con una capienza di circa millenovecento posti<sup>46</sup>, alcuni dei quali, però, si è detto, attualmente sono chiusi, oppure operano con capacità ridotta per lavori di ristrutturazione<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Art. 28, regolamento 2013/604/UE; art. 26, direttiva 2013/32/UE; art. 8, direttiva 2013/33/UE.

<sup>46</sup> Bari, Palese, area aeroportuale, 196 posti; Bologna, Caserma Chiarini, 95 posti; Brindisi, Restinco, 83 posti; Caltanissetta, Contrada Pian del Lago, 96 posti; Catanzaro, Lamezia Terme, 80 posti; Crotone, S. Anna, 124 posti; Gorizia, Gradisca d'Isonzo, 248 posti; Milano, Via Corelli, 132 posti; Modena, Località Sant'Anna, 60 posti; Roma, Ponte Galeria, 360 posti; Torino, Corso Brunelleschi, 180 posti; Trapani, Serraino Vulpitta, 43 posti; Trapani, Milo, 204 posti.

<sup>47</sup> Quest'anno, nel rapporto (già citato) sui Cie da parte del Ministero dell'Interno, si precisa che le strutture di Restinco, a Brindisi, e di Serraino Vulpitta, a Trapani, sono chiuse per ristrutturazione; mentre, quelle di Bari, Bologna, Caltanissetta, Crotone, Gorizia, Milano, Modena, Roma

Tali strutture sono sparse in maniera uniforme sul territorio italiano ed ospitano categorie molto eterogenee di persone: richiedenti asilo; stranieri appena sbarcati nel nostro Paese; stranieri in Italia da diverso tempo, sovente con famiglia e con figli nati nel nostro Stato (per esempio: immigrati che perdono il permesso di soggiorno a causa del licenziamento); stranieri provenienti dal carcere, dopo aver scontato una pena per un reato comune. Una parte di queste persone, tra l’altro, è composta da categorie particolarmente vulnerabili, come tossicodipendenti, vittime di tratta, ex detenuti induriti da soggiorni anche lunghi negli istituti di pena, che manifestano stati di disagio cronico, in grado di alimentare la tensione, peraltro già elevata, all’interno dei centri, con tentativi di rivolta, suicidio, atti di autolesionismo, insonnia, depressione, atteggiamenti aggressivi<sup>48</sup>.

A conferma del carattere punitivo che i CIE hanno assunto nel tempo, tutti i rapporti pubblicati sull’argomento rilevano come essi abbiano in tutto e per tutto funzionato quale vera e propria propaggine del sistema carcerario italiano, con condizioni igieniche e sanitarie talvolta peggiori di quelle degli istituti penitenziari. Tra le persone detenute, infatti, molti sono soggetti che hanno già scontato una sanzione penale per un reato comune e che, una volta scarcerati, sono sottoposti ad un provvedimento di trattenimento in attesa della loro espulsione, e ciò a causa dell’incapacità delle autorità italiane di accertare la loro identità durante il periodo di carcerazione, producendo un indebito prolungamento del periodo di detenzione, che va oltre il limite della condanna penale già scontata.

La situazione è ulteriormente aggravata dal fatto che molti stranieri detenuti in un CIE hanno già subito numerosi periodi di detenzione, senza che il provvedimento di espulsione sia stato eseguito. Questi stranieri, nei cui confronti l’espulsione non appare concretamente eseguibile, finiscono per restare intrappolati in un circolo vizioso di continue detenzioni, tra carcere e CIE, che appare assolutamente illegale dal punto di vista del diritto internazionale e comunitario. Lo stesso Governo italiano, che nel 2007 aveva presentato un progetto di riforma della normativa sull’immigrazione, ha ammesso lo stretto legame esistente tra le carceri ed i centri per stranieri, denunciando il meccanismo perverso in cui molti restano intrappolati. Un meccanismo che viene percepito come una grave ingiustizia da parte degli stranieri, che spesso non comprendono le ragioni del persistere del loro stato di detenuti, oltre i termini della pena già sofferta.

---

e Torino, operano con capienza ridotta a causa del danneggiamento dei locali, per i quali sono in corso i lavori di ripristino; il Cie di Lamezia Terme non è, invece, operativo, perché la destinazione d’uso della struttura non è risultata idonea. Intorno alla metà del mese di agosto di quest’anno, è stato chiuso pure il Cie “Sant’Anna”, nell’Isola di Capo Rizzuto, in provincia di Crotona, a causa dei danni particolarmente ingenti provocati alla struttura, in seguito ad una rivolta scoppiata dopo la morte di un immigrato.

<sup>48</sup>Tali situazioni sono messe in luce nelle denunce e nei rapporti di Medici senza frontiere, del 2010, e di Medici per i diritti umani, di quest’anno.

Un'indagine sui CIE, presentata a Roma lo scorso 13 maggio, da parte dell'organizzazione umanitaria Medici per i diritti umani (MEDU), ne mette in luce varie criticità, tra cui: la palese e congenita inadeguatezza di queste strutture nel tutelare la dignità ed i diritti fondamentali dei migranti trattenuti, come la salute e l'accesso alle cure; la scarsa efficacia della detenzione amministrativa nel contrastare l'immigrazione irregolare; il prolungamento dei tempi massimi di trattenimento ad un anno e mezzo, che non solo non ha sortito alcun effetto significativo al fine di garantire i rimpatri, ma, in più, ha contribuito ad aggravare in modo allarmante la tensione all'interno dei centri; l'inefficienza dei CIE, che, in effetti, anche a prescindere dall'alto costo umano che comportano, determinano dei costi economici di gestione, sorveglianza, mantenimento e riparazione delle strutture, che non sono assolutamente commisurati ai modesti risultati effettivamente conseguiti nel combattere l'immigrazione irregolare.

Tenendo conto di tali criticità, c'è pertanto chi ritiene che tali centri debbano essere chiusi, oppure ridotti a misure eccezionali, del tutto residuali, prevedendo contestualmente nuovi strumenti di prevenzione e contrasto dell'immigrazione irregolare, caratterizzati dal rispetto dei diritti umani e da una maggiore razionalità ed efficacia.

Rispetto all'attuale sistema dei CIE vi sarebbero alcune strategie di fondo, alcune delle quali già individuate nel 2007 dalla Commissione governativa, tra cui: diversificazione delle risposte per categorie di persone; gradualità e proporzionalità delle misure d'intervento; maggiore trasparenza e coinvolgimento della società civile, consentendo alla stampa, agli enti locali ed alle associazioni di volontariato di entrare facilmente nei centri; incentivazione della collaborazione tra l'immigrato e le autorità. In particolare, su quest'ultimo punto, si potrebbe vedere se sussistano le condizioni per favorire il rientro in patria dello straniero irregolare, con un sostegno economico al fine di realizzare il suo progetto di vita nel Paese d'origine, usufruendo dei programmi di rimpatrio concordato ed assistito, istituiti con la legge n. 129/2011<sup>49</sup>. Mentre, per i cittadini non comunitari, che risultano irregolari di ritorno, cosiddetti "overstayers", si potrebbe pensare ad una misura alternativa all'espulsione, qualora queste persone, prima di cadere nell'irregolarità, abbiano già vissuto e lavorato in Italia, prevedendo, per esempio, un permesso di soggiorno finalizzato a trovare un lavoro.

#### 4.3.1. *Le condizioni per il trattenimento nei CIE secondo la direttiva europea n. 115/2008 e la legge italiana di recepimento n. 129/2011*

L'approvazione nel 2008 della direttiva europea sui rimpatri ha costretto il Governo italiano ad una parziale modifica della disciplina sulla detenzione amministrativa degli immigrati da espellere.

---

<sup>49</sup> Art. 14-ter, TUI.

La direttiva ha però introdotto anche alcune disposizioni peggiorative in materia, tra cui: l’estensione del termine massimo di detenzione fino a diciotto mesi, nel caso in cui, dopo i primi sei mesi, nonostante sia stato compiuto “ogni ragionevole sforzo”, l’operazione di allontanamento rischi di durare più a lungo, a causa della “mancata cooperazione” da parte dello straniero o di “ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione da parte dei Paesi terzi” (art. 15, par. 5 e 6); la facoltà degli Stati membri di ritardare il riesame giudiziario del provvedimento detentivo quando, a causa di una situazione di afflusso di massa, occorra provvedere al rimpatrio di un numero eccezionalmente elevato di stranieri (art. 18); la possibilità (degli Stati membri) di non applicare le disposizioni della direttiva agli stranieri “respinti alla frontiera”, con la conseguente libertà di prevedere un trattamento più sfavorevole per le persone fermate nelle zone di confine (art. 2, par. 2, lett. a). Non è stata, tra l’altro, vietata in assoluto la detenzione dei minori, che possono essere trattenuti, ma “solo in mancanza di altra soluzione”<sup>50</sup>, né è stato previsto l’obbligo di istituire un meccanismo di monitoraggio indipendente dei centri per migranti.

Sul piano delle garanzie sostanziali, la direttiva sembra comunque privilegiare, ai fini della scelta dello strumento da utilizzare per il rimpatrio del cittadino di un Paese terzo irregolarmente presente nel territorio europeo, la misura della concessione di un termine per la “partenza volontaria” (art. 7), prevedendo come residuale ed eccezionale il ricorso a strumenti coercitivi e detentivi: gli Stati, infatti, devono prima di tutto concedere allo straniero un termine congruo per il rimpatrio volontario, compreso, di solito, tra sette e trenta giorni (riducibili o prorogabili alle condizioni indicate dalla norma), potendo ricorrere, invece, all’espulsione con accompagnamento coatto, o all’eventuale trattenimento presso una struttura, soltanto in presenza di determinati presupposti.

Per quanto riguarda specificamente il trattenimento in un centro di permanenza temporanea (dello straniero irregolare in via di espulsione), è stabilito che gli Stati vi possano ricorrere solo alle seguenti condizioni: “se nel caso concreto non possono essere applicate altre misure meno coercitive” e “soltanto allo scopo di preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento” ed “in particolare quando sussiste il pericolo di fuga o la persona coinvolta evita o ostacola l’espulsione” (art. 15, par. 1, lett. a), b). La direttiva sembra quindi riferirsi ai principi di proporzionalità e necessità nell’applicazione del provvedimento detentivo, che sono peraltro richiamati al punto 16 del preambolo, la cui portata garantistica po-

---

<sup>50</sup> Art. 17, direttiva 2008/115/CE. Anche la recente direttiva 2013/33/UE, sull’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, non ha proibito in assoluto la detenzione dei minori, prevedendo che essi possano essere << trattenuti solo come ultima risorsa e dopo aver accertato che misure alternative meno coercitive non possono essere applicate in maniera efficace >> (art. 11, par. 2).

trebbe, però, essere (parzialmente) compromessa dall'inciso «in particolare», se interpretato nel senso di considerare l'enumerazione dei due casi non esaustiva, lasciando così sul punto agli Stati membri un certo margine di apprezzamento discrezionale nell'individuazione di ulteriori ipotesi.

Il “rischio di fuga”, poi, essendo inteso dalla direttiva come «la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga» (art. 3, n. 7), lascia in concreto gli Stati membri liberi di definirne per legge i contenuti, tant'è che l'Italia ne ha esteso molto l'ambito di applicazione<sup>51</sup>, introducendo alcune ipotesi discutibili, in relazione al fatto che possano realmente integrare i presupposti del pericolo di fuga, che hanno finito per ricomprendere la stragrande maggioranza degli stranieri da espellere, restringendo parecchio la possibilità di concedere un termine per la partenza volontaria.

Il trattenimento ai fini dell'allontanamento deve considerarsi, in ogni caso, ai sensi della direttiva, una misura di *extrema ratio*, utilizzabile solo quando altre misure meno affittive (come, per esempio, l'obbligo di dimora o di presentazione periodica alle autorità, la consegna di determinati documenti o la dimostrazione di un'adeguata garanzia finanziaria) non siano applicabili nel caso concreto. Gli Stati, tra l'altro, sono obbligati al rilascio immediato della persona interessata, quando non vi sia più alcuna ragionevole prospettiva di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi, oppure vengano meno le condizioni per il trattenimento (art. 15, par. 4).

Soltanto nel 2011 l'Italia ha completato il recepimento della direttiva, anche se con un inasprimento della disciplina (art. 14, TUI).

La legge n. 129/2011 ha dovuto trasformare in soluzioni ultime l'espulsione con accompagnamento coatto ed il trattenimento in uno dei centri di detenzione per stranieri, favorendo il meccanismo del rimpatrio volontario. Nello stesso tempo, però, tale legge ha sfruttato appieno tutti i margini che la direttiva concedeva agli Stati membri, limitando al massimo il trattamento più favorevole per lo straniero. Di norma, è infatti quest'ultimo a dover richiedere un termine per il rimpatrio volontario; mentre, la concessione di tale termine è generalmente subordinata alla verifica da parte dell'autorità di pubblica sicurezza del possesso di adeguate fonti di reddito ed all'applicazione di una o più misure cautelari, quali: la consegna del passaporto o di altro documento equipollente, da restituire al momento della partenza; oppure, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove lo straniero possa essere agevolmente rintracciato; oppure, infine, l'obbligo di presentazione periodica presso un ufficio delle forze di pubblica sicurezza.

Oltre che nell'ipotesi in cui lo straniero non eserciti la facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria, l'espulsione con accompagnamento coatto è

<sup>51</sup> Cfr. art. 13, co. 4-bis, TUI.

eseguita in una serie molto vasta di casi e, in particolare, quando: sia adottata per motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale, di prevenzione delle attività terroristiche, o di pericolosità sociale; sussista il pericolo di fuga, desunto da una serie di indizi tassativamente elencati, alcuni dei quali (vedremo) controversi; la richiesta di permesso di soggiorno sia stata respinta, in quanto manifestamente infondata o fraudolenta; lo straniero abbia violato anche una sola delle misure coercitive, imposte in occasione della concessione di un termine per il rimpatrio volontario, oppure disposte in alternativa al trattenimento; l’espulsione sia la conseguenza di una sanzione penale, di una misura di sicurezza, oppure di una sanzione alternativa o sostitutiva della detenzione.

Quando, però, non sia possibile eseguire con immediatezza il respingimento o l’espulsione mediante accompagnamento coatto alla frontiera, «a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento», il questore ha il potere di disporre, con decreto scritto, motivato e tradotto in una lingua conosciuta dallo straniero o a lui comprensibile<sup>52</sup>, il trattenimento del migrante nel CIE più vicino.

#### 4.3.2. *Profili di incostituzionalità ed incompatibilità comunitaria della disciplina sui CIE*

L’attuale formulazione della predetta disposizione del Testo unico sull’immigrazione, che individua e disciplina le condizioni per il trattenimento coatto nei CIE, al fine di garantire l’esecuzione del provvedimento di espulsione, non eseguibile immediatamente (art. 14, co. 1), risulta, tuttavia, abbastanza indeterminata, riservando sostanzialmente alle forze di polizia una discrezionalità ancor più ampia di quella prevista dalla versione previgente della norma, che limitava a quattro ipotesi tassative i casi di trattenimento, individuate nella necessità di “prestare soccorso” o di “effettuare accertamenti supplementari sull’identità o la nazionalità del migrante”, oppure nell’esigenza di “acquisire i documenti di viaggio” o la “disponibilità di un vettore”. Tali fattispecie, infatti, benché tuttora richiamate dalla nuova disposizione, appaiono declassate, secondo la nuova articolazione in due periodi del primo comma dell’art. 14, a “mere esemplificazioni”, consentendo alle autorità di pubblica sicurezza di ricorrere al trattenimento anche sulla base di non meglio precisate “situazioni transitorie”.

Si ritiene, pertanto, che la disposizione, su questo punto, possa sollevare dubbi di legittimità sul piano della conformità al disposto dell’art. 13 della Costituzione<sup>53</sup>, sotto il profilo della sostanziale elusione del principio di tassatività dei

<sup>52</sup> Oppure, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall’interessato (art. 13, co. 7, art. 2, co. 6, TUI).

<sup>53</sup> Così, pure G. SAVIO (a cura di), *Codice dell’immigrazione*, Rimini, 2012, p. 146.

casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati dalla legge, a causa dell'individuazione indeterminata delle fattispecie che legittimano l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale, com'è il trattenimento in un CIE.

Le singole ipotesi di trattenimento, prima richiamate, inoltre, non si ritiene che soddisfino il duplice criterio del "pericolo di fuga" e della "mancata cooperazione" dello straniero, imposto dalla direttiva rimpatri agli Stati membri che intendano trattenere il cittadino di un Paese terzo.

Se poi si osservano le singole ipotesi di "rischio di fuga"<sup>54</sup>, contemplate a proposito dell'espulsione prefettizia eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera per mezzo della forza pubblica, ma richiamate anche dalla disposizione sul trattenimento come ulteriori fattispecie che possono legittimare l'applicazione (da parte del questore) di quest'ultima misura, alcune di esse - come, ad esempio, il «mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità», oppure la «mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove [lo straniero] possa essere agevolmente rintracciato» - potrebbero determinare una "sostanziale elusione" del vincolo comunitario, rispettato solo "formalmente"<sup>55</sup>, sebbene la norma imponga al prefetto, anche in presenza di una delle predette circostanze, di accertare, caso per caso, se ricorra realmente il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Art. 13, co. 4-bis.

<sup>55</sup> F. VASSALLO PALEOLOGO, *Dall'accoglienza alla detenzione amministrativa: gli effetti di uno stato di emergenza permanente*, in [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org), 2012, osserva come, sul concetto di rischio di fuga o sulla circostanza che l'interessato eviti o ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento, le autorità di pubblica sicurezza, nella stesura dei provvedimenti di allontanamento forzato e di trattenimento, ricorrono, in alcuni casi, a formule che solo apparentemente tengono conto della posizione individuale dei destinatari, ma che, in sostanza, riproducono valutazioni stereotipe, che tradiscono l'esigenza di quell'esame individuale delle singole situazioni richiesto dalla direttiva comunitaria.

<sup>56</sup> Tra i casi che configurano il rischio di fuga, alcuni di essi, come il «mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità», oppure la «mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato», oppure «[l']avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità», non è detto che costituiscano necessariamente e sempre elemento sintomatico del rischio di fuga, in quanto: nel primo caso, la mancanza del passaporto potrebbe essere dovuta al fatto che tale documento non è stato rinnovato dall'autorità diplomatica o consolare del Paese di provenienza dell'espellendo, per motivi estranei agli interessi tutelati dalla normativa italiana (come, per esempio, l'inadempimento dell'obbligo militare); la mancanza di idonea documentazione per l'alloggio, invece, se può vanificare l'imposizione dell'obbligo di dimora (previsto, dall'art. 7, co. 3, della direttiva, come uno degli obblighi che possono essere imposti dagli Stati, durante il periodo concesso per la partenza volontaria, al fine di scongiurare il rischio di fuga), non è detto che costituisca necessariamente elemento presuntivo del rischio di fuga, come, ad esempio, nel caso di locazione "in nero", per cause indipendenti dalla volontà dell'espellendo; analogamente, anche la fattispecie

Anche il principio di proporzionalità risulterebbe del pari eluso, perché la detenzione amministrativa, pur incidendo maggiormente sulla libertà personale, rispetto all’espulsione con accompagnamento alla frontiera per mezzo della forza pubblica, può in sostanza essere disposta dal questore al ricorrere delle stesse situazioni che configurano il rischio di fuga e che legittimano l’allontanamento coattivo<sup>57</sup>.

Le modalità del trattenimento sono determinate, invece, non dalla legge ma dal regolamento (art. 21, d.P.R. n. 394/1999), che, in ogni caso, stabilisce importanti diritti per le persone trattenute<sup>58</sup>, quali la libertà di colloquio all’interno del centro e con visitatori provenienti dall’esterno, in particolare con il difensore ed i ministri di culto, la libertà di corrispondenza, anche telefonica<sup>59</sup>, l’assicurazione dei servizi sanitari essenziali, gli interventi di socializzazione e la libertà di culto, l’accompagnamento presso luoghi di cura, o presso l’ufficio del giudice precedente, o presso la competente rappresentanza diplomatica (o consolare). Il fatto, però, che tali modalità di trattenimento siano definite da una norma di rango regolamentare, anziché legislativo, non appare conforme con le prescrizioni dell’art. 13, co. 2, della Costituzione, secondo cui non solo i “casi” ma anche i “modi” di restrizione della libertà personale devono essere stabiliti dalla legge<sup>60</sup>.

I presupposti del trattenimento in un CIE, pertanto, risultano sostanzialmente affidati all’ampio potere discrezionale dell’autorità di pubblica sicurezza, non rispondono pienamente ai requisiti di necessità ed urgenza, né di stretta legalità, proporzionalità ed *extrema ratio*, configurando nel complesso la privazione della libertà personale dello straniero non come eccezione ma come regola, cioè

---

generica della pregressa attestazione o dichiarazione di false generalità - che la norma non vincola all’avvenuta condanna dello straniero per il reato di cui all’art. 495, c. p., che può giustificare la presunzione del rischio in esame - potrebbe anche essere molto risalente nel tempo, così remota da non conferire carattere di attualità al “pericolo di fuga”, oppure essere stata successivamente sanata con il rilascio di un titolo di soggiorno.

<sup>57</sup> In questi termini, M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 341.

<sup>58</sup> Per approfondimenti sui diritti che spettano agli immigrati irregolari: M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati irregolari tra “certezza” del diritto e “incertezza” della sua effettività*, e O. SPATARO, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in questo volume; E. CODINI, *Immigrazione e stato sociale*, in *Dir. pub.*, 2012, p. 599 ss., spec. p. 608 ss.; G. CORSO, *Straniero, cittadino, uomo. Immigrazione ed immigrati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2012, p. 377 ss., spec. pp. 392-393; M. R. SPASIANO, *Principi sull’immigrazione*, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, cit., p. 9 ss., spec. p. 14 ss.; C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, 2012, p. 45 ss.; AA. VV., *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, a cura di R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI, Napoli, 2010.

<sup>59</sup> Anche l’art. 12, della legge n. 40/1998, al comma 2, prevede che allo straniero sia assicurata la libertà di corrispondenza anche telefonica con l’esterno e, in generale, che sia trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità.

<sup>60</sup> Sui vari dubbi di incostituzionalità che la disciplina dei CIE solleva, si v. A. DE MARTINO, *La disciplina dei «i.e.» è incostituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 maggio 2012.

come modo ordinario di dare esecuzione ai provvedimenti di espulsione, in contrasto con la direttiva rimpatri e la disposizione costituzionale.

Per adeguare il provvedimento amministrativo di trattenimento alle garanzie costituzionali, la legge prevede, tuttavia, che l'autorità di pubblica sicurezza debba trasmetterlo, entro quarantotto ore dall'adozione, al giudice di pace, chiamato a decidere, con decreto motivato, entro le successive quarantotto ore, della convalida o meno dell'atto, sulla base di un attento vaglio di legittimità, verificando l'osservanza dei termini e la sussistenza dei requisiti, anche sostanziali, previsti dagli articoli 13 e 14 del TUI. Per cui, se il giudice dovesse considerare la convalida un atto meramente formale<sup>61</sup>, limitato alla mera verifica dell'esistenza del decreto espulsivo, del rispetto dei termini e dell'indicazione delle ragioni del trattenimento, in genere barrate con una crocetta a fianco della voce prescelta nel modulo prestampato, senza valutare nel merito la fondatezza dei provvedimenti, ciò si porrebbe in contrasto con quanto prescrive la legge e con le garanzie costituzionali sull'effettivo esercizio del diritto di difesa.

Per quanto riguarda, invece, la durata del trattenimento, si è visto che esso può protrarsi fino ad un massimo di diciotto mesi<sup>62</sup>, ad intervalli, inizialmente, di trenta più trenta giorni, poi, di sessanta più sessanta giorni e, dopo i primi sei mesi, fino ad un massimo di sessanta giorni ciascuno.

Tale recente estensione della durata massima del trattenimento sembra confliggere con un altro limite posto dall'art. 13, terzo comma, della Costituzione: quello della necessaria «provvisorietà» del provvedimento restrittivo della libertà personale.

Nella versione originaria del Testo unico, il termine massimo era indicato in venti giorni, prorogabili di altri dieci, a condizione che fosse << imminente l'eliminazione dell'impedimento all'espulsione o al respingimento >><sup>63</sup>. La Corte

<sup>61</sup> F. VASSALLO PALEOLOGO, *La direttiva comunitaria sui rimpatri e i diritti fondamentali dei migranti tra norme di attuazione e prassi applicative*, in *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. VERDE e A. A. GENNA, Torino, 2012, p. 231; Id., *I controlli giurisdizionali e le garanzie dello stato di diritto nei Centri di identificazione ed espulsione*, in *www.asgi.it*, 2012, pp. 3, 5, osserva come la convalida del giudice di pace sia stata spesso “meramente cartacea”, limitata cioè alla sola valutazione dei requisiti formali dei provvedimenti, senza considerare nel merito la loro fondatezza, in assenza di contraddittorio, in qualche caso “collettiva”, senza nessuna attenzione alle posizioni individuali delle singole persone e senza consentire l'effettivo esercizio del diritto di difesa, al di là della presenza spesso silenziosa dell'avvocato d'ufficio.

<sup>62</sup> Nei casi, frequenti nella prassi, in cui non sia stato possibile procedere all'accompagnamento coattivo dello straniero espulso o respinto, né sia stato possibile disporre il trattenimento in un CIE o misure alternative al trattenimento, oppure la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio entro sette giorni e l'eventuale inosservanza dell'ordine costituisce reato, punito con sanzione pecuniaria (art. 14, co. 5-bis e ss.).

<sup>63</sup> Così disponeva l'art. 13, co. 5, TUI, nel testo originario, di cui al d.lgs. n. 286/1998.

costituzionale aveva allora ritenuto quella durata «non irragionevole», anche in considerazione del fatto che quel tempo di durata non doveva essere consumato interamente, ma solo «per il tempo strettamente necessario» (come continua a prescrivere, oggi, l’art. 14, co. 1, TUI), e quindi, concorrendone le condizioni, la misura doveva cessare prima dello spirare del termine ultimo<sup>64</sup>.

Dopo questa pronuncia, però, i termini massimi, prima sono stati raddoppiati (da trenta a sessanta giorni, con la legge n. 189/2002), poi innalzati a sei mesi (con la legge n. 94/2009), infine, con la legge n. 129/2011, aumentati fino a diciotto mesi (art. 14, co. 5, TUI), in linea, d’altra parte, con quanto prevede la stessa direttiva rimpatri (all’art. 15), che, proprio per questo motivo, è stata alquanto criticata.

La direttiva, tuttavia, stabilisce, non solo ai fini del trattenimento, come si è già visto, ma anche della eventuale proroga dello stesso, condizioni, per i primi sei mesi, più restrittive di quelle del Testo unico, che, invece, richiama le medesime condizioni della direttiva soltanto per gli ultimi dodici mesi di detenzione.

In base alla direttiva, in particolare, il trattenimento può persistere per i primi sei mesi, ma solo se perdurano le due condizioni che l’hanno legittimato (rischio di fuga, oppure impedimenti o ostacoli alla preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento) ed unicamente per il periodo necessario ad assicurare l’esecuzione dell’allontanamento; mentre, il prolungamento del trattenimento nei successivi dodici mesi può avvenire solo nel caso in cui, «nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l’operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa [...] della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o [...] dei ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi».

Secondo il Testo unico (art. 14, co. 5), invece, il presupposto della prima proroga (di ulteriori trenta giorni) è individuato soltanto nelle «gravi difficoltà» riscontrate per «l’accertamento dell’identità e della nazionalità ovvero [per] l’acquisizione di documenti per il viaggio», a prescindere, dunque, dal rischio di fuga o dalla mancata cooperazione del soggetto<sup>65</sup>; mentre, per le due successive proroghe, di sessanta giorni ciascuna, la norma prevede che debbano permanere o persistere le condizioni iniziali<sup>66</sup>, quelle cioè che hanno giustificato il primo

---

<sup>64</sup> Corte cost., sentenza n. 105/2001, cit.

<sup>65</sup> La mancata cooperazione, se intesa in senso ampio e cioè comprensiva anche del rischio di fuga accertato in concreto, dovrebbe essere, a rigore, l’unico presupposto accettabile, in base ai principi della proporzionalità e dell’*extrema ratio*, per giustificare un periodo di detenzione.

<sup>66</sup> Situazioni transitorie - si ripete - che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento, tra le quali, a titolo esemplificativo, sono richiamate: il pericolo di fuga, la necessità di prestare soccorso allo straniero, di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo.

periodo di trattenimento (di trenta giorni). E' soltanto dopo i primi sei mesi di permanenza nel centro, che la norma si conforma pienamente alle prescrizioni della direttiva, prevedendo la ricorrenza delle "stesse condizioni", affinché il questore possa richiedere, di volta in volta, al giudice di pace altre proroghe del trattenimento, «per periodi non superiori a sessanta giorni».

Ci si domanda, pertanto, se questa nuova disciplina della durata del trattenimento, fino a diciotto mesi, debba, questa volta, essere considerata "irragionevole" dalla Corte costituzionale, oltre che incompatibile con il vincolo costituzionale della "provvisorietà" del provvedimento restrittivo della libertà personale<sup>67</sup>.

A ciò si aggiunga l'anomala configurazione del titolo legittimante il trattenimento e le varie proroghe dello stesso, rappresentato dal decreto di convalida disposto da un giudice non togato, qual è il giudice di pace. Una convalida giudiziale che, stando quantomeno alla formulazione letterale della disposizione, comporta automaticamente la permanenza dello straniero nel CIE per un periodo di trenta giorni, già predeterminato dalla legge.

Diversamente da quanto stabilito dal codice di procedura penale, a proposito delle misure cautelari, al giudice di pace, in questa materia, in relazione alle circostanze del caso concreto, sottoposte alla sua cognizione, sarebbe quindi inibito, sicuramente con la prima convalida, di stabilire un periodo di restrizione della libertà personale inferiore a quello prestabilito. Decisione, quest'ultima, che, stando sempre al tenore letterale della norma, non appare, invece, necessariamente preclusa al giudice per le successive proroghe, in considerazione del fatto che il legislatore, con riguardo alla prima proroga, utilizza l'ausiliare "può", quando si riferisce al potere del giudice di prorogare, su richiesta del questore, il termine di ulteriori trenta giorni: il che non impedisce di interpretare la disposizione nel senso che il giudice, in relazione al caso specifico, possa anche prorogare il termine per un tempo inferiore a quello richiesto; con riguardo, invece, alle due proroghe di sessanta giorni, ognuna, ed alle successive, non superiori a sessanta giorni, la norma fa riferimento soltanto alla possibilità del questore di richiedere al giudice la proroga, sicché all'organo giurisdizionale, anche in questi casi, non sarebbe impedito, se concede la proroga della detenzione, di ridurre la durata, in ragione delle sue valutazioni sulle circostanze del caso concreto.

È soltanto il questore, tra l'altro, che può eseguire l'espulsione o il respingimento prima della decorrenza del termine di detenzione indicato nel decreto di convalida, dandone comunicazione senza ritardo al giudice (art. 14, co. 5), sicché il controllo giurisdizionale sulla durata del trattenimento risulta piuttosto affievolito, in quanto la decisione sulla sua fine, in questo caso, è riservata unicamente all'autorità amministrativa, con i conseguenti dubbi di conformità alla Costitu-

---

<sup>67</sup> C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, relazione al Seminario di Studio *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 37.

zione anche della nuova disciplina sulla convalida del trattenimento, specialmente sotto il profilo dell’effettività del controllo giurisdizionale.

Per di più, a differenza della convalida del trattenimento, nei casi di proroga dello stesso, la norma non prevede espressamente, a garanzia dell’esercizio del diritto di difesa, un’udienza in contraddittorio con l’interessato ed il difensore, sebbene sul punto sia intervenuta la Corte di cassazione<sup>68</sup>, chiarendo che le garanzie del pieno contraddittorio tra le parti e della difesa adeguata, attraverso la partecipazione necessaria del difensore e l’audizione del soggetto interessato, previste esplicitamente per il primo trattenimento, devono essere assicurate anche per la decisione sulla richiesta di proroga, secondo una lettura costituzionalmente orientata della norma, che, pur non reiterandole espressamente, le contiene implicitamente, atteso che l’opposta interpretazione determinerebbe una lesione dei principi sanciti dagli artt. 3, 24 e 111, della Costituzione.

Questo obiettivo affievolimento della riserva di giurisdizione, in tema di trattenimento, avrebbe potuto, infine, essere superato, se il legislatore avesse dato piena attuazione alla direttiva del 2008 sui rimpatri, che, all’art. 15, par. 3, prescrive «In ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d’ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un’autorità giudiziaria»; mentre, al par. 4: «Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1 [rischio di fuga e/o condotta ostativa alla preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento], il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata». Tali disposizioni, che non sono state trasposte nel diritto interno dalla legge di recepimento n. 129/2011, ma che impongono l’istituto del riesame giudiziario del trattenimento ed il connesso obbligo dell’immediato rilascio dello straniero a fronte del venir meno delle condizioni che legittimino l’utilizzo della misura detentiva, sarebbero infatti idonee a restituire centralità, in questa materia, alla giurisdizione ed al diritto ad una difesa efficace.

Ciononostante, occorre rammentare l’orientamento della Corte di giustizia, secondo la quale al giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell’Unione europea e di assicurarne la piena effettività, spetterà di disapplicare ogni disposizione del TUI contraria al risultato della direttiva<sup>69</sup>.

Il giudice di pace è pertanto chiamato ad applicare i principi e le disposizioni del diritto comunitario e costituzionale, al fine di garantire la realizzazione degli

<sup>68</sup> Cass. civ., sez. I, sentenza 24 febbraio 2010, n. 4544; Cass. civ., sez. I, sentenza 8 giugno 2010, n. 13767; Cass. civ., sez. VI, ord. 15 giugno 2011, n. 13117.

<sup>69</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell’Unione europea, sez. I, sentenza 28 aprile 2011 (causa El Dridi).

obiettivi perseguiti dalla direttiva e di ricondurre la disciplina del trattenimento nell'alveo delle gaurentigie costituzionali.

## 5. *Conclusioni*

L'evoluzione, dagli anni Novanta ad oggi, della disciplina italiana ed europea sul trattenimento dei migranti irregolari nei vari centri di accoglienza, assistenza e identificazione mostra, dunque, per un verso, come la detenzione amministrativa degli stranieri in queste strutture sia progressivamente passata, da evento eccezionale e contenuto in tempi brevi, a misura che trova larga applicazione nelle attività di controllo delle frontiere e nell'esecuzione delle espulsioni, anche per lunghi periodi, sollevando, si è visto, diverse questioni di legittimità, soprattutto sul piano del pieno rispetto dei principi e delle garanzie del diritto costituzionale ed internazionale in favore del diritto fondamentale di ogni uomo alla libertà ed alla difesa giurisdizionale effettiva.

In particolare, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, emerge la debolezza degli strumenti difensivi predisposti dal diritto interno in favore del migrante trattenuto illegittimamente, esperibili, tra l'altro, innanzi ad un giudice onorario, qual è il giudice di pace, chiamato a decidere cause civili di valore economico ridotto e reati penali di facile valutazione, perseguibili a querela della persona offesa. Pertanto, l'attribuzione a questo giudice nel 2004 della competenza in materia di convalida e proroga dei provvedimenti di trattenimento non appare in linea, né con la fisionomia e il ruolo di tale giudice, che, per sua natura, non è giudice della libertà personale, né con la prospettiva conciliativa e deflattiva propria della sua giurisdizione.

Per altro verso, la normativa in questione svela come il diritto dei centri per stranieri irregolari sia un diritto derogatorio, un diritto poliziesco, che imita in maniera formale le garanzie del diritto processuale penale, senza tuttavia possederne la sostanza. Come la detenzione amministrativa abbia assunto i tratti di una misura amministrativa di sicurezza, selettivamente diretta nei confronti di alcune categorie di persone straniere, considerate meno affidabili o socialmente pericolose o meno collaborative e, per tali motivi, sottoposte ad un più stretto controllo di polizia, fino al punto di essere assoggettate, se destinatarie di un provvedimento espulsivo non eseguibile immediatamente, ad un periodo di detenzione, che, per legge, al ricorrere di determinate condizioni, alcune delle quali discusse, può raggiungere diciotto mesi, anche se la persona trattenuta, si ripete, non abbia commesso (né sia stata denunciata per) alcun reato.

Se si pone mente, infine, alle carenze riscontrate nella legge e, di converso, all'eccessiva discrezionalità riservata alle autorità amministrative nell'utilizzo non uniforme di tale strumento detentivo, peraltro in assenza di un sistema di

monitoraggio indipendente dei centri per stranieri, ci si rende conto di come la progressiva giuridificazione della detenzione amministrativa dei migranti non comunitari, lungi dal consentire l’ingresso dell’istituto nel quadro della legalità costituito dal paradigma dello “Stato di diritto”, abbia in realtà trasformato in strumento ordinario una misura restrittiva della libertà della persona, concepita come eccezionale nel disegno costituzionale, fino al punto che è adesso sempre possibile fare ricorso ad un provvedimento limitativo della libertà personale o della libertà di circolazione e soggiorno, qual è il trattenimento dell’immigrato in questi centri, spesso all’ombra di una situazione di continua emergenza, che ispira, sin dall’inizio, la politica migratoria italiana.

**ADMINISTRATIVE DETENTION OF IRREGULAR FOREIGNERS  
IN ITALY AND IN THE EUROPEAN UNION  
AND THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT  
TO PERSONAL FREEDOM AND PROPER DEFENSE**

by Cristiano Celone

**Abstract**

Foreigners are particularly subject to the restriction of personal freedom. A great number of countries resort to the detention of irregular migrants and asylum seekers by reason of the violation of immigration laws, including irregularly crossing the State border, using false document, non-possession of identification documents, staying after the permit of stay has expired, etc..

In Italy and in other member States of the European Union we can notice an ordinary use of administrative detention of foreigners (without authorization to entry or stay in EU countries) and of other measures of restriction of personal freedom also with respect to aylum seekers. The purpose of this article is to examine the italian and european legal framework of administrative detention of non EU citizens and stateless persons, to see if it comply with the fundamental principles of constitutional and international law and case-law on human rights, with regard, in particular, to the protection of personal freedom and proper defense.



# La tutela dei minori stranieri alla prova delle politiche migratorie

di Roberta Teresa Di Rosa

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Dati sulla presenza dei minori stranieri in Italia - 3. Normative e politiche sociali tra accoglienza e contenimento - 4. Conseguenze sulla protezione dei diritti dei minori - 5. Riconoscimento dei diritti e accesso ai servizi - 6. Criticità interne ai servizi - 7. Minori stranieri e integrazione scolastica - 8. Riflessioni conclusive.

## 1. *Introduzione*

I minori figli di genitori stranieri, che in 1990 erano 20.000, nel 2012 hanno quasi raggiunto la cifra di un milione. Negli ultimi anni, la loro presenza in Italia è diventata sempre più significativa, favorita da una serie di eventi tra cui si costituiscono fondamentali due circostanze di grande rilevanza giuridica e sociale: la promulgazione di provvedimenti legislativi favorevoli al ricongiungimento familiare e un incremento delle nascite di figli di immigrati in Italia, dovuto alla raggiunta stanzialità delle famiglie. Eppure, nonostante sia trascorso un ventennio, la società italiana sembra ancora in difficoltà nell'elaborare una politica sociale d'inserimento degli immigrati in un contesto di politica familiare, come pure nel considerare la famiglia come uno spazio sociale d'integrazione, ma soprattutto un diritto fondamentale del minore.

Il presente contributo è parte di una ricerca internazionale su "Child Welfare Systems and Immigrant Families", condotta in 11 nazioni (Australia/Nuova Zelanda, Belgio/Olanda, Inghilterra, Estonia, Canada, Finlandia, Italia, Germania, Spagna, Norvegia e Stati Uniti) nel 2012. Obiettivo della ricerca è stato quello di analizzare lo spazio dedicato ai minori migranti e alle loro famiglie all'interno del Child Welfare System, confrontandolo anche con le leggi e i servizi previsti per famiglie e minori autoctoni. All'interno di questo confronto, si è cercato di esplorare il ruolo degli assistenti sociali, le caratteristiche della loro pratica quotidiana di servizio e gli spazi di discrezionalità nei quali poteva avere un peso il loro rapporto con la diversità.

Partendo dall'analisi del quadro normativo e delle caratteristiche della presenza straniera in Italia, è stato possibile osservare le caratteristiche del sistema

dei servizi previsti ed attuati per i minori stranieri e le loro famiglie, gli attori principali del processo di accoglienza e gli strumenti sociali offerti per la loro integrazione. Il collegamento con la cronologia delle leggi emanate in materia ha inoltre mostrato come lo spazio di tutela riconosciuto alle famiglie e ai minori sia inversamente proporzionale alla definizione della questione migratoria come problema di sicurezza e di ordine pubblico. La rappresentazione stereotipata degli immigrati, di segno prevalentemente negativo, pesa anche sull'efficacia dei servizi, riflettendosi sull'operato degli addetti ai lavori.

Nel caso specifico dell'Italia, questo studio ha permesso di mettere in evidenza come, nella nostra Nazione, la presenza di un consistente numero di minori stranieri non accompagnati abbia fatto sì che le previsioni normative e l'investimento maggiore nel campo dei servizi si concentrasse specificamente su questi, mentre per i minori stranieri presenti con le famiglie sono stati previsti gli stessi servizi destinati ai minori e alle famiglie italiane senza particolari distinzioni (se non per certi versi nell'ambito scolastico). Solo ultimamente le famiglie immigrate iniziano ad essere soggetti riconosciuti nelle previsioni normative, anche se ancora manca la declinazione di queste ultime nella pratica.

In ogni caso, quali che siano i diritti e i servizi riconosciuti per legge, è emerso evidente come la percezione della diversità culturale da parte degli operatori sociali influenzi i rapporti degli immigrati con il sistema dei servizi. Anzi, si deve sottolineare che le differenze nei percorsi di aiuto si giocano più sulle rappresentazioni della diversità che sulle normative. Da qui l'esigenza di investire di più sulla formazione e sull'aggiornamento degli operatori, per promuovere una piena applicazione delle normative e un più efficace riconoscimento dei diritti dei minori e delle famiglie immigrate.

La prima questione affrontata nelle pagine seguenti è quella dell'ampiezza del fenomeno migratorio in Italia e l'individuazione al suo interno delle caratteristiche eterogenee dei minori stranieri. Prima di presentare la normativa e le politiche sociali dedicate ai minori stranieri, si proverà a sintetizzare i passaggi normativi in tema di migrazione che hanno caratterizzato l'Italia negli ultimi trent'anni, periodo nel quale l'Italia ha definitivamente compiuto il suo passaggio da paese di emigrazione a paese di immigrazione; trent'anni caratterizzati da una alternanza tra periodi politici di apertura all'integrazione e altri centrati sui temi del controllo dell'immigrazione e su un irrigidimento delle prassi di accoglienza che emerge evidente dalle previsioni normative descritte.

Dopo aver esaminato le leggi e le politiche sociali sull'immigrazione, si rifletterà sui servizi sociali e sull'impatto che il fenomeno migratorio ha avuto sulla loro organizzazione, oltre che sulla tutela e i servizi offerti alla nuova utenza. Saranno infine trattate le questioni relative alla qualità dei servizi e alla competenza professionale degli operatori, al loro percorso di formazione e alla sfida presentata all'intero sistema sociale dal radicarsi, ancora recente, dell'esperienza

multiculturale nel nostro Paese<sup>1</sup>, collocando le difficoltà esistenti nel contesto dei servizi all'interno di quello più ampio della previsione normativa e della politica dell'accoglienza e dei servizi per l'integrazione degli stranieri in Italia.

## 2. *Dati sulla presenza dei minori stranieri in Italia*

Prima di descrivere le leggi e i servizi ad essi dedicati, sembra opportuno fare una precisazione terminologica: per minore straniero si intende “minore con nazionalità non italiana” oppure “bambini ed adolescenti coinvolti dai processi di migrazione personalmente o attraverso le relazioni familiari”<sup>2</sup>. In sintesi, rientrano nella categoria dei minori stranieri sia i minori provenienti da Paesi membri UE che quelli cittadini di Paesi non comunitari; sia i minori accompagnati da un genitore o un adulto avente responsabilità principale per la loro cura che i minori non accompagnati; i minori che emigrano volontariamente e i minori vittime di migrazioni forzate, con tutte le innumerevoli situazioni intermedie. Si sottolinea il fatto che in questo ampio e variegato universo, sono inclusi anche i bambini nati in Italia da genitori migranti, i quali - nonostante rappresentino il 13% (1 su 8) di tutti i bambini nati in Italia<sup>3</sup> - a causa della normativa sull'acquisizione della cittadinanza, che segue il principio dello *ius sanguinis* e non quello dello *ius soli*, continuano ad essere “stranieri” per lo Stato italiano.

La sempre più marcata presenza straniera è la vera e più macroscopica dinamica di mutamento nello scenario, altrimenti piuttosto statico, della società italiana. Nell'ultimo decennio, la popolazione straniera è aumentata del 294%: gli stranieri che vivono in Italia sono passati da 1.270.533 a circa 5.011.000 all'inizio del 2012.

L'intera popolazione migrante è sempre più caratterizzata da processi di stabilizzazione: più della metà di loro vive in Italia da più di cinque anni e il 20% sono i proprietari delle case in cui vivono. Il 15% degli immigrati residenti è nato in Italia.

I nuclei familiari con almeno un membro straniero sono 2.074.000 (oltre 8% del totale). Il notevole aumento dei ricongiungimenti familiari riscontrabile negli ultimi anni denota la stanzialità del fenomeno migratorio e, per i gruppi predominanti (Marocco e Albania), la crescente configurazione di progetti migratori familiari.

<sup>1</sup> E. SPINELLI, *Immigrazione e servizio sociale*, Carocci, 2005, Roma.

<sup>2</sup> Save the Children Italia, *I minori stranieri in Italia, L'esperienza e le raccomandazioni di Save the Children*, Roma, 2011, p. 17.

<sup>3</sup> Idos/Caritas Migrantes, *Dossier Statistico Immigrazione 2010*, Roma, 2011, pp. 166-173.

<sup>4</sup> Idos/Caritas Migrantes, *Dossier Statistico Immigrazione 2011*, Roma, 2012.

<i>Tabella 1 : Prospetto riassuntivo dell'immigrazione in Italia - 2011<sup>4</sup></i>		
Popolazione residente totale	60,820,764	Dato provvisorio censimento 2011
Di cui stranieri soggiornanti ExtraUE	3,865,385	Ministero dell'Interno – Istat 2011
Di cui residenti UE	1,334,820	Ministero dell'Interno – Istat 2011
Stranieri regolari stimati	5,011,000	Stima Caritas Migrantes 2011
Incidenza % stranieri sul totale popolazione	8.2	Stima Caritas Migrantes 2011
% donne su totale residenti stranieri	49.5	Stima Caritas Migrantes 2011
Nati stranieri nell'anno 2011	79,587	Stima Caritas Migrantes 2011
Minori stranieri soggiornanti extra UE	867,890	Stima Caritas Migrantes 2011
% minori su totale soggiornanti stranieri extra UE	23.9	Ministero dell'Interno 2011
Minori iscritti a scuola	755,939	Ministero dell'Istruzione 2011
Acquisizioni di cittadinanza	56,001	Stima Istat 2011
Matrimoni con un coniuge straniero	21,357	Caritas su dati Istat 2009
<b>Distribuzione territoriale dei residenti (%)</b>		<b>Dato provvisorio Censimento 2011</b>
Nord Ovest	35.8	
Nord Est	27.6	
Centro	23.8	
Sud	9.0	
Isole	3.8	
Totale	100.0	
<b>Ripartizione delle presenze per continente di origine (%)</b>		<b>Stima Caritas Migrantes</b>
Europa	50.8	
Africa	22.1	
Asia	18.8	
America	8.3	
Oceania	0.0	
Totale	100.0	
<b>Prime cinque collettività</b>		<b>Stima Caritas Migrantes</b>
Romania	997,000	
Marocco	506,369	

Albania	491,495	
Cina	277,570	
Ucraina	223,782	
Totale 5 collettività		50.6% del totale degli stranieri

Per quanto riguarda i minori, si osserva che il loro numero è cresciuto esponenzialmente passando da 277.976 nel 2002 a 993.238 nel 2012. È netta la distinzione tra i luoghi dell'inserimento e i luoghi dell'arrivo, come mostra l'analisi del contesti regionali: il 70,8% di minori appartenenti alla fascia di età 0-14 vive nel Nord Ovest. All'estremo opposto si colloca il Sud Italia. Questo dato riflette lo squilibrio socio-economico esistente tra il Nord e il Sud dell'Italia, a causa del quale anche la popolazione italiana è interessata da processi migratori dal Sud e dalle Isole, caratterizzate da forte disoccupazione ed una economia molto fragile, verso il Nord industrializzato e trainante dal punto di vista dell'economia. Altrettanto quindi avviene per i migranti, per i quali il Sud è un territorio di prima accoglienza e di transito, dal quale poi si spostano verso il Nord alla ricerca di lavoro. La distribuzione territoriale dei minori stranieri, come del resto di tutta la popolazione straniera, mostra una concentrazione nelle aree a maggiore sviluppo economico-produttivo del Paese. Gli stranieri già da alcuni anni fanno fronte in queste regioni alla carenza di forza lavoro, specialmente in quei settori a prevalenza di lavoro manuale a bassa qualificazione nei quali la presenza di lavoratori italiani è sempre più marginale. È da notare, dunque, che la popolazione straniera tende a stabilizzarsi proprio nelle aree del Paese dove fecondità e natalità degli Italiani toccano i valori più bassi, anche se è presumibile che una volta inseritasi stabilmente nel tessuto sociale tenderà ad adeguarsi ai comportamenti riproduttivi degli Italiani.

Sul versante delle provenienze, tra gli infraquattordicenni spiccano i marocchini (19,2%) e gli albanesi (16,1%), seguiti dai cinesi (8,3%). Il dato si lega all'anzianità migratoria di questi gruppi così pure come alla presenza di famiglie all'interno di tali comunità.

Importanti ma meno rappresentati sono i filippini, i peruviani, gli ecuadoregni e i moldavi. Provenienze vecchie e nuove, dove i minori sono più numerosi nella fascia di età 15-17, dal momento che si tratta per lo più di catene migratorie al femminile, nel caso delle quali la presenza scarsa di infraquattordicenni si spiega con le difficoltà lavorative delle madri e con una debole rete parentale. Viceversa è numericamente significativa la presenza di adolescenti, ormai pensati come soggetti in grado di badare a loro stessi e fatti ricongiungere dalle madri.

Tra i minori stranieri, 7.370 sono stati registrati e presi in carico dai servizi sociali nel 2012 come minori non accompagnati. Sono perlopiù maschi (91,7% contro l'89,7% del 2008) poco sotto la maggiore età (il 55% ha 17 anni), prove-

nienti soprattutto da Afghanistan (16,8%), Bangladesh (11%), Albania (10%), Egitto (8,7%), Marocco (8,7%) e Kosovo (5,9%).

Un richiamo infine va fatto per i minori che entrano in Italia per adozione, per evidenziare il consolidamento degli arrivi dall'Est dell'Europa (provengono dalla Russia il 12,9% e dalla Bielorussia il 12,6% dei bambini), ma anche l'avanzare delle adozioni dal Marocco (7,4% sul totale dei permessi di soggiorno per adozione).

In Italia esistono vari sistemi per registrare la presenza dei minori stranieri in Italia, che rilevano con procedure diverse le presenze effettive sul territorio. Per avere quindi un'idea della consistenza e delle caratteristiche del fenomeno dei minori stranieri è opportuno analizzare più fonti e incrociare i dati dei differenti sistemi di registrazione dei minori stranieri presenti in Italia<sup>5</sup>. Inoltre, vi sono sistemi informativi diversi nei territori per la registrazione delle pratiche burocratiche necessarie a regolare la presenza dei cittadini stranieri. Le banche dati dei diversi soggetti preposti al censimento e alla tutela dei minori stranieri, se attivate, non sempre dialogano tra loro, motivo per cui per cui è necessario tenere in conto tutte le principali fonti informative e della tipologia di dati prodotti.

*Tabella 2 - Principali fonti statistiche sulla presenza dei minori stranieri in Italia<sup>6</sup>*

Fonte statistica	Gruppo di minori sui quali si sono rilevate informazioni
Registri anagrafici comunali Ministro dell'Istruzione	Minori residenti; informazione elaborata e pubblicata dall'ISTAT (demoistat) Iscritti nelle scuole
Ministero dell'Interno Ministero del lavoro e delle politiche sociali	Minori con permesso di soggiorno; informazione elaborata e pubblicata dall'istat (demoistat) Segnalazioni di minori stranieri non accompagnati - comitato per i minori stranieri
Ministero dell'Interno dipartimento per le pari opportunità	Minori non accompagnati richiedenti protezione internazionale Minori vittime di tratta che rientrano nei percorsi di assistenza (ex art. 18 del dlgs 286/1998)

È in crescente aumento anche la popolazione scolastica di origine straniera: le nazionalità rappresentate nella scuola italiana sono 188 e presentano differenze intrinseche che, da un canto possono essere viste come un contributo innovativo al contesto socio-scolastico, mentre dall'altro presentano bisogni specifici che gravano sull'organizzazione delle scuole. Se si esamina questo mondo eterogeneo

<sup>5</sup> SAVE THE CHILDREN ITALIA, *I minori stranieri in Italia. Identificazione, accoglienza e prospettive per il futuro*, Roma, 2009.

<sup>6</sup> SAVE THE CHILDREN ITALIA, *I minori stranieri in Italia, L'esperienza e le raccomandazioni di Save the Children*, Roma, 2011, p. 14.

con alcuni esempi, si può notare che ci sono 126.441 romeni, 99.421 albanesi e 92.620 marocchini: questo primo gruppo di studenti rappresenta, rispettivamente, il 17,8%, il 14% e il 13% del totale degli studenti non-italiani. In misura molto minore si trovano i cinesi (32.698 e 4,6%), quindi due gruppi con 20.000 studenti (Moldova e India), altri due con 19.000 (Filippine ed Ecuador), uno con 18.000 studenti (Tunisia), tre con 17.000 (Ucraina, Macedonia e Perù), Pakistan con 14.000 studenti e altri due gruppi con 11.000 studenti (Serbia ed Egitto).

*Tabella 3: Alunni con cittadinanza non italiana per livello scolastico a.s. 2001/12<sup>7</sup>*

	Totale iscritti	% totale iscritti
Infanzia (3-6 anni)	156,701	9.2
Primaria (6-11)	268,671	9.5
Secondaria I grado (11-14)	166,043	9.3
Secondaria II grado (14-18)	164,524	6.2
Totale iscritti	755,939	8.4

Recentemente, l'aumento è stato più alto nelle scuole dell'infanzia, a causa delle nuove nascite, e nella scuola superiore a causa dei ricongiungimenti familiari e della crescente età dei figli di immigrati già iscritti a scuola.

Per quanto riguarda le nascite in Italia, l'incidenza dei bambini con madre straniera tende ad essere un quinto del totale: su 561.544 nascite registrate nel 2010, I nati con due genitori stranieri sono stati 78.000 e quelli con almeno un genitore straniero 24.000, con un'incidenza complessiva del 18,8% sulle nuove nascite. I bambini con due genitori stranieri sono stati 7.000 nel 1993, il doppio nel 1998, il triplo nel 1999, sette volte di più nel 2004 e più di dieci volte di più nel 2010. A loro volta, si stima che i minori riuniti con le loro famiglie, con uno o entrambi i genitori già residenti in Italia, costituiscano 40.000 casi all'anno.

### 3. *Normative e politiche sociali tra accoglienza e contenimento*

Fino a metà degli anni Novanta le normative nazionali in tema di immigrazione hanno adottato misure di emergenza finalizzate principalmente a regolarizzare le presenze, lasciando, però, i diritti dello straniero immigrato indefiniti. In questi anni, infatti, l'immigrazione viene percepita come problema sociale e l'immigrato viene visto solamente come forza lavoro.

Tra le norme emanate in Italia, ve ne sono state alcune che hanno aperto spiragli di integrazione, riconoscendo ai cittadini stranieri presenti nel nostro Pa-

<sup>7</sup> MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, *Report Ottobre 2012*, Servizio Statistico, Roma, 2012, p. 8.

ese importanti diritti: è il caso della L.40/98 e del Testo Unico sull'immigrazione emanato con Decreto legislativo n. 286 "Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", con i quali viene introdotto il diritto dell'assistenza sanitaria a tutti gli stranieri immigrati, regolari, irregolari e clandestini, e viene affermato il diritto da parte dell'immigrato a sviluppare le sue possibilità di inserimento senza smarrire l'eredità culturale delle sue origini.

Tali documenti mostrano i notevoli passi avanti compiuti in Italia in materia di immigrazione e in essi è possibile individuare notevoli segni di apertura che consentirono all'Italia di affacciarsi allo scenario europeo in termini paritetici e quindi la definitiva inclusione al sistema Schengen. Molto avanzate sono le norme relative all'integrazione sociale (art.42 T.U.). Di rilievo è il fatto che lo straniero non venga più considerato come una semplice entità economica ma un soggetto sociale coinvolto in relazioni familiari e fruitore di diritti che ne salvaguardano la dignità personale.

Di notevole interesse per le politiche sociali familiari risulta il titolo V del decreto legislativo 286/98 intitolato "Diritto all'unità familiare e tutela dei minori". Infatti, prima del 1998 non esisteva il "diritto all'unità familiare" ma un semplice "interesse legittimo" che le diverse norme succedutesi nel tempo disciplinavano; nel 1998, con il D.Lgs. n. 286/98, l'unità familiare diventa un diritto e si ampliano le condizioni per il relativo esercizio con una attenzione, tra l'altro, alla "famiglia allargata" e ai relativi diritti che i familiari potrebbero esercitare una volta ricongiunti in Italia. Si occupa anche dell'assistenza sanitaria e sociale, dell'educazione e della prima e seconda accoglienza. Particolare tutela è prestata ai minori (art.29) ai quali è garantito il diritto all'istruzione a prescindere dallo status giuridico: il diritto all'istruzione è riconosciuto a tutti i minori presenti anche a titolo irregolare.

Questa apertura è stata però negli anni ridimensionata (fino quasi ad una chiusura di fatto) dalle disposizioni successive, in particolare della L. 189 del 2002 e della L. 94 del 2009: il fenomeno migratorio è considerato meramente come una questione di ordine pubblico, per cui l'obiettivo che attraverso essa si realizza è quello di ostacolare fortemente l'ingresso in Italia, penalizzando quindi i percorsi di ricongiungimento familiare, l'accesso ai servizi sociali e pubblici (alloggi), l'irrigidimento delle prassi relative all'asilo politico.

A prevalere è l'opinione diffusa (e abbastanza miope) che il vantaggio apportato dai lavoratori stranieri all'economia italiana, in termini di mano d'opera a costo ridotto e di contribuzione per il sistema previdenziale, sia ridotto dalla presenza di membri familiari non produttivi che, una volta regolarmente presenti, hanno diritto ad accedere ai servizi pubblici quali l'istruzione e la sanità, aumentando i costi della spesa pubblica. Pesa al riguardo un ragionamento utilitaristico: il migrante più vantaggioso e funzionale per la società ricevente è quello solo,

sano e attivo nel mercato del lavoro, non quello che comporta costi sociali per l'educazione, la salute e l'accoglienza abitativa dei familiari<sup>8</sup>.

Nel 2012 si è registrato un importante passaggio culturale con l'approvazione del Piano Nazionale per la Famiglia, giugno del 2012 da parte del Consiglio dei Ministri, che dedica un capitolo alla tutela specifica delle famiglie immigrate e al loro inserimento nel tessuto sociale, attraverso:

- Servizi informativi per le famiglie immigrate: Istituzione di un servizio locale specializzato nell'affrontare i problemi delle famiglie immigrate dal punto di vista delle informazioni e orientamenti generali per l'utilizzazione dei servizi personali e generali di welfare; tale centro servizi potrà trovare spazio in servizi già esistenti, come i Centri per le Famiglie. Tali importanti funzioni dovranno essere assicurate attraverso la presenza di operatori adeguatamente formati, allo scopo di agevolare il rapporto dei cittadini stranieri con enti ed istituzioni, facilitare l'accesso ai servizi ed il percorso all'interno di essi, gestire la presa in carico di persone straniere.

- Misure residenziali per le famiglie immigrate: adozione di misure idonee a sostenere le famiglie immigrate, particolarmente con minori a carico, nel reperimento di alloggi – anche temporanei – e nella ricerca dell'autonomia e dell'inserimento sociale.

- Corsi di lingua italiana per immigrati: corsi di lingua italiana in collegamento con le scuole locali e azioni di integrazione famiglia-scuola per i figli di immigrati, con il coinvolgimento degli istituti scolastici, dell'associazionismo e del terzo settore.

- Collegamenti con le reti associative familiari italiane: Collegamenti con le realtà associative delle famiglie italiane operanti sul territorio, in modo da creare un ambiente favorevole all'accoglienza e alla partecipazione ad attività di mutuo sostegno.

- Attivazione di spazi consultoriali per le donne immigrate: attivazione di spazi interni ai servizi istituzionali per svolgere funzioni di consultorio utili alle donne immigrate e ai loro bambini, al fine di far superare barriere culturali e sociali.

Le famiglie immigrate con regolare permesso di soggiorno possono usufruire di tutti i servizi sociali personali previsti nel presente Piano per i cittadini italiani. Nei loro confronti, il Piano adotta un criterio di inclusione sociale di carattere interculturale, che si ispira al pluralismo sociale e rispetta le differenti culture entro i limiti dei principi costituzionali e dell'ordinamento giuridico italiano.

La problematica abitativa viene messa in evidenza per il valore particolare che ha per gli immigrati, in quanto significa salvaguardare il principio dell'unità familia-

---

<sup>8</sup>M. AMBROSINI, *Introduzione. Separate e ricongiunte. Le famiglie migranti attraverso i confini*, in "Mondi Migranti", a. 3, n. 1, 2009, pp. 37-44.

re, sia per ottenere il permesso di soggiorno che per il ricongiungimento familiare.

È la prima volta che nel nostro Paese viene adottato uno strumento contenente linee di indirizzo omogenee in materia di politiche familiari, garantendo centralità e cittadinanza sociale alla famiglia. Approvati questi principi, si dovrà nel prossimo futuro procedere ad una revisione e ad un miglioramento del sistema di welfare per la famiglia, in attesa del quale saranno vigenti, con i loro limiti, le norme emanate in precedenza.

L'irrigidimento delle previsioni per la concessione del permesso di soggiorno, le condizioni stabilite per il permesso per lavoro, l'introduzione del reato di immigrazione clandestina, mostrano la volontà politica del governo non solo di rendere difficile un radicamento dell'immigrato/a nella realtà italiana. "Si tratta di un progetto che propone esclusione al posto di inclusione, disuguaglianza al posto di uguaglianza, ospitalità in luogo di cittadinanza. Le impronte digitali ne sono il simbolo nei termini in cui si tenta di rimandare all'opinione pubblica l'idea che gli immigrati sono potenzialmente dei "delinquenti" da tenere sotto controllo"<sup>9</sup>.

A parte dunque un breve periodo di apertura e di impegno politico, che si è trasformato anche in un fiorire di servizi finalizzati all'integrazione degli stranieri a più livelli, a partire dagli anni 2000 l'Italia ha seguito la linea di politiche migratorie tese più a plasmare i flussi che a includerli, spinta anche dal contesto europeo, chiamata a condividere politiche di controllo per gli immigrati<sup>10</sup> lasciando ai diversi attori e livelli locali l'implementazione di azioni e iniziative inclusive (Tognetti Bordogna, 2005).

I diritti essenziali dei migranti (in particolare quelli relativi all'unità familiare, all'accesso ai servizi, alle cure mediche) che erano stati in un primo momento riconosciuti, in un secondo tempo sono stati sempre più trascurati.

#### 4. *Conseguenze sulla protezione dei diritti dei minori*

L'Italia riconosce al bambino lo status di possessore di diritti, come individuo e all'interno della famiglia e della comunità nella quale vive, cresce e matura. Questo impegno è stato rafforzato mediante la partecipazione ad altri strumenti giuridici internazionali per la prevenzione e la repressione della violenza contro i bambini.

Lo Stato Italiano ha l'obbligo di assicurare la piena protezione di tutti i minori da ogni forma di abbandono, abuso, violenza e sfruttamento secondo gli artt. 19, 32, 34, 35 e 36 della CRC.

<sup>9</sup> E. SPINELLI, *Immigrazione e razzismo. Ostacoli a una "buona pratica" di Servizio Sociale*, in "Risorse" anno V n.2, 2002, p. 1.

<sup>10</sup> G. SCIORTINO, *Towards a political sociology of entry policies: conceptual problems and theoretical proposals*, in "Journal of Ethnic and Migration Studies", 26/2, 2000, pp 213-228.

Con riferimento specifico ai minori stranieri, l'Italia garantisce loro la titolarità di tutti i diritti sanciti nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, ove è affermato che in tutte le decisioni riguardanti i minori deve essere tenuto prioritariamente in conto il superiore interesse del minore. In particolare in Italia ai minori stranieri sono riconosciuti il diritto all'istruzione, all'assistenza sanitaria, al collocamento in un luogo sicuro, all'apertura della tutela quando i genitori non siano in condizioni di esercitare la potestà genitoriale, all'affidamento se privi di un ambiente familiare idoneo e all'unità familiare.

Alla fine degli anni Novanta era stato costituito il Comitato permanente per i minori stranieri, con il compito di vigilare sulle modalità di soggiorno dei minori (di età superiore a 6 anni) stranieri temporaneamente ammessi sul territorio dello Stato italiano, di coordinare le attività delle varie amministrazioni interessate e di tutelare i diritti dei minori stranieri. Il successivo Decreto Legislativo 113/1999 aveva attribuito al Comitato per i minori stranieri le responsabilità dell'adozione del provvedimento di "rimpatrio assistito" del minore straniero non accompagnato e, più in generale, le competenze relative alle modalità di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati da parte dei servizi sociali degli enti locali; alle soluzioni praticabili, di accoglienza, di rimpatrio assistito, di ricongiungimento familiare nel paese di origine. Tale Comitato è stato soppresso con il Decreto sulla Spending Review Decreto legge n. 95/2012, convertito con modificazioni nella L. n. 135/2012. Le funzioni del Comitato sono state trasferite alla Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione presso lo stesso Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nel quale era incardinato il Comitato.

Come si può vedere, negli anni c'è stata alternanza di restrizioni ed estensioni dei diritti all'unità familiare, attraverso la modifica delle condizioni di legge: piuttosto che valorizzare il ricongiungimento familiare come fattori di integrazione e stabilizzazione, le politiche più recenti mettono in evidenza (strumentalmente) solo i costi e i problemi che il ricongiungimento pone in termini di interventi e servizi, piuttosto che affrontare in modo costruttivo le politiche e i cambiamenti sociali di cui hanno bisogno. Come abbiamo visto, le leggi emanate dai diversi governi sono state sempre meno favorevoli alla presenza nel territorio e alla piena integrazione dei cittadini stranieri.

Al momento attuale, infatti, le politiche migratorie tengono le famiglie in condizioni di grande precarietà, in particolare quelle che incontrano difficoltà nella regolarizzazione della loro presenza, o i cui permessi di soggiorno vengono rinnovati difficilmente a causa dell'inasprimento delle regole di permanenza. Questo ad esempio genera nei bambini un'incertezza anche riguardo alla possibilità di poter continuare il loro percorso scolastico nell'anno successivo. L'art. 31 del Testo Unico sull'immigrazione, in cui il Tribunale per i Minorenni, nell'esclusivo interesse del bambino, autorizza il genitore straniero irregolare a risiedere temporaneamente in Italia. Tale norma però prevede, per il minore e la sua fami-

glia che nel frattempo ha avviato un processo di inserimento e di integrazione socio-culturale, di dover affrontare un vero e proprio procedimento di espulsione, al termine del tempo stabilito.

Questa tensione tra le norme di protezione del minore e le politiche di contenimento dell'immigrazione è stata messa in luce dagli ultimi dispositivi legislativi adottati in materia di immigrazione irregolare. Ad esempio, in Italia lo straniero non-comunitario si trova in una situazione paradossale, per cui da un lato la legge gli impone il dovere di adempiere all'obbligo scolastico per i figli minori a prescindere dalla situazione giuridico amministrativa della propria presenza. Dal lato opposto, la stessa legge costringe lo straniero non regolarmente presente a rivelare la condizione propria e della sua famiglia quali soggetti "clandestini". Con il risultato di un'espulsione dall'Italia per avere chiesto di adempiere all'obbligo di legge di dare istruzione ai propri figli.

Infine, occorre ricordare che in merito alle disposizioni dell'articolo 31 del T. U. che investono il Tribunale per i minorenni della competenza ad adottare i provvedimenti utili alla migliore assistenza del minore, inclusi gli atti necessari all'ingresso o permanenza del familiare ai provvedimenti di espulsione, essi sono temporanei e legati alle concrete esigenze di assistenza del minore. Terminate queste esigenze resterebbe oggettivamente accertata la condizione di irregolarità, con il conseguente avvio della procedura diretta all'espulsione che potrebbe riguardare anche il minore, unitamente ai suoi familiari. Anche se questa procedura non è affatto automatica, in quanto l'ordinamento italiano ammette l'ipotesi che le esigenze di assistenza del minore siano soddisfatte anche separatamente dalla famiglia di origine. Con il paradosso che in questi casi, l'esigenza di dare la necessaria assistenza e assicurare l'integrità del minore potrebbe condurre alla separazione dai genitori, con l'espulsione di questi ultimi e l'assistenza coatta al minore in stato di necessità.

Altra questione significativa è quella dell'accesso ai servizi sanitari: il tema della salute degli immigrati è stato ignorato nell'ultimo Piano sanitario nazionale<sup>11</sup>. Inoltre, proposte specifiche di politiche sanitarie migliorative espresse da rappresentative società scientifiche non sono state prese in considerazione. In ambito locale, con il progressivo decentramento amministrativo, particolarmente avanzato nel campo della sanità, si registra una forte disomogeneità anche nell'applicazione delle normative nazionali in ambito di accessibilità dei servizi sanitari da parte dei minori stranieri e delle loro famiglie, cosa che si ripercuote sulle loro condizioni di salute<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Istat/Idos, *Comunicare l'immigrazione*, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Roma, 2012.

<sup>12</sup> S. GERACI, M. BONCIANI, *Normativa sull'assistenza in gravidanza e nel puerperio per le straniere*, in L. LAURIA, S. ANDREOZZI (a cura di), *Percorso nascita e immigrazione in Italia: le indagini del 2009*, Rapporti Istituzionali 11/12, Roma, 2011, pp. 48-62.

In particolare sulla nascita si sono concentrati i maggiori studi e in tutti si evidenziano esiti peggiori tra gli stranieri: prevalenza di nati pretermine, di nati con basso peso e di punteggio Apgar a 5 inferiore a 8 (indice di sofferenza neonatale) anche un eccesso di natimortalità<sup>13</sup>. L'analisi delle Schede di Dimissione Ospedaliera (SDO) evidenzia come la maggior parte dei ricoveri ordinari pediatrici (0-14 anni) avvengano nella classe di età al di sotto dei 5 anni (come per altro anche tra i minori italiani) e siano l'8,9% sul totale dei ricoveri pediatrici per minori con i genitori provenienti da Paesi a forte pressione migratoria (PFPM) regolarmente residenti, e lo 0,7% per i non residenti (presumibilmente figli di immigrati irregolari)<sup>14</sup>.

Le leggi in vigore (L. 66 del 1996; Legge n.269 del 1998; L. 38 del 2006) si applicano tanto ai minori italiane che a quelli stranieri, con una particolare attenzione nel caso di questi ultimi.

Il legislatore italiano, in attuazione degli impegni internazionali ed europei assunti in tema di protezione dei minori, è intervenuto a vari intervalli di tempo, creando una fitta ed ampia rete di disposizioni a tutela dei minori da violenze e abusi.

In materia di immigrazione rinvii espliciti all'interesse preminente del fanciullo sono rinvenibili nel D.P.R. 13 maggio 2005, *Approvazione del documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato*, per il triennio 2004-2006, pubbl. in GU 22 luglio 2005, n. 169, s.o.; nella L. 9 gennaio 2006, n.7, *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*; e nel D.M. 17 dicembre 2007 *Linee guida destinate alle figure professionali che operano con le comunità di immigrati provenienti da Paesi dove sono effettuate le pratiche di mutilazione genitale femminile per realizzare una attività di prevenzione, assistenza e riabilitazione delle donne e delle bambine già sottoposte a tali pratiche. Tali testi contengono le misure necessarie a prevenire, contrastare e reprimere le pratiche di mutilazione genitale femminile, definite quali violazioni dei diritti fondamentali all'integrità della persona e alla salute delle donne e delle bambine*.

Il diritto alla protezione da ogni sfruttamento rischia di essere non sempre adeguatamente tutelato nei confronti dei minori stranieri. E questo non tanto sul piano delle leggi che vi sono e sono anche adeguate, basti pensare alla legge sullo sfruttamento sessuale, quanto perché di fronte a soggetti spesso invisibili e privi

<sup>13</sup>L. LAURIA, S. ANDREOZZI (a cura di), *Percorso nascita e immigrazione in Italia: le indagini del 2009*, Rapporti Istituzionali 11/12, 2011, p. 115.

<sup>14</sup>S. GERACI, *Politica, migrazioni e salute. A farne le spese sono i più piccoli*, [www.saluteinternazionale.info](http://www.saluteinternazionale.info); Ministero della salute/Agenas; elaborazioni a cura dell'Osservatorio Diseguaglianze della Regione Marche, 2009. Sul tema cfr. anche i rapporti *Osservasalute*, disponibili on line, che contengono dati esaustivi in particolare sui temi della salute degli immigrati, sulle nascite da genitori stranieri e sulla mortalità infantile e neonatale.

di naturali reti di protezione diviene estremamente difficile, da una parte identificare esattamente le situazioni di sfruttamento e dall'altra attuare interventi mirati ed efficaci, specie se manca la collaborazione delle vittime.

La contraddizione tra le politiche di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza e quelle di controllo dell'immigrazione provoca un mancato riconoscimento di alcuni diritti fondamentali, sia a livello dell'implementazione delle politiche di protezione del minore, sia soprattutto nell'effettivo godimento e fruibilità di tali diritti da parte dei minori stranieri. In altre parole, al minore straniero non viene negato tanto il diritto sancito dalla legge, ma piuttosto vengono innalzati sia i livelli di accesso ai diritti sanciti, agendo sui requisiti di ammissione, sia i meccanismi di erogazione dei benefici connessi a questi diritti. In questo modo, le politiche di immigrazione rendono difficile l'accesso e la fruibilità di questi diritti da parte del minore e della sua famiglia.

Connessa a questo trend sfavorevole è la resistenza ad approvare una modifica della legge di cittadinanza che faccia salvi i diritti dei bambini nati in Italia. L'attuale normativa rende estremamente difficoltoso per tutti gli stranieri l'acquisizione della cittadinanza italiana. Tale esclusione risulta ancor più grave per tutti i minori nati in Italia o arrivati da piccoli: l'attuale normativa non riconosce i legami sociali e culturali che questi minori hanno con il nostro paese ma anzi li costringe a vivere formalmente da stranieri sino al raggiungimento della maggiore età, rischiando così di compromettere il loro futuro processo di integrazione e di inserimento sociale.

Per quanto riguarda la tutela da discriminazione e razzismo, va sottolineato come oggi in Italia gli stranieri (migranti, richiedenti asilo e le popolazioni Rom / Sinti<sup>15</sup>), insieme ad alcune vecchie minoranze nazionali come gli ebrei costituiscono oggi le vittime preferiti degli atti di razzismo e discriminazione a sfondo razzista. La tutela attraverso il codice penale risulta di difficile accesso e spesso poco efficace contro gli atti di razzismo<sup>16</sup>. Le norme contro gli atti di discriminazione sulla base dell'origine etnica, razziale, la religione, lingua o nazionalità introdotte nella legge sull'immigrazione nel 1998 e dalle norme seguenti (Decreto 215/03, Art. 1 e Decreto 216/03, Decreto Legislativo 150/2011, Art. 28) cominciano ad essere applicate, seppur limitamente.

##### 5. *Riconoscimento dei diritti e accesso ai servizi*

L'organizzazione dei servizi sociali e l'intervento in materia di immigrazione va letto alla luce di quanto già descritto sull'evoluzione della normative e sulle po-

<sup>15</sup> M. MANNOIA, *Zingari. Che strano popolo*, XL Edizioni, Roma, 2007.

<sup>16</sup> F. VASSALLO PALEOLOGO, *RAXEN National Focal Point Italy. Analytical Report on Legislation*, Cooperation for the Development of Emerging Countries, European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, Vienna, 2004.

litiche sociali degli ultimi trent'anni. Gli interventi nel settore socio-assistenziale paiono oggi in Italia improntati (sotto tutti gli aspetti: legislativo, programmatico, empirico) ad una sempre maggiore residualità. Proprio nel momento in cui aumenta la domanda qualitativa e quantitativa dei servizi (per i mutamenti sociali in atto), paradossalmente la crisi economica dello Stato e degli Enti Locali porta ad una progressiva riduzione dei servizi stessi<sup>17</sup>.

Fino a metà degli anni Novanta le normative nazionali adottano misure di emergenza finalizzate principalmente a regolarizzare le presenze, lasciando, però, i diritti dello straniero immigrato indefiniti: sono state le associazioni del volontariato sia religioso che laico, in questi anni, ad assumere un ruolo attivo di assistenza; di conseguenza gli interventi sociali furono caratterizzati da una logica di straordinarietà e le attività concentrate sulla prima accoglienza abitativa, l'alfabetizzazione e il lavoro.

L'assenza di un disegno organico a livello centrale e l'autonomia riconosciuta alle Regioni, le Province e i singoli Comuni portano questi stessi a diventare promotori di azioni e di servizi anche innovativi, che però ha conosciuto profonde diversificazioni a seconda delle scelte politiche locali in tema di immigrazione.

Partendo dalla distinzione dei servizi socio-assistenziali nelle due grandi categorie di servizi in natura (assistenza in istituti, asili nido, erogazioni e provvidenze diverse quali cibo e vestiario) e in denaro (pensioni ecc.), si osserva che i trasferimenti monetari vengono gestiti prevalentemente dallo Stato o da enti nazionali di previdenza sociale (INPS) mentre gli enti locali sono i principali erogatori di servizi in natura.

Per gli immigrati sono identificabili due livelli: gli interventi di assistenza sociale e quelli di sostegno all'integrazione. I primi si riferiscono ai piani di intervento socio assistenziale nazionali e regionali e sono di competenza dei servizi sociali centrali e decentrati; i secondi sono, invece, regolati dalle leggi sull'immigrazione.

Nel nostro sistema di welfare le prestazioni dei Comuni si sono differenziate nel corso degli anni anche in relazione alle varie riforme dei servizi sociali subentrate alla fine degli anni Novanta. Secondo il dettato della Legge Quadro in materia (L.328 del 2000), gli interventi sociali sono erogati dai Comuni, all'interno di un'organizzazione locale di interventi e servizi sociali integrata con le Aziende Sanitarie, che organizzano ed offrono i servizi sanitari.

Dipendendo radicalmente dal livello locale, le prestazioni sociali vengono condizionate anche dalla volontà politica e sociale degli amministratori pubblici locali, in assenza di una uniformità e una chiarezza legislativa e operativa sui luoghi e modalità di erogazione dei servizi: le ricerche mostrano, infatti, come negli anni i Comuni abbiano avuto differenti modalità di intervento per la popolazione immigrata presente sul proprio territorio, in relazione anche alla cultura cittadina di programmazione e gestione dei servizi sociali<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> M. FERRERA (a cura), *Le politiche sociali*, Il Mulino, Bologna, 2012.

<sup>18</sup> E. SPINELLI, *Immigrazione ... op. cit.*, p. 58)

Anche sul versante dei servizi di protezione del minore, si rileva una grande eterogeneità degli assetti organizzativi adottati nelle varie parti d'Italia per la tutela dei minori tanto italiani quanto per quelli stranieri<sup>19</sup>. Il Tribunale per i Minorenni interviene per proteggere e tutelare il minore: il suo intervento è finalizzato ad evidenziare le condizioni di pregiudizio in cui si trovano i minori e a ripristinare il loro benessere esplicitando gli interventi di sostegno e legittimando l'operato dei Servizi Sociali. Tuttavia, la collaborazione tra il Tribunale per i minorenni e i servizi sociali territoriali viene appesantita dalla differenza delle fonti normative di riferimento (nazionali per l'ambito giudiziario e regionali/locali per i servizi)<sup>20</sup>.

Accanto ai servizi di emergenza sorti per la prima accoglienza dei migranti sorgono sempre più numerose altre strutture: alcune organizzate come quelle territoriali ma di fatto aperte solo a stranieri (esempio i consultori per donne immigrate); altre aperte a tutta la popolazione che rispondono ai bisogni di singoli e famiglie appartenenti a culture non solo diverse da quella autoctona ma anche molto diverse tra loro. Tuttavia, in assenza di un quadro normativo chiaro e la definizione di standard minimi di intervento a livello nazionale, è arduo per i singoli comuni attuare politiche locali in grado di rispondere ai bisogni molto differenziati, quali sono quelli delle famiglie e dei minori stranieri, offrire risposte diversificate, e allo stesso tempo governare la spesa con interventi selettivi e mirati.

Per quanto riguarda specificamente i minori, si può osservare che il tipo di intercettazione e il successivo iter di inserimento sociale influiscono sul genere di percorso attivato e sulla visibilità del minore straniero, che sia accompagnato o non accompagnato, comunitario o non comunitario, all'interno del sistema di welfare.

La popolazione straniera minorile presente può essere sommariamente classificata in base alla posizione amministrativa. Quindi, possiamo registrare una componente:

- regolare e stabile, includente tutti i minori stranieri presenti e iscritti nei registri anagrafici dei Comuni;
- regolare, in cui sono compresi tutti i minori stranieri muniti di permesso di soggiorno ma non iscritti nei registri anagrafici;
- infine, una terza componente che comprende tutti i minori stranieri privi del permesso di soggiorno e dell'iscrizione anagrafica relativa alla residenza.

Esistono poi i minori stranieri che entrano in Italia in maniera regolare, ma restano oltre la scadenza dell'autorizzazione all'ingresso senza rinnovarla o convertirla in permesso di soggiorno, i cosiddetti *overstayer*. Come pure può accadere che i minori stranieri passino dalla condizione regolare a quella irregolare, at-

<sup>19</sup> CISMAL, *Maltrattamento e mal-trattamenti sui bambini e sugli adolescenti*, Milano 2009.

<sup>20</sup> T. BERTOTTI, *Servizi per la tutela dei minori: evoluzione e mutamenti*, in "Autonomie Locali e servizi sociali", Il Mulino n°2/2010, pp. 230-231.

traverso la perdita del permesso di soggiorno, come accade ai minori che sono registrati sui permessi di soggiorno dei genitori, dei quali - per forza di cose - condividono il destino.

La discriminante è il titolo della loro presenza in Italia: se presenti legalmente con genitori, o con parenti che hanno potestà genitoriale, sono di competenza dei servizi che si occupano dei minori italiani e delle loro famiglie (assistenza domiciliare, assistenza economica, affidamento in famiglia o in comunità in assenza di nucleo familiare adeguato, ecc.).

In quanto iscritti nel permesso di soggiorno dei genitori, avranno accesso al servizio sanitario nazionale e ai vari servizi sociali ed educative territoriali, pur se con una limitazione ai servizi assistenziali, in particolare alla erogazione di prestazioni economiche: possono godere di tali benefici economici solo se i genitori siano titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno non inferiore ad 1 anno (ex art. 41 T.U. 286/98). Se invece i genitori sono irregolari avranno accesso soltanto ad alcuni servizi sanitari essenziali e all'istruzione.

Inoltre, va specificato che in Italia è prevista una procedura operativa di accoglienza diversificata per nel caso di minore straniero non accompagnato (MSNA, minore rifugiato o richiedente protezione internazionale; minore vittima di tratta)<sup>21</sup>. Per costoro è prevista l'assegnazione di un Tutore, l'accoglienza in comunità e un accompagnamento per un progetto di integrazione sociale ed educativa. Queste categorie godono di alcune particolari forme di protezione :

- minore straniero non accompagnato (MSNA); ogni minore “non avente cittadinanza italiana o di altri stati membri dell'UE che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova per qualsiasi causa sul territorio dello Stato 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”. (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 dicembre 1999, n. 535, art. 1 comma 2). Sono quindi esclusi i minori richiedenti protezione internazionale e i minori separati da entrambi i genitori che hanno cittadinanza in un Paese UE.
- minore rifugiato; ogni minore che, temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del suo paese di origine e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo paese, oppure se apolide si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale e per lo stesso timore non può o non vuole farvi ritorno (art. 1 della Convenzione sullo Status dei Rifugiati 1951). Un minore richiedente protezione internazionale è un minore

---

<sup>21</sup> Save the Children Italia, *I minori stranieri in Italia.. op. cit.*

che richieda il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della suddetta definizione o della protezione sussidiaria (art. 2 Direttiva 2004/83/ CE).

- minore vittima di tratta; ogni minore che è reclutato, trasportato, trasferito, ospitato o accolto a fine di sfruttamento, sia all'interno che all'esterno di un paese, anche senza che vi sia stata coercizione, inganno, abuso di potere o altra forma di abuso.

Fra gli adolescenti un sottogruppo specifico (per caratteristiche e condizioni giuridiche) è composto dai minori stranieri non accompagnati, adolescenti su cui l'intervento di accoglienza, assistenziale e di promozione dell'inserimento, realizzato dagli enti locali, continua ad essere decisivo. Tra il 2009 e il 2010 sono stati 845 i Comuni (il 14,2%) che hanno dichiarato di aver preso in carico un minore straniero non accompagnato, per un totale di 10.467 accolti: 5.879 nel 2009 e 4.588 nel 2010<sup>22</sup>. Per quanto riguarda la distribuzione territoriale, più della metà dei minori stranieri non accompagnati arrivati in Italia nel 2010 (pari quasi al 56% del totale) si è concentrata nei Comuni di Lazio, Emilia Romagna, Lombardia e Puglia. Queste sono, infatti, le realtà locali che hanno maggiormente investito sull'accoglienza dei minori non accompagnati, destinando a questo obiettivo una consistente parte del loro bilancio sui servizi sociali. L'autonomia che in Italia è riconosciuta ai Comuni rende, infatti, discrezionale l'ampiezza e la destinazione dei servizi sociali offerti. Appare qui necessario ricordare che l'organizzazione dei servizi sociali in Italia presenta caratteristiche di forte disomogeneità da Regione a Regione, come pure tra Comuni. In tema di servizi socioassistenziali, vige in Italia il decentramento politico amministrativo a livello regionale. Le Regioni a loro volta delegano le funzioni amministrative in materia di assistenza agli Enti Locali (Province, Comuni o altri enti locali)<sup>23</sup>. Esiste quindi una profonda frammentazione sotto il profilo legislativo ed assistenziale nella programmazione e nella realizzazione degli interventi. È questo scenario da tenere presente per leggere le politiche sociali per gli stranieri, e in particolare per i minori.

Di fatto la coesistenza di vari servizi sembra indicare più un tentativo di affrontare le molteplici situazioni di bisogno in base alle risorse sul territorio e del momento, piuttosto che una risposta organizzata in riferimento ad un mandato esplicito. Poche, infatti, sono sempre state le indicazioni a livello di politiche e piuttosto confuse e discordanti<sup>24</sup>. Si continua a fare riferimento ad un modello, presente soprattutto a livello istituzionale, di integrazione subalterna<sup>25</sup> basato sulla concezione del migrante come persona singola in stato di bisogno, come forza

<sup>22</sup> ANCI/Cittalia, *Quarto Rapporto ANCI sui Minori stranieri non accompagnati*, Roma, 2012.

<sup>23</sup> P. DONATI, *Fondamenti di Politica Sociale*, Carocci, Roma, 2004, p. 127.

<sup>24</sup> U. MELOTTI, *Migrazioni internazionali. Globalizzazione e culture politiche*, Mondadori, Milano, 2004.

<sup>25</sup> A. JABBAR, *Immigrati: riconoscimento, partecipazione e percorsi di cittadinanza*, Atti della Conferenza internazionale: *Una città interculturale da inventare. Esperienze europee a confronto*, Padova, 14-16 giugno 2001.

lavoro e/o come disturbo all'ordine pubblico, come differenza deviante. Tale visione ha legittimato le istituzioni ad affidare soprattutto a servizi "speciali" del privato sociale il compito di trattare tali "interferenze" alla presunta normalità e alla coesione della comunità.

L'orientamento più recente sui servizi sembra essere quello di investire su realtà già presenti sul territorio a cui gli immigrati accedono sostanzialmente come il resto della popolazione locale<sup>26</sup>. A molti pare più utile infatti, piuttosto che fare servizi ghetto per immigrati, dotare in comuni servizi (per l'infanzia, le scuole, i consultori, gli ospedali, ecc.) di risorse adeguate per offrire risposte e progetti flessibili e diversificati<sup>27</sup>.

È necessario organizzare strutture di servizio per tutti e realmente in grado di gestire l'incontro interculturale e di accogliere le domande di un'utenza variegata. Quello che deve essere specifico è il dispositivo predisposto all'incontro: sia che si incontrino migranti in un servizio dedicato, sia che li si incontri in un servizio per tutti quello che è importante è la specificità del *setting*, che ancora prima di essere una organizzazione di spazi e tempi è un assetto mentale degli operatori. Le risposte efficaci sono quelle che si rivolgono non ad una generica categoria, gli immigrati, ma agli individui, alle famiglie e ai gruppi nella loro complessità<sup>28</sup>.

## 6. Criticità interne ai servizi

I servizi sociali territoriali, quelli sanitari e quelli della giustizia minorile prendono in carico i minori italiani come quelli stranieri (che non sono cittadini italiani ma che risiedono in Italia).

Nell'ambito sanitario le attività in favore dei minori sono svolte dai servizi materno infantili (di diversa denominazione e organizzazione secondo l'ordinamento regionale o locale) ma comprendono di norma almeno due settori di intervento per il servizio sociale: la salute mentale nell'età evolutiva e i consultori familiari.

Il servizio sociale si trova oggi ad operare in favore dei minori principalmente nei servizi territoriali, ovvero all'interno degli Enti Locali e delle Aziende sanitarie Locali all'interno di una organizzazione locale integrata di interventi e servizi sociali. La legge quadro n. 328 di riforma dell'assistenza, del 2000, stabi-

<sup>26</sup> M. TOGNETTI BORDOGNA, *I colori del welfare. Servizi alla persona di fronte l'utenza che cambia*, Franco Angeli, Milano, 2004.

<sup>27</sup> L. LUISON, *Mediazione sociale e "mediazione istituzionale": tra neutralità e difesa dei diritti*, in S. Liaci e L. Luison (a cura), *Mediazione sociale e sociologia. Riferimenti teorici ed esperienze*, Franco Angeli, Milano, 2000, pp. 219-238.

<sup>28</sup> D. BRAMANTI, *Welfare community e servizi di prossimità: analisi di una buona pratica per le famiglie fragili*, Relazione alla Conferenza Nazionale della Famiglia. *Famiglia, storia e futuro per tutti*, Milano 8-10 novembre 2010.

lisce che le amministrazioni locali sono incaricate della gestione di interventi e servizi socio-assistenziali per i cittadini, una gestione che viene eseguita da soli o in associazione con altri paesi limitrofi, nel redigere progetti sociali locali o regionali, come definito da ciascuna regione nella sua capacità di pianificazione.

Il campo di intervento del servizio sociale territoriale (garantito dagli assistenti sociali degli Enti Locali, Comuni o Circoscrizioni) spazia dalle azioni a valenza promozionale a quelle di tutela del minore, fino all'allontanamento dal nucleo familiare.

Le azioni di tipo promozionale (che si sono sviluppate a partire dall'emanazione della Legge 285/1997) hanno preso forme diverse nei differenti contesti territoriali: centri socioeducativi, centri di aggregazione per adolescenti, iniziative di sviluppo della genitorialità. Nell'ambito del sostegno ai minori all'interno della propria famiglia troviamo invece le diverse forme di supporto alle necessità di tipo economico e i servizi di supporto al carico genitoriale, i servizi domiciliari educativi e i centri per la Famiglia. I servizi sociali territoriali collaborano con l'autorità giudiziaria (Tribunale per i Minorenni) per quei casi, invece, dove esista un rischio di grado e intensità variabili, per il minore e il suo sviluppo psicofisico, sino alle situazioni più gravi di maltrattamento e abuso<sup>29</sup>.

Esiste poi un Ufficio di Servizio sociale per i Minorenni (USSM) dipendente dal Ministero della Giustizia, che prende in carico tutti i minori imputabili (da 14 a 17 anni) che entrano nel circuito penale, con l'obiettivo di evitare l'avvio di carriere devianti e promuovere processi di crescita<sup>30</sup>.

Il minore straniero dovrebbe essere garantito rispetto a tutte le prestazioni assistenziali e sociali offerte nel territorio italiano. Per quanto riguarda i servizi sanitari, i minori (con famiglia o non accompagnati)

- a) se hanno un permesso di soggiorno: sono iscritti obbligatoriamente al Servizio Sanitario Nazionale ed hanno diritto di accedere a tutte le prestazioni da questo erogate (art. 34 T.U. - circ. Min. sanità 24.3.2000);
- b) se privi di permesso di soggiorno non possono iscriversi al SSN ma hanno diritto al tesserino STP (straniero temporaneamente presente) che consente il diritto alle cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative (art.35 T.U.).

Nella prassi vi è una limitazione ai servizi assistenziali, in particolare alla erogazione di prestazioni economiche: se i genitori hanno il permesso di soggiorno, possono godere di tali benefici economici solo se siano titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno non inferiore ad 1 anno (ex art. 41 T.U. 286/98)<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> C. TILLI, *Servizio sociale e Minori*, in A. CAMPANINI (a cura) *Nuovo Dizionario di Servizio Sociale*, Carocci, Roma, 2013.

<sup>30</sup> I. MASTROPASQUA, *Servizio Sociale e Giustizia Minorile*, in Campanini (a cura), *Nuovo Dizionario di Servizio Sociale*, Carocci, Roma, 2013.

<sup>31</sup> CISMAL, *op. cit.*

Dati specifici sulla presenza dei minori all'interno dei servizi si possono trovare dall'ISTAT e da altri report<sup>32</sup>, nelle statistiche relative alle strutture residenziali relative alle famiglie e ai gruppi di minori.

*Tabella 4: Minori sotto la responsabilità del sistema assistenziale italiano (allontanati dal nucleo familiare)*

Numero totale dei minori allontanati dal nucleo familiare	29.309
Di cui in famiglie affidatarie	14.528
Di cui in strutture residenziali	14.781
Minori stranieri allontanati dal nucleo familiare	1.300

La presenza straniera sul totale dei bambini ospitati fuori dalla propria famiglia di origine è cresciuto significativamente, andando dal poco meno del 10% al 22%. Tra quelli presi in carico, la quota di minori stranieri non accompagnati rappresenta quasi il 22% del totale complessivo degli stranieri, o circa il 4% di quelli rimossi dalle proprie famiglie di origine: questo particolare gruppo di stranieri, quasi tutti adolescenti, sono collocati prevalentemente in centri residenziali.

La traccia di questa presenza consistente si può trovare anche nella tabella seguente, nella quale si nota come i minori ospitati in comunità o nei servizi socio-sanitari non siano caratterizzati da problemi specifici.

*Tabella 5: Minori ospitati in centri residenziali per sesso, nazionalità e tipologia sociale al 31-12-2010 (n. a.)*

Tipo di problema	Maschi	Femmine	Totale	di cui stranieri		
				Maschi	Femmine	Totale
Disabilità e disagio mentale	1.900	1.128	3.028	205	105	310
Tossicodipendenti/ alcolisti e altri problemi	2.768	2.023	4.790	978	447	1.426
Nessun problema specifico	6.029	4.985	11.014	2.064	1.381	3.445
Non dato	235	256	491	257	106	363
Totale	10.931	8.392	19.323	3.504	2.040	5.544

<sup>32</sup> ISTAT, *Rapporto sui servizi e gli interventi sociali dei Comuni, Roma, 2009*; Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Bambine e bambini temporaneamente fuori dalla famiglia di origine. Affidamenti familiari e collocamenti in comunità al 31 dicembre 2010*, Roma, 2012.

*Tabella 6: Tipo di custodia per i minori fuori dalle proprie famiglie (31/12/2008)*

	Totale minori	Italiani	Stranieri	MISNA
Famiglie affidatarie	15.200	83.6%	12.3%	4.1%
Cura residenziale	15.700	67.6%	15.8%	16.6%

È da notare con interesse che il tipo di custodia dopo la rimozione dalle proprie famiglie è fortemente influenzato dalla nazionalità: gli italiani sono mandati in una famiglia affidataria nel 52,9% dei casi e sistemati in cura residenziale nel restante 47,1%. Gli stranieri sono mandati in famiglia affidataria nel 33% dei casi e in cura residenziale nel 67%.

I MISNA sono posti sotto la custodia di una famiglia affidataria nel 20% dei casi e in cura residenziale nell'80%, il che sottolinea una certa difficoltà nella gestione di questa categoria di minori.

Anche il sesso del minore è significativo per l'inserimento in strutture residenziali: il 60% dei minori inviati ai centri sono maschi e solo il 40% è di sesso femminile. Non ci sono differenze significative per gli affidamenti in famiglie (52% sono maschi e 48% femmine).

L'età è importante per definire il tipo di custodia (vedi tabella 7): la prevalenza di custodia nei centri è obbligatoria nella fascia di età 0-2 anni, dato che esistono istituti deputati alla ricezione della madre con il suo bambino (il Ministero del Welfare ammette che non vi è luogo istituzionale in Italia assegnato a ricevere il padre con il suo bambino), mentre nella fascia di età 15-17 anni il tipo di custodia dipende dalla difficoltà che c'è nel porre il MISNA così grande nelle famiglie affidatarie (sia per il rischio reale di fuga che per mancanza di disponibilità delle famiglie).

*Tabella 7: Minori fuori delle loro famiglie per età, sesso e cittadinanza (31-12-2008)*

Minori fuori famiglia	% in affidamento	% in cura residenziale	Totale
Fascia di età (anni)			
0-2	43,2	56,8	100,0
3-5	62,8	37,2	100,0
6-10	64,5	35,5	100,0
11-14	58,4	41,6	100,0
15-17	43,6	56,4	100,0
<b>Sesso</b>			
Maschi	51,4	48,6	100,0
Femmine	59,8	40,2	100,0

<b>Cittadinanza</b>			
Italiana	52,9	47,1	100,0
Straniera	36,6	63,4	100,0
Stranieri non accompagnati	21,5	78,5	100,0

Una versione aggiornata delle statistiche sui minori si può trovare nell'ultimo rapporto pubblicato dall'Istituto degli Innocenti. I dati, aggiornati al 31 dicembre 2010, attestano che sono 29.309 i minori collocati in strutture residenziali o temporaneamente ospitati in famiglie: essi ammontano a poco più di 3 neonati e bambini tra i 0-17 anni di età per 1.000 coetanei<sup>33</sup>.

Il diritto a vivere nella propria famiglia è a forte rischio per i bambini stranieri, come si è visto dall'analisi delle normative sul ricongiungimento familiare. Anche il diritto alla risocializzazione in caso di devianza, e cioè il diritto, nel caso di interruzione o di deviazione dell'itinerario formativo, ad essere aiutato a superare le proprie difficoltà di socializzazione, è per i minori stranieri non sviluppato allo stesso modo con cui è sviluppato per il minore italiano: a fronte di un forte incremento di comportamenti penalmente sanzionati da parte di minori stranieri, la risposta dell'ordinamento è più repressiva che risocializzante.

Appare evidente che la mancanza di un ambiente familiare da sostenere in vista di un recupero del ragazzo e di un reinserimento protetto, l'insufficiente collaborazione delle autorità dei paesi di origine, la carenza di strutture attrezzate per una azione pedagogica nei confronti di adolescenti appartenenti a culture totalmente diverse rendono difficile una seria azione di recupero, finendo con il condannare irreversibilmente il minore straniero con gravi problemi di socializzazione alla ghettizzazione e alla criminalità.

Diventa un punto critico la valutazione dell'interesse del minore in particolare nei casi di situazioni di grave disagio economico, che possono dare luogo a separazioni dei minori dalla propria famiglia, sulla base di provvedimenti disposti dalle autorità. In questo contesto, ad esempio, la nozione di abbandono e di interesse del minore, lungi dall'essere oggettivamente definita, assorbe modelli culturali diversi da quello italiano, dei quali deve tenere conto, pur nel rispetto dei diritti inviolabili riconosciuti ai minori dalla Costituzione italiana e a livello sovranazionale dalla CRC.

Di fronte alla complessità attuale, determinata anche dal fenomeno dell'immigrazione, i nostri servizi, strutturati "a target" di utenza, poco si prestano ad

<sup>33</sup> ISTITUTO DEGLI INNOCENTI, *Bambini e adolescenti fuori dalla famiglia*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Centro di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, 2012.

un loro accesso adeguato, soprattutto nel caso delle persone straniere. Non tutti gli operatori, inoltre, sono al corrente delle risorse che il territorio offre, per cui, già nell'ambito dell'accoglienza, si evidenzia, la necessità di una risposta coordinata e centralizzata a livello di accesso ai servizi, come pure la ridefinizione di strategie d'intervento, l'adeguamento delle professionalità e delle metodologie d'intervento.

Le difficoltà riscontrate dagli operatori vanno lette alla luce della consapevolezza che gli interventi e le prestazioni offerti dai servizi sono standardizzati e legati alla normativa di riferimento, che rendono arduo per gli operatori collocarsi tra il mandato istituzionale e quello professionale di rispetto e responsabilità verso l'utenza.

Indubbiamente la presenza di nuclei familiari stranieri richiede agli operatori e ai servizi una riorganizzazione delle competenze e delle prassi, ma piuttosto che come problema questo dovrebbe essere visto come un passaggio urgente e necessario verso un sistema di servizi sociali più adeguato all'epoca contemporanea.

Quello che sembra opportuno per il futuro è un investimento significativo nella formazione degli operatori e nella riorganizzazione dei servizi verso una prassi ordinaria di apertura alla diversità culturale<sup>34</sup>.

Un segno significativo di questo cambiamento è il cambiamento rispetto alla figura del mediatore culturale, che era stata vista negli anni Novanta come l'unica o la miglior risorsa da impiegare per sciogliere la maggior parte dei nodi critici nell'intervento con stranieri. Ora, pur salvandone le prerogative sue proprie e per certi versi non sostituibili, si è approdati alla valorizzazione del "normale operatore", sia esso sanitario, scolastico o dell'Ente Locale, attraverso una sua rinnovata competenza che gli permetta da solo di essere in grado di affrontare le più frequenti e comuni problematiche che caratterizzano una società multietnica e l'incontro con persone straniere<sup>35</sup>.

L'ordinamento giuridico italiano ha riconosciuto al minore straniero, che per vari motivi si trovi nel territorio italiano, gli stessi diritti fondamentali dei minori italiani. Sono diritti fondamentali che corrispondono a bisogni meritevoli, per la loro essenzialità nello sviluppo della personalità, di essere garantiti legislativamente: oltre il diritto cittadinanza, integrazione e quindi accoglienza e istruzione, anche il diritto al ricongiungimento familiare, il diritto alla tutela della salute, il diritto alla tutela da ogni forma di sfruttamento. Ma se da un lato al minore straniero

---

<sup>34</sup>T. TARSIA, *Avere cura del conflitto. Migrazioni e professionalità sociali oltre i confini del welfare*, Franco Angeli, Milano, 2010.

<sup>35</sup>R. T. DI ROSA, *Oltre discriminazione e razzismo: verso una competenza professionale transculturale*, in M. MANNOIA, M.A. PIRRONE, *Il razzismo in Italia. Società, istituzioni e media*, Aracne, Roma, 2010; M. COHEN EMERIQUE, *Pour une approche interculturelle en travail social. Theories et pratiques*, Presses de l'EHESP, Rennes, 2011.

vengono riconosciuti diritti, dall'altro le politiche di immigrazione (sempre più centrate sul controllo degli ingressi e sempre meno sull'integrazione) hanno innalzato i requisiti di ammissione e di erogazione dei servizi, rendendo sempre più difficile l'accesso e la fruibilità dei diritti da parte del minore e della sua famiglia.

Non sempre, infatti, i diritti astrattamente riconosciuti sono effettivamente goduti: è questa una realtà che vale non solo per i bambini e gli adolescenti italiani ma anche, e anzi ancora di più, per i bambini e gli adolescenti stranieri. Insufficienze nelle formulazioni legislative, prassi applicative riduttive, risorse carenti per una reale opera di sostegno, difficoltà oggettive legate alla particolare situazione di questi ragazzi, presenza di organizzazioni criminose che utilizzano per propri scopi illeciti ragazzi soli venuti da altri Paesi, tutto ciò rende non infrequentemente solo declamati, e non concretamente agibili, diritti essenziali per lo sviluppo umano del ragazzo.

#### 7. *Minori stranieri e integrazione scolastica*

Le misure di accoglienza disposte dal nostro paese risultano maggiormente articolate nell'ambito scolastico<sup>36</sup>. La situazione dell'inserimento e i risultati scolastici dipendono in larga misura dalla qualità dell'accoglienza, dalla flessibilità organizzativa della scuola, dalla disponibilità di risorse e di dispositivi efficaci.

Attualmente, la presenza dei minori stranieri in Italia in 9 casi su 10 è anche una presenza scolastica, che si concentra nella fascia d'età della scuola dell'obbligo (6-16 anni). Questo notevole incremento richiama la necessità di garantire un adeguato accesso ai diritti da parte dei minori stranieri ed il loro sostegno, in linea con la legge 40 del 1998 (art. 36) che stabilisce l'obbligo di applicare compiutamente il diritto all'istruzione, l'accesso ai servizi educativi e la partecipazione alla vita della comunità scolastica.

Oltre alla dimensione quantitativa e al ritmo di aumento, un altro fattore di rilevante importanza è il legame territoriale, tramite la nascita in Italia, che è la condizione del 78,4% degli iscritti stranieri della scuola dell'infanzia (3 su 4) e del 53,1% di quelli frequentanti la scuola primaria (circa 2 su 4). Questo inquadramento più preciso degli studenti di origine straniera è stato reso possibile dal fatto che il Ministero della Pubblica Istruzione, a partire dall'anno scolastico 2008/09, rileva anche il paese di nascita degli alunni stranieri, oltre alla cittadinanza.

Tuttavia, nella scuola italiana prevale ancora un «modello volontaristico» in cui l'insegnante, o nel migliore dei casi la singola scuola, affrontano in totale iso-

<sup>36</sup> V. SCHIMMENTI e P. D'ATENA, *Incontrarsi nelle differenze. Percorsi di integrazione*, Franco Angeli, Milano, 2008.

lamento le problematiche connesse con l'arrivo dei figli degli immigrati. A questo proposito, si ritiene necessario sottolineare la necessità di accelerare i tempi di definizione delle pratiche di ricongiungimento familiare affinché, nella misura del possibile, i ragazzi possano arrivare in Italia prima dell'inizio dell'attività scolastica, così da poter fare pratica della lingua italiana con tempestività.

Sono le cosiddette seconde generazioni, che da una parte richiamano un'attenzione crescente (sono ormai migliaia le pagine web dedicate loro) e dall'altra non sono ancora riuscite a trovare un'adeguata presa in considerazione a livello politico-legislativo. Per loro la lingua, spesso invocata come motivo di separazione, non costituisce un ostacolo; e così potrebbe essere anche per i ragazzi ricongiunti nel corso dell'anno, a condizione di potenziare le misure di sostegno per l'apprendimento dell'italiano. Questi giovani condividono con i coetanei italiani comportamenti, gusti, consumi, incertezze esistenziali. L'obiettivo finale, perseguito da più legislazioni, consiste nel prevedere per chi è nato in Italia, o vi abbia seguito l'intero ciclo scolastico, un accesso agevolato alla cittadinanza rispetto a quanto avviene ora, seguendo ad esempio l'impostazione francese.

Maggiore attenzione va dedicata al percorso scolastico, non solo per evitare la dispersione o l'insuccesso, ma anche nella scelta dell'indirizzo nelle scuole superiori. Uno dei momenti più cruciali del percorso scolastico degli alunni di origine immigrata, infatti, è il termine del ciclo della scuola media con il passaggio alla scuola superiore. Il fatto di non venire ammessi all'esame finale dopo lo scrutinio di fine anno rappresenta un contraccolpo in grado di ripercuotersi in modo particolarmente negativo sulla carriera formativa dei ragazzi e, in generale, sul loro futuro socio-occupazionale. Preoccupante è anche l'eccessiva canalizzazione dei ragazzi stranieri verso gli istituti professionali e gli istituti tecnici rispetto al liceo. Infine, tenuto conto che nel corso del 2010 sono venuti a scadenza centinaia di migliaia di permessi di soggiorno senza essere più rinnovati, è senz'altro auspicabile un rafforzamento della stabilità dei genitori immigrati, affinché non ne risenta il percorso scolastico ed esistenziale dei figli.

Dalle ricerche condotte in questi anni<sup>37</sup> è possibile evidenziare alcuni punti di criticità tra cui: le difficoltà di inserimento scolastico, il ritardo scolastico, l'insuccesso scolastico, la presenza nelle scuole superiori, l'impreparazione all'insegnamento dell'italiano come L2, le relazioni tra pari e il "clima" sociale della scuola e dalle situazioni di contatto nel tempo extrascolastico. Molti bambini e ragazzi immigrati si trovano a dover convivere con uno stigma negativo che riguarda l'essere immigrato in generale, o la loro appartenenza ad uno specifico

---

<sup>37</sup> V. TANZI, *Bambini in viaggio: servizi per l'infanzia e famiglia immigrata*, in M. TOGNETTI BORDOGNA, *Arrivare non basta. Complessità e fatiche della migrazione*, Franco Angeli, Milano, 2007.

gruppo (il più grave il caso dei ROM). La rappresentazione negativa che connota la comunità di origine, gli stereotipi diffusi, la difficoltà ad essere accettati sono esperienze abbastanza comuni per i minori migranti, che il sistema scolastico, con i suoi limiti strutturali e le carenze del personale, e nonostante le direttive esplicitate in materia, non riesce a disinnescare né a prevenire.

La normativa in materia emanata dal 1989 al 1999 (ultimo documento sul tema è il DPR n. 394/99) fornisce indicazioni chiare sulle modalità di inserimento dei minori stranieri e invita le scuole a dotarsi di strumenti e procedure di accoglienza. L'accoglienza e l'integrazione sono inserite tra i compiti di tutti i docenti, sia dal punto di vista didattico sia da quello del clima relazionale della classe.

I limiti che impediscono la realizzazione del dettato normativo nelle scuole sono di tipo esterno (sociale, legislativo e culturale) e di tipo interno (organizzativo e di risorse). Va sottolineato innanzi tutto come una grave criticità sia rappresentata dalla rappresentazione sociale dell'immigrato. Ai giudizi stereotipati che impediscono le interazioni positive e la convivenza, si aggiungono gli effetti di una legislazione che vuol continuare a vedere gli immigrati come una presenza transitoria e di passaggio. In più, mettendo da parte per ragioni economiche l'obiettivo di "qualità per tutti" molti istituti sono costretti, per sopravvivere, ad orientarsi verso un'offerta formativa più attraente e meno mirata. Di conseguenza accade sempre più spesso che si creino classi o scuole "polarizzate" destinate all'utenza immigrata e il rischio è che la prassi si diffonda sempre più.

Rispetto alle difficoltà interne, si segnala il fatto che mancano riferimenti chiari e aggiornati per la scuola multiculturale. Le indicazioni emanate in passato non riescono a seguire il passo dei tempi e ad andare oltre gli interventi tampone pensati come risposta di tipo emergenziale ai bisogni specifici degli alunni stranieri e andare verso politiche nazionali chiare e al passo con i tempi, con indirizzi riconoscibili e scelte educative di lungo periodo.

## 8. *Riflessioni conclusive*

Il costante aumento delle presenze di minori stranieri, oltre a rappresentare il segno evidente di una trasformazione dell'Italia in Paese d'immigrazione, almeno da un punto di vista "numerico", richiede al nostro sistema di welfare un ripensamento e una riorganizzazione complessiva. Per molteplici motivi, tuttavia, spesso i servizi presenti sul territorio si sono trovati a dover rispondere essenzialmente a situazioni di continua emergenza più che a promuovere veri e propri interventi programmatici. Ciò ha finito per favorire una metodologia d'azione che spesso rischia di basarsi su presupposti estremistici e poco attenti alla realtà complessiva:

infatti, si continua a considerare la/il bambina/o straniera/o o come un soggetto di per sé portatore di un forte disagio, oppure come un soggetto che non ha bisogno di alcun intervento specifico.

Per quanto riguarda i servizi educativi, possiamo partire dalla considerazione che la cura e l'investimento educativo che gli adulti rivolgono ai bambini può essere considerato un "universale pedagogico", il quale però si innesta in uno "specifico pedagogico", vale a dire una particolare cultura dell'infanzia che viene elaborata in ogni singolo contesto. I servizi per l'infanzia, e la scuola in seguito, sono riconosciuti come ponti di ancoraggio al nuovo Paese, e insieme alla casa e al lavoro sono vissuti come passaggi strategici per poter costruire qualità di vita e programmi per il futuro<sup>38</sup>. Non sempre però le pratiche della quotidianità si sono conformate a questi principi, ma sono invece caratterizzate da una marcata casualità delle scelte, una diffusa improvvisazione della didattica dettata dall'urgenza, una scarsa consapevolezza degli obiettivi e dei percorsi da attuare, una frequente sottovalutazione della componente affettiva che accompagna l'ingresso a scuola dei minori migranti.

Dal canto loro, i servizi sociali sono messi in crisi nei loro modelli di lavoro legati ad una storia e ad una tradizione occidentale, non più esaustivi di tutte le istanze portate e non più sufficienti a decodificare le modalità di richiesta e approccio (la raccolta di anamnesi, l'ascolto delle storie personali e migratorie, etc.). Spesso, di fronte a domande complesse e non comprensibili nell'immediato vi è difficoltà nel prendere in considerazione diversi punti di vista sull'origine e la soluzione dei problemi e nell'utilizzare approcci integrati.

Tra le criticità di maggiore rilevanza, vi è il problema dell'integrazione tra politiche ed interventi. Gli approcci sono ancora molto frammentati e settoriali, i dispositivi di supporto sociale non s'incastano con quelli educativi, comunicano in modo parziale e come tali producono solo soluzioni frammentate. Non vi è un sostanziale lavoro di integrazione tra servizi all'infanzia e famiglie immigrate; manca infatti quello che ne costituisce la premessa necessaria, vale a dire l'integrazione tra gli approcci educativi e sociali, settori tanto strategici quanto separati.

Rispettando la norma che ogni situazione deve essere affrontata caso per caso, è opportuno tentare di comprendere quali siano i reali bisogni del soggetto in età evolutiva e le reali possibilità di soddisfazione e di risposta che debbono offrire i servizi sociali territoriali. Di fatto, grazie anche alle nuove norme in materia, al maggior numero di presenze corrisponderà sempre più anche una maggiore stabilizzazione dei minori; ciò vuol dire che è oggi fondamentale la promozione di progetti che, oltre ad offrire adeguate risposte alle situazioni di emergenza, indichino i possibili percorsi di una reale integrazione.

---

<sup>38</sup> M. TOGNETTI BORDOGNA, *La relazione tra immigrati e servizi sociosanitari: da servizi speciali a servizi per tutti*, in A. Campanini (a cura di), *Il Servizio Sociale nella società multietnica*, Unicopli, Milano, 2002.

Ne consegue, quindi, la necessità di una maggiore conoscenza dei reali bisogni che i minori stranieri - nelle variegate figure che questo termine comprende - esprimono, e quindi porsi in un'ottica di adeguamento strutturale dei servizi che rispondano alle esigenze di una società anche "qualitativamente" multiculturale.

## THE PROTECTION OF FOREIGN MINORS CHALLENGED BY MIGRATION POLICIES

by Roberta Teresa Di Rosa

### Abstract

The aim of the research and the studies was to analyse the space given to minor migrants and their families within the Child Welfare System, comparing it with the laws and services available for native minors and families. Using the analysis of the policy framework and the characteristics of the presence of foreigners in Italy as a starting point, it was possible to observe the characteristics of the service system provided and implemented for foreign minors and their families, as well as those of the principal agents involved in the reception process and the social instruments available for their integration. In addition, the historic analysis of the laws issued on this subject has shown how the level of protection established for the families and minors is inversely proportionate to the definition of the issue of immigration as a question of security and public order. The stereotypical depiction of immigrants, which is prevalently negative, also affects the efficacy of the services, reflecting on the performance of the operators.

In the specific case of Italy, this study has revealed how here the presence of a consistent number of unaccompanied foreign minors has led to legal provisions and greater investment in the field of services being focussed specifically on these, while foreign minors accompanied by their families are provided with same services that exist for Italian minors and families, without any particular distinction (except to some extent with regard to schooling). Only recently have immigrant families begun to be subject to legal provisions, even though this space, which is provided for in social policy, has yet to materialise in practice. In any case, whatever the rights and services established by law, it has become evident that the perception of cultural difference influences the relationship of the immigrants with the service system. Indeed, it must be underlined that the difference in aid offered is based more on the perception of diversity than on the norms. Hence the need to invest more on training and all-life-long courses for the operators to promote the full application of the laws and a more effective recognition of the rights of immigrant minors and families.



## Il diritto penale dell'immigrato: breve spunti per una riflessione sul diritto penale della paura

di Licia Siracusa

SOMMARIO: 1. Il diritto penale dell'immigrazione e le ragioni della paura. - 2. Excursus: le disposizioni penali emblematiche della ratio della "paura". - 3. Il diritto penale dell'immigrazione e la paura della ragione.

### 1. *Il diritto penale dell'immigrazione e le ragioni della paura*

Nell'apprestarmi a sviluppare alcune brevi osservazioni sul diritto penale dell'immigrazione, mi sia in primo luogo consentita una precisazione di carattere terminologico: con riguardo al sistema italiano invero, piuttosto che di "*diritto penale dell'immigrazione*", dovrebbe parlarsi di "*diritto penale dell'immigrato*", o, più precisamente, di "*diritto penale dell'immigrato irregolare*".

La puntualizzazione linguistica è tutt'altro che irrilevante, sol che si consideri come essa serve a scoprire il "travestimento" dietro cui il legislatore italiano ha inteso nascondere lo spirito illiberale che sta alla base dell'intera disciplina penale dell'immigrazione. In effetti, in questo settore, il diritto penale si discosta non poco dal modello del diritto penale del fatto, o del diritto penale *a tutela* di autentici beni giuridici, e assume per converso le sembianze di un vero e proprio diritto penale *contro* la persona dell'immigrato che sia portatore della qualifica di *irregolare*<sup>1</sup>.

Cosicché, la definizione "*diritto penale dell'immigrazione*" - che risulterebbe appropriata, qualora servisse ad identificare un ambito di intervento in cui a venire in rilievo fossero condotte offensive di interessi giuridici, e non meri *status* soggettivi -, appare di fatto abnorme, ove impiegata per identificare un complesso di disposizioni incriminatrici che puniscono mere condizioni soggettive *contra ius*.

Il chiarimento lessicale appena compiuto risulta dunque obbligatorio, oltre che opportuno. Obbligatorio, in quanto disvela il fraintendimento concettuale

---

<sup>1</sup> Come opportunamente segnalato da A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal law and Philosophy*, 2013.

che si celerebbe dietro il ricorso ad una denominazione impropria; opportuno, perché consente di evidenziare sin dalle prime battute di questo breve contributo le intenzioni che lo ispirano: dimostrare come dietro lo schermo protettore di un'apparente bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti umani e l'interesse al controllo dei flussi migratori, si nasconda in realtà un diritto penale fortemente sbilanciato verso la criminalizzazione di *tipi d'autore* socialmente pericolosi; un modello di diritto penale cioè molto simile al paradigma del "*diritto penale del nemico*"<sup>2</sup> – teorizzato, come è noto, per legittimare talune gravissime deviazioni dalle garanzie fondamentali compiute dall'ordinamento penale nel contrasto al terrorismo internazionale<sup>3</sup>.

I reati in materia di immigrazione irregolare denotano in effetti un atteggiamento criminalizzante ed iper-repressivo, volto a neutralizzare l'immigrato irregolare, in quanto straniero - e per questo considerato socialmente pericoloso -, anche attraverso l'impiego di discutibili pratiche di esclusione coatta dal consesso sociale, prima ancora che di allontanamento fisico dai confini della Nazione.

Ma vi è di più. Dopo le correzioni imposte dalle censure della Corte di Giustizia dell'Unione Europea su alcune fattispecie (correzioni introdotte con il D.L. 23 giugno 2011, n. 89, conv. Legge 2 agosto 2011, n. 129<sup>4</sup>), il sistema di incriminazioni in materia di immigrazione, mentre è rimasto sostanzialmente immutato sotto il profilo del contrasto con gli scopi ed i principi di un diritto penale liberale, ha al contempo assunto una connotazione ipocrita, tenuto conto che la minaccia della pena è divenuta un fatto meramente simbolico; niente di più che uno strumento per l'attuazione dell'inequivoca scelta politica di abbandonare l'immigrato reietto e in condizioni di povertà al destino ignobile dell'espulsione coatta, o della permanenza *sine die* in centri, variamente aggettivati.

Non si può infatti negare che l'adeguamento del diritto nazionale al diritto di fonte europea non ha eliminato le istanze ispiratrici della gran parte della legislazione penale in materia; rintracciabili soprattutto nella volontà di azzerare il pericolo rappresentato da chi abbia fatto illegalmente ingresso nel territorio

<sup>2</sup>In ambito penalistico, è a tutti noto che il conio dell'espressione "*diritto penale del nemico*" si deve allo studioso tedesco G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985, p. 753 ss.

<sup>3</sup>Non va trascurato che un pericoloso slittamento del concetto di *nemico* verso il concetto di straniero si registra sin dall'origine nella stessa impostazione dello studioso tedesco ideatore del modello, come lucidamente osserva A. PAGLIARO, "*Diritto penale del nemico*": una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2460.

<sup>4</sup>Per una descrizione delle novità introdotte dalla legge, si leggano, tra gli altri, la relazione dell'ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, 4 Luglio 2011, consultabile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); C. FAVILI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 353 e ss.; G. L. GATTA, *Immigrazione: approvato un decreto legge per sanare il contrasto con la direttiva rimpatri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

nazionale, o da chi vi sia irregolarmente rimasto. Al contrario, come si vedrà, il pieno recepimento della normativa sovranazionale ha finito con il legittimare le scelte repressive del legislatore italiano, accentuandone i profili di irrazionalità rispetto alle funzioni della pena<sup>5</sup>.

In altri termini, l'interferenza del diritto di fonte europea sulla materia in oggetto, anziché determinare un miglioramento complessivo del sistema sotto il profilo della conformità ai principi fondamentali del diritto penale, ha in effetti contribuito ad accrescerne la funzione "ancillare" nei confronti del sistema amministrativo di rimpatrio. Sicché, in tale settore, diversamente da quanto accaduto in altri ambiti del diritto penale - ove il giudice europeo ha sovente agito come calmiera degli elementi di irrazionalità del diritto penale interno -, il legislatore sovranazionale - e con esso la Corte di Giustizia - hanno mostrato il medesimo volto "oscuro" del legislatore nostrano, avvallando l'idea che l'immigrato irregolare - di fatto divenuto tale in quanto povero - possa essere stigmatizzato come "soggetto socialmente pericoloso".

Ciò premesso, nello spazio breve di questo contributo si proverà a dimostrare come le scelte dell'ordinamento penale nell'ambito dell'immigrazione:

- appaiano in contrasto con taluni principi garantistici del diritto penale;
- siano sostanzialmente irragionevoli, se valutate alla stregua delle funzioni proprie del diritto penale, in quanto incoerenti rispetto alla stessa ragion d'essere del diritto penale;
- delineino un sistema penale sostanzialmente simbolico, in quanto falsamente repressivo ma di fatto asservito alle esigenze del procedimento amministrativo di espulsione dello straniero.

## 2. *Excursus: le disposizioni penali emblematiche della ratio della "paura"*

La gran parte dei limiti dell'intera disciplina penale dell'immigrazione - soprattutto nella versione precedente la riforma del 2011 - va di certo addebitata all'ipocrisia che si è celata dietro l'intenzione del legislatore di attribuirle un ruolo di supplenza delle politiche di gestione dei flussi migratori. In effetti, è indubbio che nel quadro di un generale fallimento degli strumenti di governo dell'ingresso di stranieri nel territorio nazionale, il ricorso alla sanzione penale abbia rappre-

---

<sup>5</sup>Non si concorda pertanto con l'opinione di chi (soprattutto, R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1425 e ss.) ritiene che i più recenti interventi della Corte di Giustizia in materia di diritto penale dell'immigrazione dimostrerebbero l'avvenuto abbandono da parte europea del *trend* repressivo che aveva invece caratterizzato la politica europea pre-Lisbona.

sentato nulla di più che una riposta demagogica e di facciata a diffuse istanze sociali di sicurezza, a loro volta alimentate dal dilagare di un fenomeno rimasto sostanzialmente immune ai tentativi di controllo apprestati dall'ordinamento.

Le incriminazioni del settore mostrano per questo un insuperabile vizio di origine: esse sono state concepite sin dall'inizio come disposizioni simboliche, utili soltanto a lenire il senso di sgomento generato dall'approdo dello straniero; al punto che nella loro formulazione le ragioni della paura sono prevalse sulle ragioni della logica, prima ancora che sulle ragioni del diritto<sup>6</sup>.

Poiché lo spirito appena segnalato ha guidato tutte le scelte del legislatore penale in materia di immigrazione, un esame analitico di ogni fattispecie di reato risulterebbe interessante, se non altro, almeno per avvalorare la fondatezza dei giudizi pocanzi formulati. Ciò richiederebbe tuttavia uno sforzo non adeguato al breve spazio di questo intervento. Per tale motivo, si è preferito esaminare soltanto alcune fattispecie incriminatrici, i cui tratti essenziali – che qui di seguito verranno rapidamente descritti – sono indubbiamente emblematici sia della *ratio* ispiratrice dell'intero sistema, sia degli effetti generati dall'interferenza della normativa sovranazionale di fonte europea sul diritto penale dell'immigrato irregolare.

- Il riferimento è in primo luogo ai reati di cui all'art. 14, commi 5 ter e 5 quater TUIIMM (D.Lgs. 28 giugno 1998, n. 286) che incriminano rispettivamente la violazione dell'ordine di allontanamento emanato dal Questore nei confronti dell'immigrato irregolare; e l'inosservanza del provvedimento di espulsione, adottato dal Questore a seguito della violazione dell'ordine di allontanamento.

Si tratta, come è noto, di fattispecie incriminatrici che hanno subito alterne vicende. La c.d. Legge Bossi-Fini nel 2002 aveva previsto per esse l'arresto obbligatorio in flagranza<sup>7</sup>, successivamente dichiarato incostituzionale<sup>8</sup>; nel 2004, il legislatore si era preoccupato di reintrodurre l'arresto obbligatorio per la gran parte dei reati in materia di immigrazione illegale, trasformando l'inottemperanza

<sup>6</sup> Il fenomeno è efficacemente evocato nell'espressione "*tautologia della paura*" coniata da A. DAL LAGO, *La tautologia della paura*, in *Rass. it. soc.*, 1999, p. 5 e ss. per descrivere i meccanismi culturali e politici che tendono ad associare l'immigrazione a tutta un'altra serie di fenomeni criminali, fortemente lesivi dell'ordine pubblico e generanti insicurezza sociale (criminalità organizzata, disordine urbano etc.). Più in generale, sulla "paura" come paradigma culturale del mondo post-moderno, Z. BAUM, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

<sup>7</sup> Così dimostrando l'intenzione del legislatore di volere fare un più ampio ricorso al diritto penale per il controllo dell'immigrazione irregolare, contrariamente a quanto accadeva nell'originaria versione del TU del 1998 che invece puniva con sanzioni penali soltanto le condotte - ben più gravi - di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Sul punto, F. VIGANÒ, L. MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri"* UE: *scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.* 2010, p. 1410.

<sup>8</sup> Corte cost. 15 luglio 2004, n. 223.

za all'ordine di allontanamento da contravvenzione a delitto, punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni<sup>9</sup> (Legge 12 novembre 2004, n. 271).

A seguito delle modifiche apportate dai pacchetti sicurezza 2008 e 2009, le due disposizioni avevano infine raggiunto livelli edittali di pena particolarmente elevati<sup>10</sup>. Esse sanzionavano con la reclusione da sei mesi a cinque anni lo straniero che *senza giustificato motivo* permanesse illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di espulsione impartito dal questore (comma 5 ter) e lo straniero *destinatario del provvedimento di espulsione* di cui al comma 5-ter e *di un nuovo ordine di allontanamento* di cui al comma 5-bis, che continuasse a permanere illegalmente nel territorio dello Stato (comma 5 quater).

La centralità della pena detentiva per la punizione di comportamenti di semplice inosservanza di provvedimenti amministrativi emanati nell'ambito di un procedimento di espulsione aveva sollevato non poche perplessità in dottrina ed in giurisprudenza, soprattutto sotto il profilo della difformità alla *ratio* della direttiva rimpatri, la quale attribuiva un ruolo sussidiario e marginale alle misure restrittive della libertà personale dell'immigrato, rispetto alla misura dell'espulsione<sup>11</sup>.

Diversi giudici di merito avevano peraltro evidenziato tale contrasto, senza assumere una posizione unanime sul modo di risolverlo. All'opinione di chi riteneva necessario un ricorso in via pregiudiziale presso la Corte di Giustizia UE si contrapponeva l'idea che considerava superfluo l'intervento del giudice europeo, ritenendo sufficiente la semplice disapplicazione della normativa penale interna in conflitto con la direttiva<sup>12</sup>. Dopo vari indugi, la questione pregiudiziale finalmente sollevata nei termini sopra accennati (cioè, del contrasto con la *ratio* della direttiva rimpatri sotto il profilo della restrizione della libertà personale dell'immigrato irregolare) dal Tribunale di Trento innanzi alla Corte di Giustizia si concluse con la celebre sentenza *El Dridi* del 2011<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Per un commento delle fattispecie così come modificate dalla Legge 271/2004, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 171 e ss.

<sup>10</sup> Per una breve ricostruzione delle vicende normative che hanno interessato le fattispecie in questione, L. MASERA, F. VIGANÒ, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 573 e 574; L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1373 e 1374; Sulle modifiche del 2009, A. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, Milano, 2009, p. 273; L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il Pacchetto sicurezza 2009*, a cura di O. MAZZA, F. VIGANÒ, Torino, 2009, p. 27 e ss.

<sup>11</sup> I diversi profili di difformità tra la normativa penale in materia di immigrazione e la direttiva rimpatri erano stati lucidamente segnalati da L. MASERA, F. VIGANÒ, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, cit., p. 559 e ss.;

<sup>12</sup> In quanto direttamente applicabile una volta intervenuta - il 24 dicembre 2010 - la scadenza del termine previsto per la sua attuazione.

<sup>13</sup> CGUE 28 aprile 2011, causa C-61 2011, *El Dridi*.

Gli esiti della vicenda sono noti.

La pronuncia del giudice europeo non ha radicalmente censurato la decisione del legislatore italiano di impiegare il diritto penale come mezzo per dare effettività alla procedura amministrativa di rimpatrio, ma ha opportunamente segnalato i limiti entro cui dovrebbero esplicarsi le scelte di penalizzazione dell'ordinamento interno; nel senso che esse sarebbero comunque tenute ad assicurare adeguata tutela dei diritti fondamentali dell'immigrato – primo fra tutti il diritto alla libertà personale –, ricorrendo a forme di restrizione di tale libertà soltanto come *ultima ratio*, quando altre misure destinate ad attuare il procedimento amministrativo di espulsione risultino inadeguate<sup>14</sup>.

La Corte ha infatti chiarito che ove gli Stati decidano di predisporre precetti penali a protezione dell'interesse al controllo dei flussi migratori, questi dovrebbero in ogni caso rimanere compatibili con il diritto dell'Unione; e nel complesso tali da non compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva, sì da non privarla del suo *effetto utile*.

Sicché, poiché la direttiva subordina l'uso di misure coercitive al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti, vietando agli Stati di prevedere pene detentive per ovviare all'insuccesso di altre misure meno coercitive utili a rendere esecutiva la procedura di rimpatrio, l'art. 14 commi 5 ter e 5 quater TUIMM sono apparsi in contrasto con l'impianto della direttiva, vuoi nella parte in cui prevedevano una reclusione di durata superiore al limite di 18 mesi imposto dalla direttiva come termine massimo di restrizione della libertà personale dello straniero; vuoi laddove non davano la priorità ad altre strumenti meno coercitivi della pena detentiva, per dare attuazione alla procedura di rimpatrio.

In conclusione, la decisione dei giudici europei per un verso, ha mantenuto ferma la facoltà dello Stato italiano di perseguire i reati di inosservanza dell'ordine del questore, ma soltanto a condizione che l'esercizio dell'azione penale non ostacoli la celerità delle procedure di rimpatrio; per altro verso, ha giudicato difforme dal diritto europeo la prescrizione della pena detentiva sia perché quantitativamente sproporzionata rispetto al termine massimo di 18 mesi previsto nella direttiva per il trattenimento nei CIE, sia perché qualitativamente più restrittiva della misure coercitive ammesse dal diritto dell'Unione per il trattamento dell'immigrato irregolare.

---

<sup>14</sup> Per un commento della sentenza, si leggano, tra gli altri, C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 904 e ss.; L. MASERA, F. VIGANÒ, *Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi e sul suo impatto nell'ordinamento penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 1430 e ss.; A. ROMANO, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1490.

È indubbio che le direttrici di intervento tracciate dalla Corte di Giustizia abbiano per lo meno avuto il merito di obbligare il legislatore italiano ad un ripensamento della tipologia di sanzioni penali da impiegare per la punizione dell'immigrato irregolare, nonché di indurre al ripristino del corretto rapporto di proporzionalità tra gravità del fatto e misura della pena, che era stato gravemente calpestato nella foga repressiva di agitare la minaccia del carcere per l'immigrato irregolare. Ed in effetti, l'impatto della decisione appena richiamata sull'ordinamento interno non è andato oltre un moderato restyling delle scelte di penalizzazione, sul versante della *species* di pene previste<sup>15</sup>.

Con il Decreto-Legge 23 giugno 2011 n. 89 (conv. in L. 2 agosto 2011, n. 129), si è infatti frettolosamente provveduto ad adeguare il contenuto del TU-IMM alle disposizioni del diritto europeo.

Sul versante penale, ciò ha comportato l'abbandono del ricorso alle pene detentive e la predisposizione unicamente di pene di tipo pecuniario; sostituibili però con l'espulsione disposta dal giudice di pace, divenuto il solo giudice competente in materia<sup>16</sup>.

Si è trattato, come detto, di modifiche marginali che non soltanto hanno lasciato integra la *ratio* della normativa penale del settore, facendovi permanere gli aspetti propagandistici maggiormente deprecabili che la caratterizzavano prima della riforma, ma che ne hanno addirittura accentuato i profili di inefficacia, se non di inutilità. Ci si riferisce, come è ovvio, alla scelta di non depenalizzare le condotte punite dall'art. 14 commi 5 ter e 5 quater TUIMM e di sanzionarle esclusivamente con pena pecuniaria.

Che tale sanzione penale non abbia già in astratto alcuna *chance* di realizzare effetti di prevenzione contro gli immigrati - i quali in genere migrano verso un

---

<sup>15</sup> E ciò, nonostante nelle aspettative di alcuni osservatori l'interferenza del giudice europeo sarebbe dovuta servire a dare razionalità ad una normativa penale che ne era in gran parte priva; il riferimento è a R. SICURELLA, *op. ult. cit.*, p. 1445 e 1446; nonché, L. MASERA, F. VIGANÒ, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, cit., p. 593 - 596 e C. FAVILLI, *Il reato di divieto di ingresso alla luce della direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 338 e 339. Sicché, in ambito penalistico, l'unica "vera" rivoluzione innescata dalla sentenza *El Dridi* è consistita nell'aver dato avvio ad un vivacissimo dibattito sulla natura e sugli effetti nel nostro ordinamento dell'istituto della disapplicazione della norma penale contrastante con il diritto europeo direttamente applicabile. Sul tema, C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c. d. "direttiva rimpatri"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2792 e ss.; L. MASERA, F. VIGANÒ, *Addio art. 14*, cit.; M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>16</sup> Sull'inadeguatezza di tale modifica normativa ad uniformare il diritto nazionale agli standard della direttiva europea, G. MORGANTE, *Le "relazioni pericolose" tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 98 e 99; M. T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vivente*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Paese estero proprio per migliorare le proprie condizioni economiche disagiate, se non per superare una condizione di autentica nullatenenza – è evidente; così come è evidente che a causa delle particolari condizioni soggettive dei destinatari, di certo essa non verrà eseguita.

Rinviando alle pagine successive un commento meno sbrigativo su tali profili problematici che chiamano in causa riflessioni di ben più respiro sulle funzioni del diritto penale, qui ci limitiamo ad evidenziare come le norme incriminatrici prese in considerazione siano “precetti” penali del tutto privi di credibilità, sul piano di una loro qualunque giustificazione ed accettazione razionale. Non si vede infatti quale sia il valore o l’interesse – penalisticamente rilevante – protetto o da proteggere e verso la cui adesione (anche morale) è possibile ancorare la funzione di promozione culturale che esse dovrebbero svolgere; né è rintracciabile alcuna coerenza rispetto al principio di sussidiarietà dell’intervento penale, considerato che a venire in rilievo è la violazione di un provvedimento amministrativo (l’ordine di allontanamento del questore), il quale costituisce già di per sé per l’immigrato una sanzione più afflittiva della pena pecuniaria.

Mi sembra chiaro che dietro la scelta dell’ordinamento di rendere penalmente rilevante l’inosservanza di un provvedimento a sua volta impositivo di una misura più afflittiva della stessa sanzione penale (l’allontanamento, per l’appunto) vi siano ragioni collegate all’esigenza di dare una “copertura” penale a fatti che richiederebbero invece prevalentemente strategie extrapenali di contenimento<sup>17</sup>.

- Come detto, sebbene abbia in parte mitigato il rigore repressivo della legislazione penale di settore, nella versione precedente l’intervento della Corte di Giustizia, l’implementazione della direttiva rimpatri da opera del legislatore 2011 non è tuttavia servita ad esaurire il coacervo di questioni critiche sollevate dalle scelte legislative.

Ancor più delle fattispecie censurate nella sentenza *El Dridi*, grandi perplessità hanno infatti riguardato il c.d. *reato di clandestinità* (art. 10 bis TUIMM) e la famigerata aggravante della *clandestinità*. L’uno – il reato di clandestinità – era stato coniato con la L. 15 luglio 2009, n. 4 (Pacchetto Sicurezza 2009); l’altra – l’aggravante della clandestinità – era stata introdotta con il D.L. 23 maggio 2008, n. 92 (Pacchetto Sicurezza 2008), conv. nella L. 24 luglio 2008, n. 125.

---

<sup>17</sup> Il ricorso alla pena pecuniaria, date le caratteristiche dei soggetti destinatari della stessa, di fatto priva il precetto di quella “credibilità” che gli è necessaria per operare come pressione motivazionale, giacché, come ricorda L. EUSEBI, *La pena “in crisi”*, Brescia, 1989, p. 122 e 123, se è vero che la funzione di prevenzione generale positiva può attribuirsi al precetto penale prima ancora che all’afflittività della sanzione, è però altresì vero che l’afflittività non deve togliere credibilità alla volontà espressa dall’ordinamento di punire una certa condotta. Nel nostro caso, più che a causa dell’afflittività della sanzione, la credibilità dell’ordinamento è venuta meno per l’*inutilità* della sanzione pensata sin dall’origine come destinata alla *non applicazione*.

Le due disposizioni condividevano la medesima genesi, benché questa fosse avvenuta in tempi diversi. Entrambe erano state volute per assecondare le invocazioni di sicurezza provenienti da una parte dell'opinione pubblica, disorientata dal dilagare di un fenomeno per certi versi storicamente ignoto, - per lo meno nell'ordine di grandezza attuale -, alla società italiana. Si era trattato per l'appunto di ricorrere alla "mano dura" per avvalorare l'idea che le forze politiche allora al governo fossero in grado di innalzare barricate contro ogni fattore di rischio per la sicurezza dei cittadini e per l'ordine pubblico<sup>18</sup>.

Come è noto, al pesante *vulnus* dei principi di eguaglianza e di offensività realizzato dall'aggravante della *clandestinità*<sup>19</sup> ha posto giustamente riparo la Corte Costituzionale, con la sentenza dell'8 luglio 2010, n. 24, che ha dichiarato l'illegittimità della disposizione, giudicata di contenuto discriminatorio nei confronti dell'immigrato, in quanto statuente una differenziazione nel trattamento sanzionatorio dello straniero incentrata esclusivamente su una presunta maggiore capacità a delinquere di tale soggetto rispetto al comune autore di reato; presunzione a sua volta ricavabile dal fatto di essere egli portatore del mero *status* soggettivo di "irregolare"<sup>20</sup>.

Si è trattato di una decisione largamente prevedibile, data l'evidente contraddizione con i principi fondamentali del diritto penale: a parità di offesa al bene giuridico tutelato, determinati fatti di reato venivano valutati come più gravi non in quanto qualificati da un maggiore disvalore (offensivo) penale, bensì soltanto perché commessi da taluni *tipi di autore* - gli immigrati irregolari - giudicati per ciò stesso più inclini a delinquere dei normali cittadini<sup>21</sup>.

Se una radicale censura di incostituzionalità dell'aggravante era abbastanza scontata, non altrettanto poteva dirsi - come in effetti è stato - del giudizio di legittimità sull'altra discussa disposizione penale richiamata *retro*, vale a dire l'art. 10 bis TUIMM.

<sup>18</sup> Per una ricostruzione di tali vicende, G. L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 713, L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1375 e 1376.

<sup>19</sup> Sui numerosi profili di illegittimità dell'aggravante, G. L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit., p. 713 e ss.; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634 e ss.; L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 1373 e ss. M. LA ROSA, *I "crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 446 - 451.

<sup>20</sup> Tra i numerosi commenti della pronuncia, M. LA ROSA, *"Clandestinità" e profili di illegittimità costituzionale*, in *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. VERDE, A. A. GENNA, Torino, 2012, p. 313 e ss.; L. DEGL'INNOCENTI, S. TOVANI, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1177.

<sup>21</sup> G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, cit., p. 1634 e ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 128 e 129.

Qui in effetti, il vaglio di costituzionalità era reso più complesso sia dal fatto che la violazione dei principi costituzionali poteva dirsi meno palese che nell'aggravante della clandestinità, sia dal fraporsi dell'ostacolo costituito dalla tradizionale prudenza manifestata dalla Consulta nell'affrontare le eccezioni di incostituzionalità che concernono le scelte di penalizzazione compiute dal legislatore. Non a caso infatti, la Corte ha scelto di "salvare" la legittimità della norma, pur non rinunciando ad indicarne i profili più discutibili, e per questo meritevoli di una lettura il più possibile costituzionalmente orientata, nel senso suggerito dai giudici.

La contravvenzione della *clandestinità* incrimina il cittadino extracomunitario che faccia ingresso o si trattienga illegalmente nel territorio dello Stato. La sanzione prevista è irrisoria – la sola pena pecuniaria dell'ammenda. La fattispecie del resto si sovrappone in tutto o in parte alla disciplina amministrativa, poiché laddove la pubblica autorità disponga l'espulsione dello straniero, il processo penale si conclude con una sentenza di non luogo a procedere. D'altra parte, se il giudice pronuncia sentenza penale di condanna, questa non preclude la possibilità per il Prefetto di disporre l'espulsione. La legge consente infine al giudice di pace di sostituire la pena dell'ammenda con l'espulsione.

Investita del giudizio di legittimità sulla disposizione, la Consulta ha in primo luogo respinto le eccezioni concernenti la violazione dei principi di materialità e di offensività, precisando che la fattispecie non penalizza una *condizione personale e sociale* - in specie quella di immigrato irregolare - da cui si presuma arbitrariamente una particolare pericolosità sociale dell'autore dell'illecito, bensì punisce un fatto preciso, o meglio un comportamento materialmente percepibile: la condotta attiva del fare ingresso o del soggiornare dello straniero nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni che regolano i flussi migratori.

In secondo luogo, oltre ad essere conforme al principio di materialità, sotto il profilo della incriminazione non di un semplice modo di essere, ma di un comportamento materiale, a giudizio della Corte la disposizione non sarebbe neppure in contrasto con il principio di offensività, giacché sanzionerebbe non una mera disobbedienza al diritto amministrativo, ma un fatto offensivo dell'interesse superiore dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, così come disciplinati dal TUIMM<sup>22</sup>.

Sicché, ad opinione dei giudici costituzionali, l'essere "irregolare" o clandestino del migrante autore del reato non costituirebbe una qualità personale estranea e preesistente al fatto di reato, quanto piuttosto una qualifica che con-

---

<sup>22</sup> Corte cost. 8 luglio 2010, n. 250. Tra i vari commentatori, L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 1382 e ss.; M. LA ROSA, "Clandestinità" e profili di illegittimità costituzionale, cit., p. 333 e ss.; A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1187 e ss.; ID., *La penalizzazione dell'irregolarità in Italia: la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, a cura di R. SIARELLO, Torino, 2012, pp. 199 e ss.

seguirebbe al compimento di un illecito che si sostanzia nel aver compiuto un atto (l'ingresso o il soggiorno nel territorio italiano) contrassegnato da illiceità extrapenale, perché in contrasto con le disposizioni di carattere amministrativo che disciplinano l'ingresso ed il soggiorno di stranieri.

Sulla scorta di tali considerazioni, si è dunque compiuta una complessa - per quanto in gran parte, poco condivisibile - operazione di "salvataggio" della contravvenzione della clandestinità, con buona probabilità suggerita dall'esigenza di trovare una soluzione di compromesso che non scalfisse la discrezionalità delle scelte legislative e che al contempo riconducesse la norma nell'alveo della Costituzione.

La capacità della Corte Costituzionale di muoversi come un equilibrista tra il vincolo della conformità ai principi costituzionali e la libertà del legislatore di scegliere le proprie linee di politica-criminale non rappresenta del resto un'assoluta novità nel panorama della giurisprudenza costituzionale in materia penale<sup>23</sup>. Al contrario, ciò conferma la prudenza tradizionalmente manifestata dal nostro giudice delle leggi sulla sindacabilità delle norme penali incriminatrici, anche laddove - come in questo caso - esse risultino poco ragionevoli rispetto al modello del diritto penale come *extrema ratio*<sup>24</sup>.

Non v'è da stupirsi dunque che l'art. 10 bis abbia resistito alla scure della Consulta, considerato che di rado essa ha accettato di vagliare la ragionevolezza delle opzioni di criminalizzazione, per non incorrere nel rischio di sostituirsi al legislatore penale nel giudizio sulla meritevolezza di pena delle condotte sanzionate<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> L'atteggiamento prudenziale della Corte si spiegherebbe anche alla luce delle conseguenze che una pronuncia di incostituzionalità avrebbe prodotto sull'intero diritto penale dell'immigrazione; come lucidamente osserva più in generale, con riguardo al ruolo di supplenza che la Consulta sarebbe chiamata a ricoprire per colmare le innumerevoli lacune del sistema penale in questo settore, R. CRUPI, *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?*, in *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, cit., p. 300.

<sup>24</sup> G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA-N. MAZZACUVA, M. PATARINI, F. CANOTTI, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, 313 ss.; Id., *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003, p. 35 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.; G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale*, in *Corte Costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace (cur.), Milano, 2006, p. 1021 ss., p. 1070 ss. Sui più recenti sviluppi del sindacato di ragionevolezza in materia penale, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 e ss. Per una ricostruzione dei rapporti tra uguaglianza e diritto penale nella giurisprudenza costituzionale, si legga il recente studio di G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012.

<sup>25</sup> Come dimostra il fatto che nel giudizio di costituzionalità sul reato di "clandestinità" il parametro di valutazione impiegato è stato più stringente di quello cui si è fatto ricorso nel giudizio di costituzionalità sull'aggravante della *clandestinità*. Qui, si è invocato il metro dell'irragionevolezza della disposizione; nel caso reato di "clandestinità" invece, si è adottato il ben più stringente parametro della *manifesta irragionevolezza*. Sul controllo di manifesta irragionevolezza, D. PULITANO, *Orizzonti*

Nondimeno, se dal giudice delle leggi ci si poteva attendere qualcosa di più - e persino una bocciatura *tout court* del precetto -, neanche le aspettative riversate nei confronti di un possibile intervento censore dei giudici europei sono state esaudite. Nulla di confortante è infatti provenuta dalla Corte di Giustizia, la quale, una volta investita della questione pregiudiziale concernente la conformità del *reato di clandestinità* alla direttiva rimpatri, non ha rinvenuto alcun contrasto tra la disposizione incriminatrice ed il diritto europeo, se non limitatamente al profilo della prevista possibilità di convertire la pena pecuniaria in obbligo di permanenza domiciliare. Ad opinione dei giudici europei, tale istituto sarebbe risultato distonico rispetto alla *ratio* della direttiva di perseguire in tempi rapidi l'allontanamento del clandestino, in quanto prolungando la permanenza entro i confini nazionali dell'immigrato irregolare, esso avrebbe ostacolato la celerità delle procedure di rimpatrio<sup>26</sup>.

Nella materia della penalizzazione dell'immigrato, ancora una volta dunque, come già nel caso dell'art. 14 TUIMM, l'interferenza del diritto europeo sul diritto penale nazionale non ha sradicato gli elementi di irrazionalità delle scelte legislative nostrane.

Analogamente che nel caso *El Dridi*, anziché rilevare il contrasto tra l'art. 10 bis TUIMM e le istanze tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, evocate dalla direttiva rimpatri come parametro di riferimento per un corretto bilanciamento con le altrettanto significative esigenze di controllo dei flussi migratori, i giudici del Lussemburgo hanno finito con il legittimare la scelta punitiva del nostro ordinamento, giustificandola alla luce dell'inviolabilità della facoltà degli Stati nazionali di ricorrere al diritto penale per la punizione di condotte inosservanti delle politiche di gestione dei flussi migratori.

Ciò a conferma del fatto che in materia di immigrazione, come in ambito interno, così a livello sovranazionale, la legislazione del settore ha largamente assecondato le istanze di sicurezza e le paure oscure, rinunciando a valorizzare un più proficuo approccio razionale ed integrato al problema.

### 3. *Il diritto penale dell'immigrazione e la paura della ragione...*

Come appena detto, il nostro sistema penale contro l'immigrato irregolare<sup>27</sup> ha in gran parte resistito sia al vaglio della Corte Costituzionale, sia al giudizio della

*attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 17 e ss.

<sup>26</sup> Corte di Giustizia UE, I sezione, sent. 6 dicembre 2012, Sagor (causa C-430/11), con nota di F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>27</sup> R. CRUPI, *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?*, cit., p. 289, utilizza l'espressione "microsistema" per indicare l'eccezionalità del sistema penale in materia di immigrazione; di "sottosistema penale/amministrativo" parla invece A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 85.

Corte di Giustizia europea. Non di meno, esso è rimasto ampiamente criticabile sotto vari profili, perché distante dal modello di un diritto penale liberale, vuoi sul versante della conformità alle garanzie penalistiche, vuoi dal punto di vista della ragionevolezza delle scelte di politica criminale che ne stanno a fondamento.

- Quanto al primo punto, non vi è dubbio che la scelta di incriminare le condotte di semplice inosservanza delle regole sull'ingresso nel territorio dello Stato (art. 10 bis TUIIMM) costituisca una palese infrazione di taluni tra i principi fondamentali del diritto penale.

In primo luogo, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte Costituzionale, il profilo della violazione del principio di eguaglianza permane, nonostante l'argomento utilizzato per escluderlo. Questo fa leva sull'individuazione di un presunto bene giuridico oggetto di tutela della norma incriminatrice che sarebbe identificabile nell'interesse dello Stato alla gestione dei flussi di migrazione.

Orbene, anche mettendo da parte un certo riserbo sulla possibilità di impiegare la nozione di bene giuridico come parametro di valutazione della razionalità delle scelte di incriminazione<sup>28</sup> - cautela peraltro avvalorata dalla flessibilità concettuale cui si presterebbe l'impostazione teorica che ammette una seriazione dei beni giuridici protetti dal diritto penale<sup>29</sup> -, è evidente come il tema dell'interesse tutelato sia troppo debole per legittimare il mantenimento in vita di una fattispecie incriminatrice del tutto priva di pregnanza offensiva; soprattutto laddove, come nel nostro caso, il reato considerato appaia anomalo non soltanto rispetto

<sup>28</sup> Si legga, in particolare, M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, 1995, pag. 283, il quale, pur escludendo che il bene giuridico imponga vincoli reali all'attività creativa del legislatore ordinario, tuttavia riconosce che esso abbia comunque una funzione critica di orientamento di politica criminale che si esplica pienamente solo se combinata al principio di sussidiarietà ed offensività del diritto penale. Negli stessi termini, più di recente, Id., *Legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, p. 33 e ss. Sul tema anche, T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pag. 124 e ss.; *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, pag. 671 e ss.; Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., pag. 271 e ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2001, pag. 28 e ss.; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985, pag. 11 e ss.

<sup>29</sup> Il pericolo che lo schema di seriazione dei beni giuridici oggetto di tutela penale, per quanto utile a verificare la concreta offensività dei singoli reati (disvalore d'evento), tuttavia possa condurre alla creazione di fattispecie che violano il principio di determinatezza, è evidenziato dallo stesso A. FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, pag. 798 e ss., il quale, come è noto, è stato uno dei propugnatori della teoria del rapporto bene strumentale - bene finale di tutela penale. L'autore, infatti, invita ad accertare attentamente che "l'individuazione di comportamenti illeciti con riferimento ad un bene strumentale che "media" tutta un'altra serie di beni, i più svariati, non finisca con l'inficiare la determinatezza (sostanziale) della fattispecie" e a riflettere "se il guardare al bene strumentale faccia perdere completamente di vista l'evento offensivo".

al principio di offensività, ma altresì se osservato in rapporto alle funzioni stesse del diritto penale moderno.

In effetti, a ben vedere, dietro l'apparente incriminazione di un fatto determinato che consisterebbe nell'inosservanza della disciplina sull'ingresso e il soggiorno dello straniero, vi è la volontà di sanzionare la *mera disobbedienza* alle regole predisposte per il controllo dei flussi migratori; disobbedienza dalla quale discenderebbe una "qualifica o qualità soggettiva" - quella di immigrato irregolare appunto - ritenuta portatrice di disvalore penale. A venire punita sarebbe dunque null'altro che una mera condizione soggettiva di *clandestinità*<sup>30</sup>.

In quest'ottica, l'idea che l'incriminazione protegga il superiore interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori costituisce un semplice escamotage concettuale, pensato per rimediare al pericoloso *vulnus* dell'eguaglianza che si annida nel sanzionare taluni soggetti in ragione del loro essere portatori della condizione di *immigrati irregolari*<sup>31</sup>.

Non vi è chi non si avveda come il ragionamento sviluppato dalla Consulta alla ricerca di un presunto interesse tutelato - quale l'interesse al governo dell'immigrazione - serva esclusivamente a riempire di contenuto offensivo condotte di per sé prive di disvalore penale, che sembrano semmai connotate esclusivamente da un profilo di illiceità extrapenale individuabile nel loro costituire un ostacolo che si frappone alle procedure amministrative per l'ingresso e il soggiorno regolare del migrante extracomunitario<sup>32</sup>.

Oltre che per il reato di clandestinità, tali considerazioni valgono altresì nei confronti delle fattispecie che sanzionano l'inosservanza dell'ordine di allontanamento emanato dal questore (art. 14 TUIMM). Qui, la *clandestinità/irregolarità* del migrante opera non come elemento costitutivo del fatto tipico, bensì come presupposto che giustifica l'emanazione del provvedimento amministrativo del questore, dalla cui inosservanza scaturisce la sanzione penale. Anche in questo caso, a venire punita è una condotta di mera disobbedienza ai pubblici poteri; un'inosservanza priva di disvalore penale<sup>33</sup>.

Se con riguardo alle norme incriminatrici appena indicate la violazione dei principi del diritto penale liberale appare tanto palese da essere incontestabile, intenti velatamente discriminatori si annidano anche in profili delle

---

<sup>30</sup> Come osserva, G. CAMPESI, *Migrazioni, sicurezza, confini nella teoria sociale contemporanea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2012, p. 14, l'irregolarità, che di per sé costituirebbe soltanto un'infrazione amministrativa senza vittima, diviene invece nel trattamento giuridico predisposto dall'ordinamento un indicatore di pericolosità sociale dell'individuo ed una vera e propria caratteristica personologica dell'immigrato.

<sup>31</sup> Per tutti, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 126 e ss.; di recente, anche, F. SIRACUSANO, *La condizione di clandestino come circostanza aggravata*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare*, cit., pag. 255 e ss.

<sup>32</sup> G. FERRERO, *Contro il reato di immigrazione clandestina*, Roma, 2009, p. 54-56.

<sup>33</sup> G. MARINUCCI, *Soggettivismo ed oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 19 e ss.

norme in questione meno esposti, in quanto non direttamente concernenti il diritto penale *stricto sensu* inteso, ma coinvolgenti il trattamento giuridico dello straniero nel suo complesso, quale punto di riferimento e base di partenza del trattamento penale. Si tratta di violazioni del principio di eguaglianza che si annidano nelle pieghe della disciplina amministrativa, cui le norme penali incriminatrici fanno rinvio.

Tale balzo di prospettiva - dal diritto penale al diritto amministrativo - non è fuor di luogo, sol che si consideri come laddove la violazione delle disposizioni extrapenali in materia di ingresso e soggiorno dello straniero costituisce il nucleo delle fattispecie di reato, il significato di queste ultime non può che ricavarsi dal contenuto delle prime. Come in un gioco degli specchi, la dimensione essenzialmente sanzionatoria degli illeciti penali riverbera lo spirito che pervade l'intera disciplina giuridica dell'immigrazione, al cui presidio le norme penali incriminatrici sono appunto predisposte.

Ebbene, dal punto di vista extrapenale, la "regolarità" dell'entrata o della permanenza del migrante entro i confini nazionali è vincolata al possesso di particolari requisiti di carattere economico. Se si escludono i casi di visto e di asilo, l'accesso è infatti consentito soltanto agli immigrati che possono far valere un contratto di lavoro (artt. 4, 5, 5bis TUIMM). Per converso, la condizione di *clandestinità* discende dal fatto di non vantare una posizione lavorativa per il rilascio del permesso di soggiorno.

L'acquisto o la perdita della condizione di immigrato *regolare* (*non clandestino*) dipende pertanto esclusivamente dal reddito. Lo straniero in grado di produrre uno, seppur minimo, è considerato benvenuto dall'ordinamento. Lo straniero nullatenente è invece respinto dello Stato come indesiderato ed indesiderabile.

La discriminazione, sebbene non palese, tuttavia sussiste: il godimento dei diritti fondamentali è di fatto subordinato alla presenza di precise condizioni economiche e sociali, in violazione dell'art. 3 Cost. E ciò, non è senza ricadute in ambito penalistico.

Qui, si punisce l'inosservanza delle regole che disciplinano l'ingresso e il soggiorno dello straniero, o la violazione di provvedimenti amministrativi emanati in conseguenza della suddetta inosservanza; sicché, i destinatari esclusivi delle norme penali incriminatrici appartengono ad una cerchia specifica di soggetti: coloro che non hanno avuto accesso al permesso di soggiorno per ragioni di censo<sup>34</sup>. Di conseguenza, tutti i reati collegati alla condizione di *clandestinità* del migrante sono reati "*propri*"<sup>35</sup> dello straniero, in quanto povero o indigente.

<sup>34</sup> A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, cit., p. 13 e ss.

<sup>35</sup> L'aggettivo è utilizzato in termini *a-tecnici*, non con riferimento alla categoria dei reati c.d. "propri" che richiedono una particolare qualifica soggettiva del soggetto attivo.

Saremmo dunque di fronte a qualcosa di più che un “*diritto penale speciale*”. Si tratterebbe invero di un diritto penale incentrato sul *reddito*, che stigmatizza l’immigrato povero, autore del reato, per il solo fatto di non poter egli giustificare in termini economici la propria presenza nel territorio nazionale.

Ecco così squarciato il velo di Maya dietro cui si nasconde forse la più odiosa delle discriminazioni perpetrate dalla disciplina giuridica dello straniero: quella basata sulla ricchezza. Il perno centrale attorno cui ruota tanto il trattamento extrapenale, quanto - di riflesso - il trattamento penale del migrante è la sussistenza di adeguati mezzi di sostentamento, che costituisce la chiave di volta per il passaggio da uno *status* di illiceità ad uno *status* di liceità.

È evidente come si sia ben distanti dal diritto penale del fatto e dai principi di materialità e di offensività. A venire sanzionata sarebbe semplicemente una condizione soggettiva di *nullatenenza* o di povertà, una qualifica che deriverebbe dalla mancanza di risorse economiche<sup>36</sup>.

In conclusione, si può dire che, anche ove si volesse concordare con la Corte Costituzionale nel ritenere che nulla vieti al legislatore di sanzionare penalmente l’atto del soggiornare o dell’entrare nel territorio statale illegalmente, giacché ciò costituirebbe pur sempre incriminazione di fatti e non di autentici modi di essere, pur tuttavia, la *ratio* discriminatoria della legge penale non verrebbe meno. Essa si ricaverebbe indirettamente dalla disciplina amministrativa di rinvio, che dà “significato” al precetto penale di tipo sanzionatorio.

- Come anticipato alle pagine precedenti, il diritto penale dell’immigrato irregolare appare irragionevole anche perché disfunzionale rispetto agli scopi della pena.

Non vi è dubbio che nella versione precedente la riforma del 2011, le incriminazioni qui esaminate risultassero del tutto irrazionali nel quadro degli scopi del diritto penale. La previsione della pena detentiva per violazioni di carattere essenzialmente amministrativo esprimeva in effetti un eccesso repressivo difficilmente giustificabile alla luce delle funzioni preventive proprie della pena<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Il trattamento giuridico dello straniero alimenta infatti un circolo vizioso: i vincoli imposti dalla politica dei flussi migratori riducono le possibilità per lo straniero di accedere ad una posizione lavorativa regolare; al contempo, essi incrementano la quota di migranti irregolari. Questi ultimi a loro volta scelgono il lavoro sommerso ed in tal modo si condannano ad uno *status* perdurante di irregolarità/ clandestinità, L. ZANFRINI, *Politiche e “non-politiche” migratorie nell’Unione europea*, in *Identità europea e politiche migratorie*, a cura di G. BOMBELLI, B. MONTANARI, Milano, 2008, p. 57.

<sup>37</sup> Sull’idea che un eccessivo sbilanciamento della pena verso la dimensione retributiva ne ostacoli la funzione di prevenzione generale, per tutti, A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, ora in *Il diritto penale fra norma e società*, Milano, 2009, vol. III, p. 928 e 929; nello stesso volume, Id. *Prevenzione generale e specifica (o speciale)*, p. 1068 e ss. Più di recente, sulla polidimensionalità della pena, anche L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, Milano, 2010, p. 9 e ss.

Si riscontrava una palese sproporzione rispetto alla gravità dei fatti sanzionati sia sotto il profilo della specie di sanzione prevista (la reclusione), sia dal punto di vista della misura della sanzione<sup>38</sup>. Si era cioè ben lontani dall'*idealtipo* della pena “giusta”, in grado di orientare la retribuzione verso il finalismo preventivo, mediante la rinuncia all'eccesso di severità e l'adesione al parametro di una corretta correlazione tra misura della pena e gravità dei fatti sanzionati<sup>39</sup>.

Orbene, non si può dire che lo scenario a tinte fosche appena tratteggiato sia radicalmente cambiato a seguito delle modifiche che la L.129/2011 ha apportato proprio al profilo sanzionatorio dei reati in materia di immigrazione.

Il passaggio dalla pena detentiva alla pena pecuniaria, benché da un lato, abbia eliminato le disfunzionalità del sistema sul versante della violazione del principio di proporzione, dall'altro lato però, non ha contribuito ad elidere gli aspetti di irrazionalità/irragionevolezza delle incriminazioni rispetto ai paradigmi sulla funzione della pena in generale.

Su tale versante infatti, l'incoerenza delle sanzioni previste riguardo agli scopi di prevenzione generale e speciale del diritto penale permane, nonostante appaia meno evidente che nel testo precedente la modifica legislativa del 2011. Qui, si trattava di una grossolana violazione degli scopi della pena e delle ragioni che giustificano l'esistenza stessa della pena e del diritto penale nello Stato di diritto; nella “nuova” disciplina penale dell'immigrazione invece, la pena pecuniaria utilizzata per la repressione di fatti in genere commessi da soggetti molto poveri o nullatenenti si mostra già in astratto incapace di svolgere una qualche funzione di prevenzione<sup>40</sup>.

Quale effetto di scoraggiamento, di distoglimento, di reale deterrenza può avere la minaccia della pena pecuniaria verso chi non possiede nulla? Agli occhi dell'immigrato, quale valore può apparire più importante del valore della sopravvivenza, sì da fungere da contropinta morale in grado di sollecitare la condivisione dell'interesse protetto?

È difficile immaginare che da una sanzione destinata a non avere alcuna applicazione possa provenire una spinta motivazionale verso la non-commissione in futuro del medesimo reato (prevenzione generale c.d. “negativa”); così come non si può sperare di ottenere alcun effetto di orientamento culturale (prevenzione generale c.d. “positiva<sup>41</sup>) dalla punizione di un fatto – l'ingresso o il sog-

<sup>38</sup> Sulla duplice dimensione della proporzione quale criterio per la determinazione della corretta misura della pena e come principio di garanzia che limita il potere repressivo dello Stato, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, p. 31 e 32.

<sup>39</sup> A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 1072; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 30 e 31;

<sup>40</sup> Sulla funzione general-preventiva e special-preventiva della pena pecuniaria, anche in chiave comparatistica, di recente, L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008.

<sup>41</sup> Sulla prevenzione generale positiva e negativa sia consentito ancora una volta il rinvio a A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 1070 e ss.

giorno illegali – che l’immigrato irregolare sovente percepisce come un traguardo indispensabile per il miglioramento delle proprie condizioni di vita, piuttosto che come un fatto carico di disvalore<sup>42</sup>.

Oltre ad apparire incoerente con riferimento ai fini della pena, la sanzione pecuniaria prevista per gli illeciti dell’immigrazione irregolare risulterebbe altresì afflitta da un elevatissimo tasso di ineffettività; o - per meglio dire - sarebbe affetta da un vizio di sostanziale “*inutilità*”. Essa è infatti destinata a colpire soggetti privi di risorse economiche, spesso addirittura sprovvisti di una precisa identità anagrafica che certamente non dispongono del danaro necessario a darle esecuzione. Ciò rende di fatto impossibile l’applicazione di tale pena, la quale di conseguenza diviene una sanzione pressoché inutile, in quanto inesequibile, e portatrice di una mera valenza simbolica.

- Si è così pervenuti all’ultimo punto di questo contributo, che riguarda l’ancillarità del diritto penale dell’immigrato al diritto amministrativo.

Come appena evidenziato, in tale ambito le sanzioni penali sono state concepite dal legislatore come sanzioni inutili, destinate a rimanere costantemente inesequite. Esse sono state pensate sin dalla loro genesi come meri manifesti di facciata. Sicché, dietro la scelta dell’ordinamento di non rinunciarvi, nonostante la previsione dell’indegna sorte che sarebbe loro spettata, debbono necessariamente nascondersi ragioni diverse da autentiche motivazioni politico-criminali; ossia, ragioni politiche in senso stretto.

Talune di queste reali istanze sono state già evocate *retro*: si è trattato delle ragioni della paura del diverso, contro cui è stato comodo innalzare le barricate del diritto penale, i cui temi ed i cui contenuti appaiono facilmente spendibili in termini di propaganda securitaria, da parte delle forze politiche di volta in volta al potere.

Sennonché, alla furbizia politica di impiegare la potestà penale come arma simbolica di una “lotta” da ingaggiare contro lo straniero si è affiancato anche un freddo calcolo utilitaristico, consistente nella volontà di incrementare il numero delle situazioni in presenza delle quali la legge legittima il ricorso alla misura dell’espulsione dell’immigrato irregolare. In tale ottica crudamente utilitaristica, l’impiego del diritto penale fungerebbe a null’altro se non che alla creazione di

---

<sup>42</sup> La criminalizzazione dell’immigrazione irregolare sarebbe dunque di per sé incapace di produrre effetti preventivi, in quanto rivolta contro soggetti “culturalmente” impossibilitati a percepire il comportamento punito come un disvalore morale o sociale, prima ancora che come un disvalore penale. Sul rapporto tra funzioni preventive della pena e provenienza culturale dell’autore dell’illecito, F. BASILE, *Localismo e non-neutralità culturale del diritto penale “sotto tensione” per effetto dell’immigrazione*, in, *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. RISICATO, E. LA ROSA, Torino, 2009, p. 213 e ss.

un'ulteriore occasione in cui l'ordinamento permette di predisporre l'espulsione coattiva dello straniero.

In effetti, se si osserva il *modus operandi* del sistema di incriminazioni pocanzi descritto, ci si accorge come esso sia congegnato in maniera da far sempre prevalere la sanzione dell'espulsione su qualunque altra misura punitiva, anche di carattere penale<sup>43</sup>.

Ciò è dimostrato dal fatto che laddove l'autorità amministrativa disponga l'espulsione dello straniero, il giudice penale è tenuto ad emettere sentenza di non luogo a procedere.; viceversa, quando il giudice pronuncia sentenza di condanna alla pena dell'ammenda, la condanna non preclude la futura espulsione da parte del prefetto. Inoltre, l'insolvibilità del condannato consente di sostituire la pena dell'ammenda con la misura dell'espulsione.

Il sistema è studiato pertanto per far sì che – come ha lucidamente evidenziato il compianto Maestro Prof. Marinucci – la vera sanzione per l'immigrazione clandestina «era e resti l'espulsione dal territorio dello Stato<sup>44</sup>».

Il che a sua volta svelerebbe come il diritto penale dell'immigrato irregolare lungi dal funzionare come deterrente contro la violazione delle regole predisposte dall'ordinamento per il controllo dei flussi migratori, servirebbe piuttosto da strumento utile a dare effettività e a rafforzare le procedure amministrative di rimpatrio e di espulsione.

Nulla di più distante dal paradigma classico del diritto penale quale *extrema ratio*.

Nel caso della penalizzazione del migrante irregolare, il diritto penale opera invero come “prima” *ratio*, in quanto è pensato come strumento da impiegare in via prioritaria, e a prescindere da altre misure punitive meno repressive; anzi, esso è addirittura asservito al sostegno di altre misure punitive, le quali vengono irrobustite nella loro efficacia dalla sostanziale inoperatività di sanzioni penali pecuniarie intenzionalmente concepite dall'ordinamento come “vasi vuoti”.

## THE IMMIGRATION CRIMINAL LAW: BRIEF REMARKS ON THE CRIMINAL LAW OF FEAR

### Abstract

Immigration Criminal Law should be more appropriately called “Criminal Law of the Irregular Immigrant”, since it shows to essentially be based on the criminalization

<sup>43</sup> Sulla natura essenzialmente “penale” della misura dell'espulsione, V. SCALIA, *L'espulsione dello straniero alla prova dei diritti fondamentali*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare*, cit. p. 363 e ss.

<sup>44</sup> Testualmente, G. MARINUCCI, *Soggettivismo ed oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, cit., p. 20.

of mere subjective “status”, rather than offensive managements of legal goods. Indeed, behind the protective shelter of an apparent balance between the need to legally protect human rights and the interest in controlling the migratory flow, the system of incriminations in this sector seems to be deeply imbalanced towards the punishment of types of perpetrators who are socially dangerous. It is namely a matter of model of criminal law very similar to the well known standard of “*Criminal Law of the Enemy*”.

The inspiring “ratio” of the discipline hasn’t even changed following its adjustment due to the obligation forced by the 2008/115/CE European legislation, decided with Law n.129 of August 2<sup>nd</sup> 2011. As a matter of fact this didn’t determine a total improvement of the system in a form of compliance to the fundamental principles of legal law, but on the contrary it expanded the *ancillary* function of criminal law towards the legal action of repatriation, without, on the other hand, removing the irrational aspects of the repressive decisions made by the Italian legislator.

# Le trasformazioni del diritto d'asilo

di Elisa Cavasino

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il quadro costituzionale – 3. Il quadro internazionale - 3.1. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani – 4. Il diritto dell'Unione europea – 4.1. Il ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea – 5. Le trasformazioni del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano – 6. Considerazioni finali.

## 1. *Premessa*

Da prerogativa sovrana dello Stato a diritto dello straniero che riceve garanzia costituzionale, l'asilo territoriale si sta trasformando in un istituto *recessivo*, destinato a cedere dinanzi ad altre forme di protezione dello straniero definite dal diritto sovranazionale europeo.

L'evoluzione della natura dell'istituto dell'asilo è stata determinata da precise scelte politiche, normative e giurisprudenziali. Queste scelte hanno comportato, per l'ordinamento costituzionale italiano, una limitazione della sovranità statale che si è tradotta nella non applicazione del diritto costituzionale dello Stato.

La trasformazione della natura del diritto d'asilo è stata lenta e silente. Non è ancora chiaro se sia stata dovuta al mutamento del *posto* del diritto costituzionale dello Stato in materia di diritti della persona rispetto al diritto sovranazionale o se sia stata tale da garantire un livello di tutela equivalente o più effettivo ai diritti fondamentali dello straniero.

## 2. *Il quadro costituzionale*

La Costituzione repubblicana riconosce alle persone che non possiedono lo *status* di cittadini italiani il diritto d'asilo in presenza di alcuni presupposti: l'art. 10 c. 3° Cost. li individua nell'impedimento, nel *paese dello straniero*, all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. In materia è posta una riserva di legge.

Nonostante la dottrina, già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, in una fase di aperto dibattito sulla natura programmatica o precettiva delle norme costituzionali, fosse orientata a riconoscere natura *precettiva* alla disciplina costituzionale sull'asilo<sup>1</sup>, sono note le difficoltà ad assicurare pienezza d'effetti a tale disposizione costituzionale. Ciò è stato dovuto, in particolare, all'assenza di interventi normativi in materia di condizione giuridica dello straniero sino alla fine degli anni '80 e ad orientamenti giurisprudenziali (soprattutto del Consiglio di Stato)<sup>2</sup> che – tranne rilevanti ma pur sempre *isolate* pronunce sul finire degli anni '90, rese peraltro dalla Cassazione civile in sede di regolamento di giurisdizione – hanno ritenuto di non poter dare *autonomia e effettività* all'istituto dell'asilo così come definito nel testo costituzionale ritenendo che l'art. 10 c. 3° Cost. andasse qualificato come una disposizione costituzionale meramente programmatica.

Negli anni più recenti, in un contesto socio-economico in cui l'Italia è divenuta la frontiera meridionale delle migrazioni verso lo spazio giuridico europeo, invece, le spinte verso la richiesta di applicazione della disciplina costituzionale sull'asilo sono state incessanti<sup>3</sup>.

Rispetto a queste *domande di protezione*, il testo costituzionale può offrire alcune importanti risposte.

La formulazione dell'art. 10 c. 3° Cost. è, infatti, idonea, di per sé, a garantire tutela a soggetti che entrano in contatto con agenti dello Stato. Si tratta di una forma di asilo territoriale.

È noto che l'asilo territoriale è una forma di protezione internazionale che, nel diritto internazionale classico, è ricondotta nell'ambito delle *prerogative sovrane* dello Stato<sup>4</sup>. Non è un diritto soggettivo; non costituisce cioè un limite alla sovranità statale, quanto, piuttosto una sua manifestazione: implica cioè, che la concessione dell'asilo territoriale non possa essere considerata come un atto ostile nei confronti dello Stato dal quale lo straniero proviene. L'asilo territoriale di cui all'art. 10 c. 3° Cost., assicura, invece, un "diritto" in senso proprio. Infatti, sebbene la Costituzione italiana non sia l'unica, fra le costituzioni dell'Europa occidentale successive alla II Guerra mondiale, a contenere una disciplina costituzionale dell'asilo, essa qualifica espressamente l'asilo come un diritto delle persone e ne definisce i presupposti in modo compiuto. Per tale ragione si tratta di una forma di protezione

<sup>1</sup> C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, 222, spec. 224.

<sup>2</sup> A partire da Cons. St. 27 febbraio 1952, n. 208.

<sup>3</sup> Negli ultimi venticinque anni sono aumentate le richieste di protezione dello straniero inoltrate alle autorità italiane. Cfr. il quadro emergente dalle statistiche del Ministero dell'Interno: [http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0551\\_statistiche\\_asilo.pdf](http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0551_statistiche_asilo.pdf)

<sup>4</sup> A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees International Law*, I, *Refugee Character*, Leyden, 1966, 57-60.

che, appunto, ha una struttura compiuta e consente all'interprete di applicarla direttamente per "rispondere" a "domande" di protezione provenienti da non cittadini.

È stato infatti autorevolmente ritenuto che la costituzionalizzazione dell'asilo, nella forma in cui è stata definita nell'ordinamento repubblicano, implichi il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo in capo allo straniero che si trovi nelle circostanze previste dall'art. 10 c. 3° Cost.<sup>5</sup>.

La disciplina costituzionale del diritto d'asilo assiste in modo pieno uno dei principi di struttura dell'ordinamento italiano: il principio democratico. L'asilo va, infatti, riconosciuto a coloro che rifiutano di mantenere un legame stabile con un ordinamento statale nel quale non sono effettivamente garantite forme di partecipazione democratica analoghe a quelle riconosciute dalla Costituzione italiana<sup>6</sup>. Così l'asilo diviene uno degli strumenti mediante i quali trova piena effettività l'idea di rapporto fra libertà ed autorità che è sottesa all'impianto della Costituzione repubblicana.

Il riferimento al *legame stabile* fra persona e ordinamento statale rinvia sicuramente all'idea di cittadinanza, ma può anche far riferimento a condizioni differenti, quale quella di straniero che soggiorna da lungo periodo sul territorio di uno Stato (questo sicuramente, varrebbe ad esempio, nel caso di apolidi).

Per quanto riguarda il riferimento alle *libertà democratiche*, si tratta di quelle libertà che caratterizzano le forme di *partecipazione politica* definite dal testo costituzionale. La lesione di *altre* libertà, pur se connesse a quelle che assistono la partecipazione politica, rilevarebbe soltanto se funzionale ad impedire *effettivamente* lo svolgimento delle forme di partecipazione politica.

Infine, in relazione al tipo d'impedimento che è necessario affinché si possa riconoscere il diritto d'asilo costituzionale, il riferimento all'*effettivo esercizio* delle libertà democratiche, implica una valutazione caso per caso e relativa alle condizioni nelle quali si svolgono i rapporti fra singolo e pubblici poteri in materia di esercizio del potere politico in un dato ordinamento.

Sul piano dell'esercizio della sovranità territoriale questo comporta delle limitazioni nell'esercizio della "sovranità" in materia di ingresso, soggiorno allontanamento dello straniero e di svolgimento delle attività di controllo delle frontiere e del territorio<sup>7</sup>.

In particolare, è maggioritaria la tesi che l'art. 10 c. 3° Cost. implichi un diritto all'ingresso ed al soggiorno sul territorio statale in presenza dei presupposti definiti nel testo costituzionale e sino a che essi perdurino<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1975, 461, 532.

<sup>6</sup> G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992.

<sup>7</sup> M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, 173 ss.

<sup>8</sup> Per tutti A. CASSESE, *Art. 10*, loc. ult. cit.

Inoltre, in ragione della *ratio* di questa forma di protezione dello straniero, ci si potrebbe spingere sino a riconoscere parità di trattamento fra straniero titolare del diritto d'asilo e cittadini per quanto riguarda l'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantite, eccetto i diritti e le libertà relative alla partecipazione politica.

### 3. *Il quadro internazionale*

Nel diritto internazionale esiste una costellazione di regimi di protezione dello straniero, il cui fulcro è ormai divenuta la Convenzione delle Nazioni Unite relativa allo *status* di rifugiato<sup>9</sup>.

La disciplina convenzionale si colloca nell'alveo di quanto disposto dall'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani<sup>10</sup> secondo la quale allo straniero è riconosciuto soltanto il diritto a *cercare* asilo territoriale.

La Convenzione di Ginevra, infatti, riconosce una forma di protezione che non prevede il diritto all'ingresso sul territorio degli Stati contraenti per cercare di ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato<sup>11</sup>. Si tratta di un trattato multilaterale che non prevede meccanismi di monitoraggio *ad hoc*. Nonostante ciò e grazie all'opera dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), il trattato è fra quelli che hanno raggiunto un elevatissimo numero di ratifiche ed è diventato uno dei principali strumenti di protezione dello straniero.

Il regime di protezione internazionale disciplinato dalla Convenzione ha carattere *precario* e *sostitutivo*, nel senso che si attiva nei casi in cui una persona si trovi al di fuori dei confini dello Stato di cui è cittadino e sia sprovvista della *protezione* derivante dallo *status* di cittadinanza (o, in caso di apolidi, dello Stato con cui il singolo ha un legame stabile), laddove il singolo non può o non intende avvalersene in ragione della sussistenza di un «ben fondato pericolo» di essere perseguitato per finalità discriminatorie.

Inoltre, sono previsti casi di cessazione e di esclusione dal regime di protezione<sup>12</sup>.

In particolare, i casi di cessazione dello *status* di rifugiato evidenziano la natura precaria e sostitutiva del regime di protezione. Infatti, essi sono definiti in

<sup>9</sup> Aperta alla firma a Ginevra nel 1951 ed entrata in vigore nel 1954, e il relativo protocollo addizionale del 1967, che ha eliminato alcune limitazioni di carattere temporale e geografico al riconoscimento dello *status*. Di notevole importanza poi la *giurisprudenza* degli organi di monitoraggio della Convenzione ONU contro la Tortura e del Patto Internazionale sui diritti civili e politici. J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, 91.

<sup>10</sup> Adottata il 10 dicembre 1948.

<sup>11</sup> Sul tema cfr. J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, 154 ss.

<sup>12</sup> Artt. 1C e 1F Conv. Ginevra 1951. Sul tema G. GOODWIN-GILL, J. MC ADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, III ed., 135 ss.

relazione alla esistenza di un rapporto di cittadinanza con uno Stato diverso da quello che ha riconosciuto lo *status* di rifugiato, dove la cittadinanza viene intesa come *status* che assicura alla persona «protezione» nel rapporto con altri Stati<sup>13</sup>.

Quanto ai casi di esclusione, si tratta di situazioni in cui il singolo, pur trovandosi nella condizione prevista dall'art. 1A della Convenzione, abbia commesso dei particolari tipi di reati<sup>14</sup>.

Anche altre *core clauses* della Convenzione testimoniano a natura precaria e sostitutiva dello *status* di rifugiato. In particolare ci si riferisce al *divieto di refoulement* sancito dall'art. 33 Conv. Ginevra<sup>15</sup>. L'art. 33 c. 1° impedisce espulsioni o respingimenti dei rifugiati verso territori nei quali potrebbe essere a rischio la loro vita o la loro libertà in ragione di atti discriminatori perpetrati su quei territori. Il limite al *refoulement* è temperato dal 2° comma che ammette la possibilità di respingere o espellere, anche in tali casi, se il rifugiato costituisce un pericolo per la «sicurezza» o, nel caso in cui sia stato condannato per atti criminali, per «la comunità» dello Stato che aveva riconosciuto lo *status* di rifugiato.

### 3.1. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Nel quadro della disciplina internazionale sulla protezione dello straniero, negli ultimi decenni si è ormai stabilmente inserita la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani<sup>16</sup>.

La Corte di Strasburgo, muovendo da alcune disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani, contribuisce a costruire un regime di protezione *alternativo* all'asilo e allo *status* di rifugiato.

In particolare, ci si riferisce alla giurisprudenza che limita i poteri di respingimento alla frontiera o di espulsione facendo leva sugli articoli 3 e 5 e sul protocollo n. 4 allegato alla Convenzione europea dei diritti umani (CEDU). Si potrebbe dire che si tratta di una forma di protezione dello straniero elaborata in via pretoria. Proprio per questo essa presenta caratteri molto differenti dalla struttura del diritto all'asilo e dello *status* di rifugiato come definito dalla Convenzione di Ginevra.

Si tratta in definitiva di limiti al potere *sovrano* dello Stato di definire la condizione giuridica dello straniero che implicano il superamento dello *schema classico*,

<sup>13</sup> Si tratta di casi di ricostituzione del rapporto di cittadinanza con lo Stato da cui lo straniero era fuggito *per facta concludentia* o mediante atti formali che provino ad esempio il riacquisto della cittadinanza o di acquisto di una nuova cittadinanza.

<sup>14</sup> Atti contrari ai principi delle Nazioni Unite o crimini di guerra o contro l'umanità o la pace; gravi delitti non politici al di fuori dello Stato di rifugio; atti contrari alla *ratio* dei principi ONU.

<sup>15</sup> A. ZIMMERMANN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A commentary*, 2011, 1327 ss.

<sup>16</sup> Sul tema cfr. A. SACCUCCI, *Il diritto d'asilo nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2011, 81 ss.

incentrato sul principio di reciprocità, che legava lo *status* giuridico dei non cittadini ai rapporti che intercorrevano fra lo Stato di cittadinanza (o di *appartenenza*) dello straniero e lo Stato sul cui territorio questo si trovava.

Il principio di legalità, così come definito nel testo dell'art. 5 CEDU, del protocollo n. 4 sulle espulsioni *di massa* (e anche dall'art. 13 laddove sancisce il diritto ad un rimedio *effettivo* avverso lesioni dei diritti garantiti dalla Convenzione)<sup>17</sup> ed il principio di *dignità* della persona, sancito dall'art. 3 CEDU<sup>18</sup>, importano limiti al potere degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti umani di esercitare poteri autoritativi legati all'esercizio della *sovranità* dello Stato e che possono mettere in pericolo la tutela della vita, dell'integrità personale, della libertà personale dello straniero *ulteriori* o comunque *rafforzativi* rispetto a quelli derivanti dalla Convenzione di Ginevra<sup>19</sup>.

La giurisprudenza più recente sull'art. 3 CEDU ha rafforzato il principio di *non refoulement* che, come si è detto, era già stato sancito dalla Convenzione di Ginevra. Nel quadro delle norme della CEDU, le *deroghe* al divieto di *refouler* poste dal secondo comma dell'art. 33 Conv. Ginevra sono state fortemente limitate nel campo e nelle forme di applicazione in ragione della finalità di garantire effettività al principio di *dignità* personale definito in quella *core clause* della CEDU, al punto da far ritenere che non sia possibile effettuare un vero e proprio *bilanciamento* fra esigenze imperative dello Stato di tutela della *sicurezza nazionale* e obblighi di protezione dello straniero *ex art. 3 CEDU*<sup>20</sup>.

#### 4. Il diritto dell'Unione europea

Dalla metà degli anni '90 dello scorso secolo è stato avviato un processo di attrazione al livello sovranazionale delle competenze statali in materia di protezione dello straniero.

<sup>17</sup> ECHR judg. 24.4.2008, *C.G. and Others v. Bulgaria*, appl. no. 1365/07; ECHR judg. 20.6.2002, case *Al-Nashif vs Bulgaria*, appl. n. 50963/99; sulle espulsioni di massa ECHR admissibility decision *Conka vs Belgium*, judg. 5.2.2002, appl. n. 51564/99.

<sup>18</sup> A partire da ECtHR *Soering vs United Kingdom* judg. 7.7.1989, appl. n. 14038/88.

<sup>19</sup> Cfr. sul tema A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *DUDI*, 2009, 591; ECtHR *Hirsi Jamaa and others vs Italy*, su cui N. NAPOLETANO, *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *DUDI*, 2012, 436; A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2012, 2358; sul tema cfr. anche F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, in *DUDI*, 2010, 487; ECtHR Grand Chamber *Saadi vs Italy* judg. 28.2.2008, appl. n. 37201/06.

<sup>20</sup> Percorso ormai chiarissimo da *Saadi vs Italy* in poi. Cfr. ad esempio ECHR judg. 24.4.2008, *C.G. and Others v. Bulgaria*, appl. no. 1365/07; ECHR judg. 20.6.2002, *Al-Nashif vs Bulgaria*, appl. n. 50963/99. Sul tema sia consentito rinviare a E. CAVASINO, *Refoulement, divieto di tortura, rischi per la sicurezza nazionale: riflessioni sulle forme di un difficile bilanciamento*, in P. GARGIULO, M.C. VITUCCI (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Napoli, 2009, 379; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, in *DUDI*, 2011, 343 ss.

Subito dopo aver avviato un percorso volto alla costruzione di uno spazio europeo senza frontiere (a partire dagli accordi di Schengen del 1985) l'Europa è stata attraversata da imponenti flussi migratori provenienti da Est e da Sud.

Alla costruzione di uno *spazio giuridico europeo senza frontiere interne* è quindi corrisposta un'azione, prima politica e poi normativa, volta a *gestire* l'ingresso dalle frontiere esterne e a definire un quadro normativo comune in materia di condizione giuridica dello straniero che intendeva far ingresso nello spazio giuridico europeo per inoltrare delle richieste di riconoscimento di forme di protezione disciplinate o dal diritto internazionale o dal diritto nazionale.

Il processo d'integrazione europea dei regimi di protezione dello straniero ha vissuto una forte accelerazione a partire dall'inserimento del titolo IV nel trattato CE ad opera del Trattato di Amsterdam<sup>21</sup>.

Dal 2001 al 2005 sono stati adottati importanti atti di diritto derivato che hanno definito un quadro molto articolato dei regimi europei di protezione dello straniero. Si tratta della protezione temporanea di massa<sup>22</sup>; della disciplina sulla responsabilità degli Stati membri per la presa in carico delle domande di asilo<sup>23</sup>; della disciplina sulle condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo<sup>24</sup>; delle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e della disciplina della condizione dei rifugiati; del regime di protezione sussidiaria<sup>25</sup>.

Le modifiche ai trattati istitutivi apportate nel 2010 con il trattato di Lisbona implicano una ulteriore limitazione dei poteri normativi degli Stati in materia<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> D. BOUTELLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, Paris, 2001, 125 ss.; E. GUILD, C. HARLOW (ed.s), *Implementing Amsterdam*, Oxford and Portland, 2001; B. NASCIBENE, *Introduzione*, in B. NASCIBENE, *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, XXXI, spec. XLIV ss.

<sup>22</sup> Dir. 2001/55/CE.

<sup>23</sup> Cosiddetti processi di Dublino I e II (cfr. Reg. 343/2003/CE e reg. 1560/2003/CE) su cui C. FARIA (ed.), *The Dublin Convention on Asylum. Between Reality and Aspirations*, Maastricht, 2001. Il 29 giugno 2013 è stato pubblicato in GUUE il Reg. 604/2013/UE del 26 giugno 2013, cosiddetto Dublino III, che ha abrogato il reg. 343/2003/CE e gli artt. 11.1, 13, 14, 17 reg. 1560/2003/CE e che è entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

<sup>24</sup> Dir. 2003/9/CE, poi modificata dalla dir. 2013/33/UE.

<sup>25</sup> Rispettivamente dir. 2005/85/CE e dir. 2004/83/CE, poi abrogate e sostituite, rispettivamente, dalle dir. 2013/32/UE e 2011/95/UE.

<sup>26</sup> Art. 78.2 TFUE: «[...] il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure relative a un sistema europeo comune di asilo che includa:

a) uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione;  
 b) uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale;  
 c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio;  
 d) procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria [...]». Sul tema cfr. B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Padova, 2011, 105 ss.

Ciò per effetto dell'applicazione, in questa materia, da un lato, del principio di sussidiarietà nell'esercizio dei poteri normativi dell'Unione e, dall'altro, dei principi di solidarietà e responsabilità che presiedono alla definizione delle relazioni fra Stati membri ed Unione nell'applicazione del diritto UE.

Si può affermare che, per effetto della disciplina dell'Unione europea e, come si dirà nelle pagine che seguono, dell'interpretazione che ne è stata offerta dalla Corte di Giustizia, l'istituto dell'asilo, così come storicamente configurato nel diritto internazionale e poi costituzionalizzato nel II Novecento in Europa è un regime di protezione destinato a *dissolversi* nei regimi definiti dal diritto dell'Unione europea.

Più precisamente, l'autonomia del diritto d'asilo è messa in discussione dall'impianto della disciplina dei regimi UE di protezione dello straniero a causa della circostanza che, per costruire quello che oggi è definito il sistema europeo comune di asilo (CEAS)<sup>27</sup>, sotto l'ombrello dell'*asilo* è stata fatta rientrare la disciplina dello *status* di rifugiato e che nel quadro della espressione «richieste di *asilo*», vengono genericamente fatte rientrare tutte le richieste di accesso ai diversi regimi di protezione definiti dal diritto dell'Unione.

Ulteriori elementi a sostegno di questa tesi sono costituiti da alcune disposizioni dei trattati istitutivi come riformati dal Trattato di Lisbona e dalla disciplina di attuazione dell'art. 78 TFUE adottata dal 2011 ad oggi.

I trattati, pur mantenendo un regime specifico dedicato all'*asilo* per le richieste di protezione inoltrate da cittadini dell'Unione a Stati membri diversi da quello di cittadinanza, non fanno riferimento all'*asilo* come disciplinato dal diritto costituzionale degli Stati, quanto, piuttosto, all'*asilo* di cui alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati e alla protezione alternativa assicurata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>28</sup>.

La riformulazione dei trattati e la disciplina di attuazione degli stessi rendono evidente che l'individuazione di una disciplina uniforme dei regimi di protezione dello straniero e di procedure comuni per il loro riconoscimento è considerata uno strumento imprescindibile per realizzare le politiche europee dell'immigrazione.

L'erosione delle competenze nazionali, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avviene secondo moduli che in passato sono stati propri della costruzione del mercato interno: atti vincolanti di diritto derivato in materia di protezione dello straniero contengono, infatti, espressi riferimenti al concetto

---

<sup>27</sup> Programma dell'Aja, Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004. Cfr. COM 2005(184)def in cui si anticipano, al punto 3) l'incremento delle competenze normative dell'Unione in materia di protezione dello straniero e la conseguente adozione di atti di diritto derivato in materia di regime uniforme di asilo.

<sup>28</sup> Protocollo n. 24 *sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea*.

di ravvicinamento<sup>29</sup> e di armonizzazione<sup>30</sup> delle legislazioni nazionali laddove si qualificano come atti che danno attuazione all'art. 78 par. 2 TFUE.

Questa tecnica normativa mira ad evitare che quadri normativi e, soprattutto, prassi applicative e giurisprudenziali nazionali troppo differenti, possano determinare effetti pregiudizievoli sul piano della realizzazione degli obiettivi europei in materia di protezione dello straniero fra i quali i movimenti secondari degli stranieri beneficiari dei regimi di protezione, e, dunque, la difficoltà ad assicurare un'equa ripartizione delle responsabilità e della solidarietà fra gli Stati membri e differenti livelli di tutela dei diritti umani<sup>31</sup>. Quest'ultimo effetto, peraltro, è stato già accertato dalla Corte europea dei diritti umani nel caso *M.S.S. vs Belgium and Greece*<sup>32</sup>. Per tale ragione, si è reso necessario intervenire nuovamente sui criteri per l'allocatione della responsabilità fra gli Stati membri per le richieste di protezione, approvando il reg. n. 604/2013/UE cosiddetto Dublino III<sup>33</sup>.

Inoltre, è evidente che mediante l'uniformazione di criteri, procedure e presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria, l'Unione europea diviene il soggetto *politico* dominante, a livello europeo, in materia di formazione di prassi interpretative della stessa Convenzione di Ginevra, capace d'incidere anche sull'ambito di applicazione *autonomo* delle disposizioni della CEDU in materia di protezione dello straniero.

#### 4.1. Il ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

La recessività dei regimi di protezione dello straniero definiti dal diritto degli Stati membri emerge in diverse pronunce della Corte di giustizia e, in particolare, nella sentenza emessa dalla Grande Sezione il 9 novembre 2010<sup>34</sup>.

Questa pronuncia appare di estremo interesse poiché affronta alcuni degli aspetti più problematici del rapporto fra la disciplina dei regimi UE di protezione dello straniero, il diritto costituzionale degli Stati membri e le norme internazionali rilevanti in materia.

<sup>29</sup> Dir. 2011/95/UE *considerando* n. 13; dir. 2013/32/UE *considerando* n. 13.

<sup>30</sup> Dir. 2013/33/UE *considerando* n. 12.

<sup>31</sup> Cfr. Com 2011(835)def; dir. 2011/95/UE *considerando* n. 13; dir. 2013/32/UE *considerando* n. 9; dir. 2013/33/UE *considerando* nn. 10-13 spec. n. 12.

<sup>32</sup> ECtHR judg. 21.1.2011 *M.S.S. vs. Belgium and Greece* appl. n. 30696/09.

<sup>33</sup> Reg. 604/2013/UE *considerando* nn. 8 e 9.

<sup>34</sup> CGUE Grande Sez., sent. 9.11.2010 C-57/09 e 101/09, *Bundesrepublik Deutschland c. B (causa C 57/09), D (causa C 101/09)*, su cui cfr. F. LENZERINI, *Diritto d'asilo e esclusione dello status di rifugiato. Luci e ombre nell'approccio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *riv. dir. int.*, 2011, 103 ss. spec. 131 che ritiene «sostanzialmente corretta» la posizione della Corte rispetto alla soluzione della V questione pregiudiziale.

La Corte di Giustizia, infatti, in sede di rinvio pregiudiziale d'interpretazione del diritto dell'Unione ha ritenuto di poter esercitare le proprie competenze su questioni pregiudiziali aventi ad oggetto l'interpretazione della direttiva 2004/83/CE «nel caso particolare in cui il diritto nazionale di uno Stato membro rinvii al contenuto delle disposizioni di una convenzione internazionale, che sono riprese dalla direttiva in parola, per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna al detto Stato».

La Corte di Giustizia ha ritenuto di avere competenza sulla base dell'esistenza di «un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni di tale convenzione internazionale riprese dal diritto nazionale e dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (v., per analogia, sentenza 2 marzo 2010, cause riunite C-175/08, causa C-176/08, causa C-178/08 e C-179/08, *Salabadin Abdulla e a.*, Racc. pag. I-1493, punto 48)»<sup>35</sup>.

In tal modo si è ritenuto di poter procedere all'interpretazione *anche* delle norme internazionali rilevanti in materia di regimi UE di protezione dello straniero e si pone dunque nella posizione di contribuire ad elaborare *il diritto vivente di matrice giurisprudenziale* in materia.

In secondo luogo, la Corte di Lussemburgo, nell'affrontare il tema dei rapporti fra regimi costituzionali nazionali di protezione dello straniero e diritto dell'Unione, proprio con riferimento al rapporto fra diritto d'asilo e i regimi UE di protezione dello straniero disciplinati dalla dir. 2004/83/CE (ossia lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria) ha affermato che «in considerazione dello scopo delle cause di esclusione della direttiva, che è quello di preservare la credibilità del sistema di protezione da essa previsto, nel rispetto della Convenzione di Ginevra, la riserva che compare all'art. 3 della direttiva osta a che uno Stato membro adotti o mantenga in vigore disposizioni che concedono lo status di rifugiato previsto da quest'ultima ad una persona che ne è esclusa a norma dell'art. 12, n. 2»<sup>36</sup>.

Gli Stati membri rimangono competenti a riconoscere uno *status* di protezione nazionale «per ragioni diverse dalla necessità di protezione internazionale ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva, vale a dire a titolo discrezionale e per ragioni caritatevoli o umanitarie» poiché ciò «non rientra, come precisato dal nono 'considerando' della direttiva, nell'ambito di applicazione di quest'ultima» a patto che il regime di protezione garantito dal diritto dello Stato «non deve tuttavia poter essere confuso con lo status di rifugiato ai sensi della direttiva»<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> CGUE Grande Sez., sent. 9.11.2010 C-57/09 e 101/09, cit., par. 71.

<sup>36</sup> CGUE Grande Sez., sent. 9.11.2010 C-57/09 e 101/09, cit., parr. 113 e 115.

<sup>37</sup> CGUE Grande Sez., sent. 9.11.2010 C-57/09 e 101/09, cit., parr. 118 e 119. Cfr. anche parr. 120 e 121 dove si afferma che: «nei limiti in cui le norme nazionali che accordano un diritto d'asilo

In tal modo la Corte ha esercitato le proprie competenze in sede di rinvio pregiudiziale d'interpretazione per mirare all'obiettivo poi perseguito dalla disciplina UE di attuazione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: realizzare una disciplina uniforme sui regimi di protezione dello straniero e una procedura comune per il riconoscimento degli stessi<sup>38</sup>.

##### 5. *Le trasformazioni del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*

L'applicazione e l'attuazione della disciplina costituzionale sul diritto d'asilo sono state *effettivamente realizzate*?

Dinanzi al silenzio del legislatore, la giurisprudenza ha mostrato forti resistenze ad applicare *direttamente* l'art. 10 c. 3° Cost., fin quando, in sede di regolamento di giurisdizione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che il diritto d'asilo garantito dalla Costituzione italiana è un diritto soggettivo perfetto e che la disposizione costituzionale presenta una struttura tale da consentirne la diretta applicazione<sup>39</sup>.

Tuttavia, era evidente che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, per le ragioni che sono state già prospettate nelle pagine precedenti, il regime costituzionale di protezione dello straniero non avrebbe potuto mantenere una sua *autonomia* (e, per alcuni aspetti, *piena effettività*).

La stessa Corte di Cassazione, infatti, fra il 2004 ed il 2007 emise alcune pronunce che, pur ribadendo la natura di diritto soggettivo perfetto dell'asilo, lo configuravano come una situazione giuridica di carattere *provvisorio* e *strumentale* al riconoscimento dello *status* di rifugiato (come disciplinato dalla disciplina UE e dalle norme interne di attuazione<sup>40</sup>).

Quest'orientamento giurisprudenziale faceva leva soprattutto sull'interpretazione della disciplina interna – di rango primario – in materia di protezione dello straniero, disciplina tutta costruita o per dare adempimento ad obblighi inter-

---

a persone escluse dallo status di rifugiato ai sensi della direttiva permettono di distinguere chiaramente la protezione nazionale da quella concessa in forza della direttiva, esse non contravvengono al sistema di quest'ultima. [...] [G]li Stati membri possono riconoscere un diritto d'asilo in forza del loro diritto nazionale ad una persona esclusa dallo status di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2, di tale direttiva, purché questo altro tipo di protezione non comporti un rischio di confusione con lo status di rifugiato ai sensi della stessa direttiva».

<sup>38</sup> Cfr. dir. 2001/95/UE considerando nn. 7-9 e n. 13.

<sup>39</sup> Cass. SSUU 26.5.1997, n. 4674. Sulla *svolta* giurisprudenziale P. BONETTI, in B. NASCIBENE, *Diritto degli stranieri*, cit., 1136, spec. 1157 ss.

<sup>40</sup> Spec. Cass. civ. sez. I 25.11.2005 n. 25028; Cass. civ. sez. I 25.8.2006 n. 18549; Cass. civ. sez. VI 27.7.2010 n. 17576. Sul tema G.M. RUOTOLO, *Diritto d'asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, IV, 1819.

nazionali (richiamando la l. n. 39 del 1990 come modificata dal d.lgs. n. 286/1998 e dalle sue successive modifiche ed integrazioni) o ad obblighi comunitari (ad esempio il d.lgs. n. 140 del 2005 di attuazione della dir. 2003/9/CE).

In realtà questa ricostruzione dei rapporti fra diritto d'asilo e *status* di rifugiato appariva criticabile – a mio parere – sotto diversi aspetti, fra cui in primo luogo l'idea che un diritto costituzionalmente garantito potesse essere di fatto *funzionalizzato* al riconoscimento di un regime di protezione di derivazione internazionale. In altri termini, la giurisprudenza di legittimità, sulla base di una ricostruzione della disciplina vigente e senza tenere in adeguata considerazione il profilo dei rapporti fra Costituzione e altre fonti del diritto e il problema dell'effettività della garanzia di diritti costituzionalmente garantiti, aveva determinato la *confusione* dell'istituto dell'asilo con lo *status* di rifugiato<sup>41</sup>, contrariamente all'opinione della dottrina dominante<sup>42</sup>.

Negli anni più recenti, a seguito del percorso di attuazione dell'*ex* titolo IV del trattato CE su visti, asilo ed immigrazione, tale ricostruzione è stata superata, ma non nel senso di assicurare nuovamente autonomia ed immediata precettività all'asilo *ex* art. 10 c. 3° Cost.

Oggi emerge, infatti, sia in dottrina che nella giurisprudenza di legittimità, l'opinione secondo la quale sarebbe stato dato svolgimento all'art. 10 c. 3° Cost. attraverso una articolata disciplina, contenuta in diversi atti normativi, molti dei quali sono decreti legislativi di *attuazione* del diritto dell'Unione europea<sup>43</sup>.

La Corte di Cassazione, in particolare, ha mutato orientamento rispetto alla ricostruzione dei rapporti fra la protezione umanitaria, lo *status* di rifugiato ed il diritto di asilo *ex* art. 10 c. 3° Cost.

Nella giurisprudenza più recente si afferma che tutti questi regimi di protezione avrebbero identica «natura giuridica» essendo parimenti «riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali [...] sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina interna vigente»<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Sia consentito rinviare a E. CAVASINO, *Un passo indietro nell'interpretazione dei rapporti fra diritto d'asilo e status di rifugiato nell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2007, 318.

<sup>42</sup> Nella dottrina italiana *ex multis* A. CASSESE, *Art. 10*, cit., 539 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 217; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, Milano, 2009, capitoli I e II. E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Art. 10*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 242, spec. 256. Nella dottrina straniera G. GOODWIN-GILL, J. MC ADAM, *The Refugee in International Law*, cit., 355 ss.

<sup>43</sup> In particolare, si tratta del d.lgs. n. 251/2007, che dà attuazione alla dir. 2004/83/CE; del d.lgs. n. 25/2008, di attuazione della dir. n. 2005/85/CE e della disciplina sul permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui al d.lgs. n. 286/1998. P. BONETTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, cit., 35, spec. 52 ss.

<sup>44</sup> Cass. sez. I 13.6.2011 n. 12940 e 12939 secondo cui questa comune natura delle diverse forme di protezione dello straniero «ha in particolare trovato espressa conferma nelle norme di attuazione delle direttive 2004/83/CE e 2005/85/CE, di cui, rispettivamente, al D.Lgs. n. 251 del

In particolare, facendo leva sul dettato dell'art. 34 c. 4 d.lgs. n. 251 del 2007 (disciplina che dà attuazione alla dir. 2004/83/CE)<sup>45</sup> la Suprema Corte ha ritenuto che il legislatore avesse inteso *confermare* «la pluralità delle forme di protezione internazionale nelle quali trova attuazione l'art. 10 Cost.», con l'implicazione sul piano procedurale del «netto favore legislativo per l'esame unico delle condizioni e delle ragioni umanitarie del richiedente asilo»<sup>46</sup>.

Inoltre, dall'*identità della natura giuridica* delle diverse forme di protezione dello straniero s'inferisce che anche al permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 19 c. 1 d.lgs. n. 286/1998 (che riflette il principio del *non refoulement*) viene riconosciuta natura di diritto soggettivo che gode di garanzia costituzionale *ex art. 2 Cost.*<sup>47</sup>.

Da qui la difficoltà a configurare *autonomamente* l'istituto dell'asilo rispetto agli altri regimi di protezione dello straniero sul piano delle *fonti di disciplina*, del *fondamento costituzionale*, delle *forme di garanzia*, delle *modalità di esercizio*.

È indicativo che nei *reports* statistici del Ministero dell'Interno *manchi* il riferimento alle domande di riconoscimento del diritto d'asilo *ex art. 10 c. 3° Cost.*, mentre tutte le richieste di accesso ad uno qualsiasi dei regimi di protezione dello straniero, disciplinati ai sensi della normativa interna di adempimento agli obblighi UE o internazionali, venga classificato come domanda o richiesta d'asilo<sup>48</sup>.

---

2007 e D.Lgs. n. 25 del 2008 (parzialmente modificato con il D.Lgs. n. 159 del 2008). L'art. 32 del primo testo normativo ha attribuito le valutazioni relative ai presupposti per la concessione dei permessi di soggiorno umanitari alle stesse commissioni territoriali competenti per l'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato e la concessione della "protezione sussidiaria" di cui al D.Lgs. n. 25 del 2008, art. 2, lett. e), mentre l'art. 34, ha stabilito l'equivalenza degli effetti delle dette misure di "protezione sussidiaria" e dei permessi di soggiorno per ragioni umanitarie; appare evidente che la ratio di entrambe le norme è individuabile proprio nell'accettata identità di natura delle situazioni giuridiche (Cass. S.U. 2009/19393)».

<sup>45</sup> Tale disposizione prevede che il permesso umanitario di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, rilasciato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 251 del 2007 al momento del rinnovo muta il titolo in protezione sussidiaria.

<sup>46</sup> Cass. civ. sez. VI 18.2.2011 nn. 4139 e 4140. Secondo la Suprema Corte «con la domanda di protezione internazionale, ancorchè indistinta, il richiedente ha diritto all'esame delle condizioni di riconoscimento delle due misure di protezione internazionale, previste nelle Direttive, ma senza escludere la possibilità del rilascio di un permesso sostenuto da ragioni umanitarie o da obblighi internazionali o costituzionali diversi da quelli derivanti dal citato art. 3 CEDU (ormai ricompreso espressamente nella protezione sussidiaria) o da quelli indicati nel D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 14, lett. c) (la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno od internazionale)».

<sup>47</sup> *Ex multis* Cass. civ. sez. I 17.2.2011, n. 3898.

<sup>48</sup> Cfr. [http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0551\\_statistiche\\_asilo.pdf](http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0551_statistiche_asilo.pdf)

## 6. Considerazioni finali

L'opzione ricostruttiva dei rapporti fra diversi regimi di protezione dello straniero che implica l'effetto della *dissoluzione* dell'autonomia del diritto costituzionale d'asilo presenta degli aspetti positivi sul piano delle *procedure* per il riconoscimento di una forma di protezione allo straniero e sul piano delle *garanzie* giurisdizionali del *diritto* ad accedere ad un regime di protezione.

Infatti, essa è funzionale all'esercizio del *governo* dei flussi migratori e della giurisdizione sulla legittimità degli atti di "governo" degli stessi *nel quadro di un contesto normativo a rete*, in cui si intersecano norme costituzionali, sovranazionali ed internazionali<sup>49</sup>.

Almeno sugli atti di accertamento di *situazioni giuridiche soggettive* legate alla tutela dei diritti inviolabili della persona o dei diritti dell'uomo, la perdita di autonomia precettività della disciplina costituzionale dell'asilo consente di adattare le garanzie richieste dalla legalità costituzionale alle necessità proprie di un contesto normativo *multilivello*, in cui ciò che appare essere l'obiettivo dell'interprete è quello di *assicurare forme di tutela sostanzialmente* rispettose di tutte norme prodotte dai diversi ordini normativi.

Ma ciò può anche comportare una riduzione delle garanzie costituzionali dei diritti dello straniero.

Il diritto d'asilo riconosciuto dalla Costituzione italiana non può essere considerato come una garanzia *equivalente* ad altri regimi di protezione o, come ritiene la giurisprudenza più recente, come un istituto che trova *attuazione* in diverse forme a mezzo di istituti elaborati nel quadro della disciplina UE. Questa soluzione non consente di assicurare piena effettività ad un diritto garantito da norme costituzionali perché limita le ipotesi nelle quali in cui esso può essere riconosciuto e pone delle condizioni al suo esercizio che non sono previste dalla disciplina costituzionale.

La soluzione della *garanzia per equivalente* o della *sostanziale attuazione dell'art. 10 c. 3° Cost.* mediante la disciplina sullo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria, alternativa o umanitaria offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente omette alcuni passaggi logici che possono portare, in casi specifici, alla non applicazione l'art. 10 c. 3° Cost. per raggiungere l'obiettivo di assicurare prevalenza ed effettività al diritto dell'Unione europea senza garantire una forma di protezione equivalente.

Ora, per procedere alla non applicazione del diritto costituzionale dello Stato, è noto che, secondo una dottrina ed una giurisprudenza costituzionale granitica, la dottrina dei controlimiti<sup>50</sup>, bisogna prima effettuare un controllo di com-

<sup>49</sup> Sul punto G. VERDE, *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, in G. VERDE, A.A. GENNA (a cura di), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, IX spec. XLVIII ss.

<sup>50</sup> Cfr., per tutti, C. cost. n. 170 del 1984 e M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995.

patibilità delle norme dell'Unione rispetto ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Fra questi – anche qui, secondo una dottrina e una giurisprudenza monolitiche – vi sono i diritti inviolabili della persona, tra cui ritengo rientri anche il diritto d'asilo di cui all'art. 10 c. 3° Cost. poiché la *ratio* di tale disposizione costituzionale è quella di assicurare tutela alle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, riconoscendo una peculiare forma di protezione a coloro che non posseggono lo *status* di cittadinanza.

## THE TRANSFORMATIONS OF THE RIGHT TO ASYLUM

by Elisa Cavasino

### Abstract

Asylum is changing shape.

It was a sovereign privilege of the State. After II World War, when Western Europe had built a new constitutional architecture to fundamental rights of the person, Asylum has become a Constitutional right.

Nowadays, territorial Asylum is losing ground. This is due to the interpretation and the application of other Aliens protection regimes drafted in International Treaties and EU Law.

The transformations of Asylum is due to precise political, legislative and jurisprudential choices, which led to the limitation of National Sovereignty.

These choices have determined that National Sovereignty has been limited: the Constitutional Right of Asylum is no more receiving autonomous application.

It is not clear if this transformation is due to the changing position of the National Constitutional Law towards protection of the Fundamental Rights of the Person, but the legal framework which resulted from it cannot guarantee equivalent or more effective protection to the Fundamental Rights of Aliens.



## Immigrazione e lavoro al tempo della crisi. Aspetti problematici e prospettive di riforma del quadro normativo

di Alessandro Riccobono

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il quadro normativo in materia di immigrazione per motivi di lavoro. Dalla legge «Turco-Napolitano» alla legge «Bossi-Fini». - 3. Politiche migratorie e programmazione dei flussi. - 4. Il collocamento speciale dei lavoratori migranti. - 5. Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato. - 6. Il problematico nesso tra contratto di lavoro e permesso di soggiorno. - 7. La direttiva n. 98/2001 Ue e le prospettive di semplificazione futura.

### 1. Premessa

Negli ultimi quindici anni il fenomeno migratorio ha definitivamente confermato il proprio ruolo di componente strutturale del mercato del lavoro italiano facendo registrare un aumento del numero di lavoratori stranieri attivi nell'economia nazionale «da percentuali pressoché irrilevanti, a valori prossimi al dieci per cento della forza lavoro complessiva»<sup>1</sup>.

L'origine dei flussi migratori verso l'Italia risale agli anni '70 del secolo scorso, e segna una stagione in cui il nostro paese inverte la propria consolidata vocazione all'esodo, per divenire stabilmente terreno d'approdo di manodopera proveniente dall'estero<sup>2</sup>. Com'è noto, questa inversione di tendenza – che ha segnato

---

<sup>1</sup> Cfr. CNEL, *Il ruolo degli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, Roma, novembre 2012, 1 ss. Cfr., altresì, per una ricostruzione generale del fenomeno, *La Governance dell'immigrazione: diritti politiche e competenze*, (a cura di) F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA, Bologna, 2013; M. AMBROSINI, *Utiles invasori. L'inserimento degli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, Franco Angeli, Milano, 1999.

<sup>2</sup> Una recente ricerca effettuata da M. LIVI BACCI, *Migrazioni, vademecum di un riformista*, in *www.neodemos.it*, 19 dicembre 2012, 18, segnala altresì che tra il 1990 e il 2010 l'Europa ha attratto (al netto dei rientri) 28 milioni di immigrati (oltre il triplo rispetto al ventennio precedente 1970-1990, 8 milioni), con guadagni netti di quattro milioni sia nel quadrante Settentrionale che in quello Orientale, di quasi undici in quello Meridionale e di quasi dieci milioni in quello Occidentale.

la genesi storica di buona parte delle ondate migratorie verso l'area del Mediterraneo – si è sviluppata sulla base di fattori di spinta (*push factor*) sino ad allora inediti e differenti rispetto a quelli, di attrazione (*pull factor*), che hanno caratterizzato le grandi migrazioni intraeuropee del secondo dopoguerra. Nelle realtà come Germania, Francia e Olanda, infatti, le migrazioni postbelliche hanno sostenuto il rinnovamento dei processi di industrializzazione e assecondato le tendenze dei mercati del lavoro locali (dove vi era un'eccedenza della domanda di manodopera rispetto all'offerta interna disponibile), accompagnando lo sviluppo economico e alimentando gli investimenti produttivi<sup>3</sup>.

L'attrattività dei paesi come l'Italia, invece, è stata frutto di un «meccanismo di rimbalzo», nel senso che si è manifestata come prodotto della chiusura delle frontiere attuata dai paesi dell'Europa centrosettentrionale, una volta esaurito il ciclo economico di espansione ed il parallelo fabbisogno di forza lavoro indigena ad esso correlato.

Questo processo ha peraltro contribuito ad alterare l'originaria fisionomia del fenomeno, imprimendogli nuove caratteristiche, poi riprodotte diffusamente nel tempo. Lo sviluppo di gran parte delle migrazioni verso il bacino del Mediterraneo è infatti segnato dal progressivo disallineamento dei flussi in ingresso rispetto alle tendenze dei mercati del lavoro di arrivo e, per converso, da una maggiore pressione allo spostamento indotta dalle problematiche di ordine politico, demografico e occupazionale dei paesi di origine. In questa dimensione, l'immigrazione ha assunto sempre più spesso le connotazioni della fuga dal disagio esistenziale e dalla povertà, ed ha impresso ai suoi attori i volti noti della precarietà e della marginalità sociale, sintetizzate nella disponibilità ad accettare qualunque tipo di occupazione, anche se scarsamente qualificata, irregolare, o sottoposta a condizioni inferiori rispetto agli *standard* economici e normativi previsti dalle leggi nazionali dell'ordinamento di destinazione<sup>4</sup>. È questa l'espressione del fenomeno più conosciuta di tutte le grandi fasi storiche delle migrazioni verso l'Italia: da quella di matrice islamico-africana degli anni settanta, a quella albanese e cinese degli anni novanta, finendo con quella est-europea degli anni duemila.

Si tratta dunque di un'impronta ormai stabile, che ha continuato a manifestarsi in tutta la propria complessità anche durante l'attuale ciclo di crisi economica. Le analisi più recenti confermano che tra il 2011 e il 2012 la popolazione immigrata ha risentito della crescita del tasso di disoccupazione e della precariz-

<sup>3</sup> Cfr. A. MONTANARI, *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Padova, 2010, 1 ss.; M. LIVI BACCI, *In cammino. Breve storia delle migrazioni*, Bologna, 2010, 1 ss.; C. BONIFAZI, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 2007, 1 ss.

<sup>4</sup> Cfr. A. TURSÌ, *La nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in *Lavoro e immigrazione*, (a cura di) A. TURSÌ, Torino, 2005, 9 ss.; E. REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato e spesso sommerso*, *ivi*, 39 ss.; A. COLOMBO, *Etnografia di un'economia clandestina*, Bologna, 1998, 1 ss.

zazione dei rapporti di lavoro in misura nettamente maggiore della componente autoctona, specialmente nelle aree industrializzate del nord<sup>5</sup>. Fattori come l'età e l'istruzione, uniti alla concentrazione in occupazioni temporanee e nei settori maggiormente colpiti dalla recessione, hanno reso ancora più vulnerabile la forza lavoro migrante, assecondando la già scarsa disponibilità del sistema nazionale a favorirne l'assimilazione socio-economica e valorizzarne il capitale umano<sup>6</sup>. Con riferimento a quest'ultimo profilo, peraltro, è noto che gli stranieri occupati in Italia soffrono di un elevato grado di *over-education* rispetto ai lavoratori nazionali, nel senso che, a parità di istruzione e competenze professionali, essi tendono ad essere impiegati in lavori per i quali le qualifiche necessarie sono inferiori a quelle possedute<sup>7</sup>. Si tratta di un effetto che gli studi sulla materia descrivono come fisiologico nel breve periodo, in considerazione del fatto che nei paesi in cui esistono efficaci politiche di integrazione e assimilazione economica l'incidenza dell'*over-education* tende a ridursi con l'aumentare degli anni di permanenza in terra straniera e con l'acquisto delle competenze specifiche richieste dai settori produttivi. Quando ciò non avviene, come in Italia, il fenomeno assume connotazioni patologiche e si pone tra le principali cause che alimentano la segregazione razziale e lo svantaggio sociale delle minoranze etniche.

Muovendo da questi dati, una recente analisi ha efficacemente messo in evidenza le ragioni del paradosso – tipicamente italiano – di un sistema che ha finora attratto l'immigrazione in misura massiccia, senza però generare crescita economica<sup>8</sup>. La ricostruzione proposta si basa su alcuni postulati della teoria economica neoclassica, secondo cui vi è uno stabile rapporto di correlazione tra il livello del

<sup>5</sup> Cfr. G. FERRUCCI, E. GALOSSÌ, *Il mercato del lavoro immigrato negli anni della crisi*, in [www.ires.it](http://www.ires.it), gennaio 2013, 1 ss.; nonché, *L'immigrazione per lavoro in Italia, evoluzione e prospettive*, Rapporto a cura del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Roma, 2011, in [http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/A8D198AF-983E-459F-9CD1-A59C14CODEA9/0/Rapporto\\_Immigrazione\\_2011.pdf](http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/A8D198AF-983E-459F-9CD1-A59C14CODEA9/0/Rapporto_Immigrazione_2011.pdf)

<sup>6</sup> Secondo la ricerca condotta da J. KOEHLER, F. LACZKO, C. AGHAZARM, J. SCHAD, *Migration and the Economic Crisis in the European Union: Implications for Policy*, International Organization for Migration, Bruxelles, 2010, 9 (versione italiana), «nei paesi in cui è forte la migrazione di manodopera, gli effetti della crisi variano a seconda del profilo e della posizione dei migranti nell'economia. In alcuni paesi i lavoratori migranti possono concentrarsi maggiormente in alcuni settori come quello dell'edilizia o dei servizi, notoriamente più sensibili di altri agli effetti della recessione. Anche il sesso dei migranti può essere una variabile importante, soprattutto se un'alta percentuale di migranti donne è concentrata in settori come quello dei servizi sanitari e sociali che possono essere meno colpiti dal rallentamento economico. Nei paesi con una percentuale elevata di migranti sotto i 25 anni, il tasso di disoccupazione fra migranti può essere particolarmente alto, a testimonianza della difficoltà dei giovani di trovare lavoro in tempi di recessione».

<sup>7</sup> Cfr. C.NEL, *Il ruolo degli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, cit., 4 ss.

<sup>8</sup> Cfr. F. PASTORE, E. SALIS, C. VILLOSIO, *L'Italia e l'immigrazione low cost: fine di un ciclo?*, Paper per la Conferenza Espanet, *Risposte alla crisi. Esperienze, proposte e politiche di welfare in Italia e in Europa*, Roma, 20 - 22 Settembre 2012, in [www.fieri.it](http://www.fieri.it),

capitale umano presente nel sistema produttivo e la crescita economica di lungo periodo di un paese. In tale ambito si rileva che «se il livello di *skill* degli immigrati è superiore a quello degli occupati nazionali, si determinerà un aumento nel livello medio di capitale umano del paese di destinazione, con effetti positivi sulla crescita del paese. Viceversa, se gli immigrati hanno minor capitale umano dei nazionali, si avrà una riduzione nei tassi di crescita del paese destinatario dei flussi migratori»<sup>9</sup>. L'insuccesso dell'immigrazione nello svolgere una funzione propulsiva per lo sviluppo economico dell'Italia viene dunque spiegato in ragione dell'incapacità delle istituzioni e degli operatori economici di mettere a frutto le effettive *skills* possedute dai lavoratori stranieri, a conferma delle volontà di puntare su un modello di immigrazione puramente «*low cost*»<sup>10</sup>.

Fino ad oggi questo modello è risultato sostenibile perché le logiche di funzionamento al ribasso hanno comunque distribuito vantaggi, seppur di natura apparente e contingente, a gran parte degli attori coinvolti dall'impatto economico delle migrazioni. Ed infatti, puntando sull'occupazione massiccia di immigrati «*low cost*», numerose imprese manifatturiere hanno potuto mantenere bassi i costi della forza lavoro, evitando di ricorrere a processi di delocalizzazione o ad investimenti per il miglioramento dei processi produttivi e l'innovazione tecnologica. D'altra parte, la concentrazione della manodopera straniera nelle fasce meno qualificate del mercato del lavoro ha tendenzialmente favorito la creazione di bacini occupazionali di tipo complementare e non concorrenziale con la forza lavoro italiana, evitando l'innescò di dinamiche salariali al ribasso per i lavoratori autoctoni. Infine, anche il sistema di *welfare* ha ottenuto benefici, in forza del contributo positivo dato dai lavoratori immigrati regolari al gettito previdenziale, al netto delle spese (inferiori) per essi sostenute.

Le conseguenze strutturali generate dalla crisi e le trasformazioni del sistema produttivo hanno tuttavia indotto a ipotizzare alcuni segnali di cedimento di quel modello. Oggi gli immigrati manifestano rinnovate necessità di protezione sociale ed assomigliano sempre più «a quel che noi stessi eravamo negli anni '50: un popolo uscito da mille difficoltà e determinato a conquistarsi un futuro a colpi di sacrifici e duro lavoro»<sup>11</sup>. Occorre dunque guardare al fenomeno in una prospettiva diversa, valorizzando il ruolo delle migrazioni attraverso l'adozione di politiche più mature, accompagnate da scelte legislative coerenti rispetto ai benefici che il lavoro degli stranieri è in grado di apportare alla produttività e competitività del sistema italiano, nonché al progresso socio-culturale del paese<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> *Op. ult. cit.*, 3 ss.

<sup>10</sup> *Op. ult. cit.*, 5.

<sup>11</sup> Così L. RICOLFI, *Perché il lavoro degli immigrati cresce, mentre il nostro diminuisce*, in *La Stampa*, 2 aprile 2011.

<sup>12</sup> Basti pensare alla maggiore flessibilità e capacità di adattamento dei lavoratori stranieri alle

Una ricostruzione dell'assetto normativo attualmente vigente, con i suoi numerosi nodi critici, costituisce dunque la naturale cartina di tornasole per effettuare un bilancio delle linee di intervento sinora seguite dal legislatore, ed il punto di partenza per ragionare su nuovi percorsi di riforma, in una prospettiva di promozione dei valori dell'assimilazione e dell'integrazione sociale.

2. *Il quadro normativo in materia di immigrazione per motivi di lavoro. Dalla legge «Turco-Napolitano» alla legge «Bossi-Fini»*

Nonostante l'Italia abbia registrato negli anni una crescita costante dei saldi migratori, il legislatore ha per lungo tempo omesso di guardare al fenomeno in chiave prospettica e con una visione di sistema. Sino alla fine degli anni '80 dello scorso secolo, la regolazione del lavoro degli stranieri era infatti affidata ad una giungla di discipline amministrative confusamente stratificatesi nel corso del tempo sull'unico presupposto rappresentato dalla necessità di salvaguardare, in via preminente, le ragioni della sicurezza e dell'ordine pubblico del paese, preservandolo dagli ingressi non autorizzati<sup>13</sup>.

In questo contesto, non sorprende che il dialogo tra diritto del lavoro e immigrazione sia risultato particolarmente difficile, al punto che le tracce di questo disagio permangono ancora oggi<sup>14</sup>. Sebbene il tema della *governance* delle migra-

---

esigenze dell'organizzazione produttiva, al sostegno all'invecchiamento della popolazione nazionale, al contributo al gettito fiscale e previdenziale. Cfr., per alcuni dati recenti, in chiave problematica, P. VERTOVA, M. CISARRI, *L'immigrato va, i contributi restano*, in *www.lavoce.info*, 15 dicembre 2011; C. SERINO, M. MC BRITTON, *Immigrati di seconda generazione: dimensioni psico-sociali e aspetti normativi*, in *Minorigustizia*, 2011, 66 ss.

<sup>13</sup> Cfr. A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, 1991; Aa.Vv., *La condizione giuridica dello straniero*, (a cura di) B. NASCIBENE, Padova, 1997; Aa. Vv., *Diritto degli stranieri*, (a cura di) B. NASCIBENE, Padova, 2004; S. NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, 2005; W. CHIAROMONTE, *Welfare locale e immigrazione. Il contenzioso sulla legislazione regionale in materia di integrazione degli stranieri*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 658 ss., che segnala come l'omissione di una disciplina organica fosse probabilmente in contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 10, comma 2, Cost. Al riguardo è opportuno ricordare che in quel periodo la normativa di riferimento in tema di ingresso e soggiorno del cittadino straniero in Italia era contenuta nel Testo Unico di Pubblica Sicurezza (TULPS) R.D. 18 giugno 1931, n. 733, in particolare dagli articoli 142 e seguenti, e dal regolamento di esecuzione del R.D. 6 maggio 1940, n. 635, in particolare dal titolo quinto (artt. 261-271). La disciplina menzionata regolava gli aspetti formali dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini stranieri a fini di sicurezza pubblica. La disciplina di accesso al lavoro era invece contenuta in numerose circolari emesse dal Ministero del Lavoro.

<sup>14</sup> Cfr. già A. VISCOMI, *Giustizialisti ed immigrazione extracomunitaria: un incontro difficile*, in *Lav. dir.*, 1992, 163 ss.; M. V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *Lavoro e discriminazione*, Milano, 1996, 77 ss., nonché, più di recente, L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, 2013, 110.

zioni venga usualmente presentato quale terreno elettivo su cui costruire una società multiculturale e integrata, priva di barriere all'accesso ai propri sistemi di protezione sociale, il diritto del lavoro continua a riscontrare innumerevoli ostacoli nel proiettare sulla condizione giuridica dello straniero i valori assoluti dell'uguaglianza, della tutela della persona e della dignità umana, che insieme costituiscono l'anima fondativa e il tratto identitario della disciplina<sup>15</sup>.

Le politiche migratorie nazionali, tradotte nelle rispettive normative di settore, hanno infatti progressivamente accresciuto l'impronta di diffidenza (talvolta degenerata in vera e propria ostilità) verso le popolazioni straniere, producendo l'effetto di inasprire le condizioni di debolezza in cui versa una larga fetta del lavoro immigrato e favorendo la segmentazione del mercato del lavoro e il *dumping* sociale.

Non meno difficoltoso è stato il percorso di implementazione delle politiche europee<sup>16</sup>, che continuano a manifestare alcune endemiche debolezze anche dopo la riarticolazione di competenze e procedure avvenuta con la sottoscrizione del trattato di Lisbona<sup>17</sup>. Ed infatti, l'attuale competenza dell'Unione – volta a sviluppare una politica comune dell'immigrazione che assicuri la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri, nonché la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani (art. 79 TFUE) – lascia ancora oggi impregiudicato il diritto di questi ultimi di determinare il volume di stranieri ammessi nei rispettivi territori per cercare un lavoro dipendente, o per esercitarne uno autonomo. Sicché, com'è stato rilevato, i 27 Paesi dell'Unione possono avere 27 diverse politiche di ammissione di migranti, dalla massima chiusura alla massima apertura, con notevoli ripercussioni

<sup>15</sup> Per una ricostruzione del ruolo del diritto del lavoro come fondamentale anello di congiunzione tra immigrazione e riconoscimento dei diritti di cittadinanza sociale, cfr. A. LO FARO, *Immigrazione, lavoro, cittadinanza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 535 ss.

<sup>16</sup> Cfr. B. VENEZIANI, *Il popolo degli immigrati e il diritto del lavoro: una partitura incompiuta*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, 479 ss.; B. CARUSO, *Immigration Policies in Southern Europe: More State, Less Market?*, in *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, (a cura di) J. CONAGHAN, R. M. FISCHL, K. KLARE, Oxford Press, 2004, 299 ss.; S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'Unione europea. Dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 205 ss.

<sup>17</sup> L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, cit., 29 ss.; secondo la quale l'interpretazione sistematica dell'art. 79 TFUE segnala che la questione sociale, ivi compreso il lavoro degli stranieri, sia inserita in una sorta di circolo vizioso delle competenze. «L'Unione non ha voce in capitolo sull'individuazione delle premesse (generali e nozionistiche) di regolarità, irregolarità e/o le eventuali misure di integrazione sociale degli stranieri. Restano, in buona sostanza, solo compiti di armonizzazione di aspetti patologici del funzionamento del mercato del lavoro [...] Il peso del rispetto dei diritti fondamentali delle persone in mobilità, quindi, non grava solo sull'azione degli Stati membri, ma anche sulla regolazione dell'Unione in temi tanto sensibili di cui, però, non gestisce le premesse regolative».

in termini di frammentazione dei tessuti occupazionali e difficoltà d'accesso ai diritti sociali di cittadinanza<sup>18</sup>.

Nell'ordinamento italiano, la disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero è racchiusa nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (d'ora in avanti T.U. sull'immigrazione). All'interno di tale provvedimento sono stati recepiti e integrati i contenuti della legge 6 marzo 1998, n. 40 (legge «Turco-Napolitano»)<sup>19</sup>, la cui razionalizzazione si era resa necessaria per perseguire l'obiettivo di armonizzare un quadro normativo disorganico e adattarlo alle nuove istanze provenienti dalla realtà socio economica. Nel corso degli anni il testo unico è stato poi sottoposto a diversi interventi manutentivi, fra cui il più significativo, per ambizione riformistica, è costituito dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (legge «Bossi-Fini»). Alla disciplina di rango primario si affianca, con funzioni altrettanto significative, il regolamento di attuazione di cui al D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, anch'esso parzialmente novellato dal D.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334, intervenuto a distanza di due anni dall'entrata in vigore della legge «Bossi-Fini» per adeguare la disciplina di dettaglio alle regole generali fissate da quest'ultima.

Proprio il più recente intervento normativo ambiva a conciliare le finalità di ordine pubblico connesse alla prevenzione dell'immigrazione clandestina con gli obiettivi di integrazione sociale degli stranieri, specialmente attraverso il canale lavorativo. L'analisi dell'apparato regolativo in materia di immigrazione per motivi di lavoro testimonia tuttavia come il bilanciamento tra queste due dimensioni sia rimasto tendenzialmente fedele alla logica limitativa dell'accoglienza e dell'assimilazione, assecondando una linea di intervento intrisa dei pregiudizi culturali maturati all'interno di un dibattito politico dal sapore ideologico ed eccessivamente radicalizzato da parte di alcune componenti parlamentari. Il che ha dato luogo a diverse ricadute a livello mediatico e dell'opinione pubblica, con conseguenze facilmente intuibili.

All'esito dell'entrata in vigore della legge «Bossi-Fini», le condizioni per l'accesso e la permanenza degli stranieri non comunitari sul territorio italiano sono divenute particolarmente restrittive e farraginose. Le modifiche al T.U. sull'immigrazione sono state presentate come una preziosa risorsa per garantire la regolarità della presenza della manodopera extracomunitaria nel mercato del lavoro nazionale, stimolando percorsi di coesione e stabilità occupazionale. Tuttavia, secondo una valutazione più realistica (peraltro confortata dalla lezione dei fatti)

<sup>18</sup> M. LIVI BACCI, *Migrazioni, vademecum di un riformista*, cit., 20 ss.

<sup>19</sup> Il primo timido tentativo di attribuire una veste sistematica al *corpus* delle circolari accatastesi negli anni è costituito dalla legge 30 dicembre 1986, n. 943 («legge Foschi»), ma si tratta di un provvedimento privo di originalità e carattere innovativo. Cfr. M. G. GAROFALO, *I lavoratori extracomunitari immigrati: osservazioni sulla legge 30 dicembre 1986, n. 943*, in *Riv. giur. lan.*, 1987, I, 133 ss.; Sarà invece la successiva «legge Martelli» - legge 28 febbraio 1990, n. 39 - a costituire l'impianto generale della futura legislazione sull'ingresso e la permanenza degli stranieri in Italia, basata sul principio della programmazione dei flussi per motivi di lavoro.

l'inasprimento dell'assetto regolativo e la complicazione delle procedure di avviamento al lavoro hanno agito più come elementi di induzione al sommerso e alla clandestinità, che come fattori di stimolo per l'incremento della domanda di manodopera autorizzata<sup>20</sup>. Non a caso, le rigidità operanti sui versanti del contingentamento dei flussi e delle condizioni di occupazione sono state compensate, periodicamente e sistematicamente, attraverso il canale delle sanatorie, vero e proprio *leit motiv* delle politiche migratorie italiane degli ultimi trent'anni<sup>21</sup>. Al riguardo, è sufficiente menzionare le ultime due intervenute in ordine di tempo, per fronteggiare gli effetti della crisi economica: quella del 2009, riservata ai soli lavoratori del settore domestico e della cura, in considerazione della loro rilevante funzione sociale (e soprattutto della sostanziale assenza di domanda nazionale per tali qualifiche), e quella del 2012, aperta a tutti i lavoratori stranieri irregolari e presenti in Italia ininterrottamente almeno dalla data del 31 dicembre 2011<sup>22</sup>. Sotto questo profilo, pertanto, può ritenersi ancora attuale l'osservazione secondo cui «l'immigrazione, più che governata e programmata, sia in definitiva disciplinata *a posteriori*, conferendo un *imprimatur* di legittimità ai flussi determinati dalle spontanee dinamiche del mercato del lavoro»<sup>23</sup>.

Rispetto al compromesso ragionevole adottato dalla legge «Turco-Napolitano»<sup>24</sup>, la legge «Bossi-Fini» ha spostato gli equilibri di sistema verso la preservazione della sicurezza e della salvaguardia dell'identità socio culturale della comunità di arrivo, secondo un approccio più culturalista che integrazionista<sup>25</sup>. Il provvedimento risulta infatti tarato in misura maggiore sui temi della lotta all'immigrazione irregolare e della restrizione agli ingressi, piuttosto che su quelli della programmazione di un'immigrazione sostenibile e integrata, a conferma della

<sup>20</sup> Cfr. L. NERI, A. GUARISO, *La legge Bossi-Fini sull'immigrazione: le innovazioni in materia di lavoro*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 239 ss.; M. MC BRITTON, *Immigrazione e lavoro nell'esperienza giuridica italiana*, in *Lavoro extracomunitario e integrazione europea – Profili giuridici*, (a cura di) B. VENEZIANI, Bari, 2007, 195 ss.; Ead., *La legge italiana sull'immigrazione e l'inclusione sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, 569 ss.

<sup>21</sup> Cfr. A. BOLLANI, S. SPATARO, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, in *Lavoro e immigrazione*, (a cura di) A. TURSI, cit., 325 ss.

<sup>22</sup> Cfr. M. AMBROSINI, *L'ennesima ultima sanatoria*, in *www.lavoc.info*, 1 settembre 2009; P. RAUSEI, *L'emersione dal lavoro irregolare di colf e badanti*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 771 ss.; Id., *Oltre le sanatorie*, *ivi*, 22 agosto 2012, che definisce le sanatorie una «questione normalizzata»; A. R. CARUSO, *Sanatoria per colf e badanti: profili procedurali e bilancio*, *ivi*, 2010, 848 ss.; A. ROZZA, *Extra-Ue: sanzioni per i datori e regolarizzazione 2012*, in *Guida al lav.*, 2012, 23 ss. Per un quadro generale cfr. G. SCIORTINO, *Aspettando la prossima sanatoria? i nodi irrisolti delle politiche migratorie italiane*, in *Riv. delle politiche sociali*, 2004, 121 ss.

<sup>23</sup> Cfr. A. BOLLANI, S. SPATARO, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, cit., 326 ss.

<sup>24</sup> Cfr. *Primo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, (a cura di) G. ZINCONI, Bologna, 2000, nonché, a cura dello stesso Autore, *Secondo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, Bologna, 2001.

<sup>25</sup> Cfr. A. TURSI, *La nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, cit., 5.

perdurante incomunicabilità di fondo tra politiche di ammissione e politiche di integrazione.

Nell'economia di questo scritto, la normativa sull'immigrazione per motivi di lavoro verrà esaminata nei suoi tre assi portanti, costituiti: *a)* dal sistema di contingentamento degli ingressi degli stranieri, articolato attraverso i criteri della programmazione dei flussi e dei controlli alle frontiere; *b)* dalla peculiare procedura di assunzione, volta a verificare la sostenibilità dell'occupazione extracomunitaria regolare rispetto ai fabbisogni del mercato del lavoro nazionale (cd. test di necessità economica); *c)* dalla disciplina del contratto di soggiorno per lavoro subordinato, con i numerosi problemi che essa pone a causa della sussistenza di un singolare nesso di condizionalità, o per meglio dire di dipendenza strutturale, tra rapporto di lavoro e permesso di soggiorno.

### 3. *Politiche migratorie e programmazione dei flussi*

L'ammissione di cittadini stranieri non appartenenti all' U.e. è soggetta a un meccanismo di selezione volto a determinare il tetto massimo di nuovi ingressi su base annua, che costituisce il canale ufficiale di ingresso legale per scopi lavorativi.

L'attività di programmazione dei flussi d'entrata mette a nudo numerosi aspetti problematici delle politiche migratorie italiane. Com'è noto, le quote vengono stabilite in base a un D.P.C.M. annuale, che deve tener conto degli indicatori generali sulla compatibilità socio-economica e delle misure di integrazione della domanda di immigrazione individuate dal cosiddetto «Documento programmatico sulla politica dell'immigrazione». Nel sistema ipotizzato dalla legge (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 286/1998), quest'ultimo atto avrebbe dovuto essere approvato dal governo con cadenza periodica triennale, previa consultazione con le commissioni parlamentari, nonché con altre istituzioni quali il CNEL, le principali ONG attive nel settore dell'assistenza e integrazione degli immigrati, e con le organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative. Alla prova dei fatti, tuttavia, l'adozione del documento di programmazione è risultata particolarmente gravosa e dal contenuto troppo generico per poter orientare efficacemente le politiche migratorie. Non a caso, a partire dal 2006, esso non ha più visto la luce<sup>26</sup>. Peraltro, all'abbandono del modello collaborativo tra l'esecutivo ed i soggetti istituzionali chiamati alla consultazione, ha fatto da contraltare la centralizzazione del processo decisionale sulla quantificazione degli ingressi, affidato ormai stabilmente alla valutazione unilaterale del Presidente del Consiglio dei Ministri. Ed infatti, l'art. 3, comma 4 del T.U.

<sup>26</sup> Cfr. E. SALIS, *Labour migration governance in contemporary Europe. The case of Italy*, in *Fieri working paper - Progetto Lab-Mig-Gov*, Torino, aprile 2012, [www.labmiggov.eu](http://www.labmiggov.eu).

(nella versione risultante dopo la legge «Bossi-Fini»<sup>27</sup>), ha riconosciuto al Presidente del Consiglio la possibilità di emanare, in via suppletiva, un decreto transitorio contenente le quote di accessi consentiti in caso di mancata pubblicazione dell'ordinario decreto flussi annuale<sup>28</sup>. Questa prerogativa è stata sottoposta a numerose critiche, poiché ha di fatto attribuito al capo dell'esecutivo una elevata discrezionalità ed un potere unilaterale su una materia che, per sua natura, non dovrebbe privarsi delle fasi di consultazione e confronto con gli altri attori istituzionali coinvolti nella procedura ordinaria<sup>29</sup>. Alcuni Autori hanno anche ipotizzato che il riconoscimento di una così ampia discrezionalità avrebbe potuto condurre alla paralisi dei flussi, snaturando il modello regolativo previsto in via istituzionale<sup>30</sup>: eventualità questa puntualmente verificatasi proprio negli ultimi anni, a causa dell'incedere della situazione di crisi economico-occupazionale e delle pressioni leghiste rivolte a garantire «il lavoro prima agli italiani». Unica eccezione al blocco rimane quella dell'ingresso per lavoro stagionale, tollerato in ragione della sua strutturale instabilità e dell'assenza di aspettative di integrazione a lungo termine da parte dei soggetti coinvolti. Ne dà conferma il decreto flussi per l'anno 2013, nuovamente emanato in via unilaterale dal Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>31</sup>, che ha autorizzato esclusivamente 30.000 ingressi per lavoro stagionale, sul chiaro presupposto che nell'attuale stagione di recessione sia questo il principale (se non l'unico) segmento delle migrazioni per motivi economici ritenuto sostenibile dal nostro tessuto produttivo.

È noto tuttavia che la programmazione dei flussi, declinata all'insegna dell'aumento delle rigidità e delle restrizioni quantitative, non ha sinora dimostrato di poter garantire un controllo pieno ed effettivo degli ingressi per motivi di lavoro. Nell'esperienza concreta, gli ingressi nell'ambito delle quote hanno assunto un

---

<sup>27</sup> Cfr. articolo 3, comma 2, l. n. 189/2002. Ulteriori modifiche sono state apportate dall'articolo 10-ter, comma 1, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194.

<sup>28</sup> Nel sistema antecedente alla legge n. 198/2002, invece, la determinazione delle quote avrebbe comunque dovuto aver luogo, seppure con quantificazione ancorata al numero di ingressi stabilito nei decreti pubblicati per l'anno precedente.

<sup>29</sup> Cfr. D. GOTTARDI, *Politiche migratorie e programmazione dei flussi*, in *Lavoro e immigrazione*, (a cura di) A. TURSI, cit., 140 ss., sul punto 146.

<sup>30</sup> Cfr. G. LUDOVICO, *Politiche migratorie e flussi di ingresso per motivi di lavoro*, in *Il lavoro degli immigrati*, (a cura di) G. DONDI, cit., 91, sul punto 99; A. Palladini, *Il lavoro degli stranieri: normativa e problemi giurisprudenziali*, in *La tutela antidiscriminatoria dei lavoratori*, atti del convegno omonimo del C.S.M., Roma, 2002, 15.

<sup>31</sup> Cfr. D.P.C.M. 15 febbraio 2013, n. 7, che prevede 30 mila posti di lavoro stagionale per stranieri provenienti da Albania, Algeria, Bosnia-Herzegovina, Croazia, Egitto, Repubblica delle Filippine, Gambia, Ghana, India, Kosovo, Repubblica ex Jugoslava di Macedonia, Marocco, Mauritius, Moldavia, Montenegro, Niger, Nigeria, Pakistan, Senegal, Serbia, Sri Lanka, Ucraina e Tunisia, riservando 5.000 posti a coloro che hanno già lavorato stagionalmente in Italia almeno per due anni consecutivi e per i quali il datore presenti una richiesta di nulla osta pluriennale per lavoro subordinato stagionale.

carattere tendenzialmente formale, nel senso che i decreti sono stati spesso usati per regolarizzare in modo postumo chi si trovasse già in Italia, seppure in forma non autorizzata<sup>32</sup>. Occorrerebbe quindi rendere il sistema più elastico e flessibile, dotandolo della capacità di adeguarsi progressivamente alle esigenze di un mercato del lavoro fortemente segmentato come è quello italiano, e di rispondere tempestivamente ai cambiamenti della situazione sociale e demografica del paese<sup>33</sup>.

Il tema della programmazione dei flussi riveste un'importanza centrale, in quanto al suo interno vengono coniugate le finalità di sicurezza interna e contrasto alla tratta degli esseri umani, con quelle della riattivazione dei processi di crescita, sviluppo e integrazione socio economica. In una prospettiva di riforma, allora, il miglioramento dei sistemi di controllo alle frontiere andrebbe accompagnato dall'incentivazione di forme di partenariato e dall'implementazione di un sistema di regole condivise tra ordinamenti di accoglienza e di destinazione, promuovendo iniziative di formazione e reclutamento di manodopera, alternate a misure premiali e di sostegno al reinserimento delle persone rimpatriate.

L'eterogeneità dei flussi necessita peraltro di essere meglio regolata in relazione alla natura dei progetti migratori, ad esempio favorendo e semplificando i passaggi per la trasformazione dei permessi di studio in permessi per lavoro. Si tratta di un'opportunità da cogliere, anche per favorire il miglioramento del capitale umano e promuovere l'innalzamento dei livelli di specializzazione e delle qualifiche professionali<sup>34</sup>. Al riguardo, un'utile base di partenza può essere senz'altro costituita dal d.lgs. 28 giugno 2012, n. 108 «Attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati», su cui sono attualmente riposti gli auspici per il futuro incremento della capacità delle imprese di attrarre lavoratori stranieri di alto profilo formativo e professionale.

#### 4. *Il collocamento speciale dei lavoratori migranti*

A valle del sistema di programmazione degli ingressi, il legislatore italiano ha collocato un apposito regime procedimentale, dal carattere inderogabile, che cia-

<sup>32</sup> Cfr. A. GUARISO, *Le incrollabili ipocrisie in tema di lavoro immigrato*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 35 ss.

<sup>33</sup> Un'impostazione del genere era alla base del d.d.l. Amato-Ferrero del 2007, che prevedeva di semplificare il sistema attraverso un incremento della portata temporale del decreto flussi (pari a tre anni), al fine di ottenere una programmazione di medio lungo-periodo sulle quote massime di stranieri da ammettere sul territorio nazionale, cui avrebbe fatto da contraltare la possibilità di effettuare una revisione annuale che tenesse conto dei fabbisogni del mercato e di altri indicatori.

<sup>34</sup> Cfr., da ultimo, il documento, *Oltre la crisi: riforme per il governo delle migrazioni*, a cura delle associazioni Ismu, Fieri e Neodemos, frutto delle riflessioni di un gruppo di lavoro coordinato da G. C. BLANGIARDO, V. CESAREO, F. PASTORE, M. LIVI BACCI, luglio 2013, reperibile in [www.fieri.it](http://www.fieri.it).

scun datore di lavoro nazionale (o straniero regolarmente soggiornante in Italia) è tenuto ad osservare per assumere alle proprie dipendenze uno o più cittadini non appartenenti all'Unione europea (o apolidi)<sup>35</sup>. Si tratta del cosiddetto «collocamento speciale dei lavoratori extracomunitari», sopravvissuto, insieme a pochi altri regimi vincolistici riservati a talune categorie professionali, al processo di liberalizzazione dei servizi per l'impiego portato a termine con il d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469 e s.m.i.<sup>36</sup>.

Com'è noto, la gestione ordinaria dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro è oggi incentrata sulla regola dell'assunzione diretta: qualsiasi imprenditore è libero di selezionare e reclutare le professionalità di cui ha bisogno traendole direttamente dal mercato, senza essere più vincolato al rispetto dei complessi adempimenti burocratici che hanno contrassegnato la stagione del monopolio pubblico statale del collocamento<sup>37</sup>. Il sistema generale di avviamento al lavoro, attualmente regolato dall'art. 9 *bis* del d.l. 1 ottobre 1996, n. 510, conv. in l. 28 novembre 1996, n. 608<sup>38</sup> ha infatti generalizzato il ricorso al criterio dell'assunzione diretta, abbandonando il precedente regime dirigitico e autoritativo, che peraltro aveva dato luogo a inefficienze e malfunzionamenti, al punto di essere riformato appena prima di cadere sotto gli strali della Corte di Giustizia nel famoso caso *Job Centre*<sup>39</sup>.

Il regime speciale di avviamento al lavoro riservato ai migranti extracomunitari è stato invece mantenuto in vigore sul presupposto che in questa materia il mercato non sia in grado di assicurare la formazione di equilibri spontanei, per

<sup>35</sup> Cfr. E. GRAGNOLI, *Area soggettiva di applicazione e regime delle fonti*, in *Il lavoro degli immigrati*, (a cura di) G. DONDI, cit., 56 ss. Per i lavoratori dell'U.e. vige invece il principio della libera circolazione, che permette di spostarsi liberamente per la ricerca di una occupazione lavoro ed accedere agli impieghi all'interno dei Paesi membri, alle stesse condizioni della manodopera autoctona. Cfr. S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna, 2007; D. GOTTARDI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati nell'Unione europea*, in *Trattato di diritto del lavoro*, (diretto da) F. CARINCI, M. PERSIANI, vol. VI, *Il mercato del lavoro*, (a cura di) M. BROLLO, cit., 3 ss.

<sup>36</sup> Cfr. P. TULLINI, *La liberalizzazione «guidata» del collocamento* in *Riv. it. dir. lav.*, 1992 I, 48 ss.; P. ICHINO, A. SARTORI, *L'organizzazione dei servizi per l'impiego*, in *Trattato di diritto del lavoro*, (diretto da) F. CARINCI, M. PERSIANI, vol. VI, *Il mercato del lavoro*, (a cura di) M. BROLLO, Padova, 2012, 122 ss.

<sup>37</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il collocamento impossibile*, Bari, 1982; M. RICCI, *Movimento sindacale e gestione del mercato del lavoro: il caso del collocamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, I, 215 ss.; E. GRAGNOLI, *Collocamento privato ed attività dell'intermediario*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, 281 ss.

<sup>38</sup> Cui vanno aggiunte le numerose modifiche intervenute nel corso degli anni, a partire da quelle, particolarmente significative, di cui al d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 297, per terminare con le più recenti, contenute nella l. 28 giugno 2012, n. 92. Su queste ultime cfr. P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012. Una prima ricognizione delle novità*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 3 ss.

<sup>39</sup> Cfr. CGCE, 11 dicembre 1997, causa C - 55/96, *Job Centre*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, II, 27 ss., con nota di M. ROCCELLA, *Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*; G. RICCI, *Il controverso rapporto fra principi comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro: il caso Job Centre II*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, 145 ss.

cui lo Stato si assume il compito di vigilare sul suo funzionamento, anche nella fase successiva a quella di programmazione e contingentamento degli accessi. Si ritiene infatti che l'apertura del mercato del lavoro alle forze migranti possa produrre alcune significative esternalità negative, interferendo con il benessere delle fasce deboli della popolazione attiva e innescando dinamiche concorrenziali rispetto alla forza lavoro domestica, sindacalizzata, o comunque protetta dalle strutture dello Stato sociale<sup>40</sup>.

Su questa falsariga, il d.lgs. n. 286/1998 (ancor più dopo la l. n. 189/2002) ha adottato una rigorosa procedura basata su controlli pubblici preventivi e successivi, riprendendo i criteri della richiesta nominativa o numerica, ormai abbandonati nell'area dei servizi per l'impiego ordinari<sup>41</sup>.

L'*iter* dell'accesso del lavoratore straniero nel mercato del lavoro nazionale prevede che il datore di lavoro presenti richiesta nominativa di «nulla-osta» allo Sportello Unico per l'immigrazione – ufficio istituito presso la Prefettura di ogni Provincia – unitamente ad una proposta di contratto di soggiorno per lavoro subordinato che deve rispettare determinati requisiti posti dall'art. 5 *bis* del T.U.<sup>42</sup>.

Nell'assetto precedente, la competenza gestoria veniva distribuita tra la Direzione provinciale del lavoro (abilitata a rilasciare l'autorizzazione al lavoro) e la Questura territorialmente competente (chiamata a concedere il nulla osta). A seguito dell'entrata in vigore della legge «Bossi-Fini», l'amministrazione della pro-

<sup>40</sup> Sull'impossibilità di affidare al *laissez faire* del mercato la regolazione degli flussi migratori per motivi economici cfr. S. BRIGUGLIO, *I criteri di ammissione dei migranti per lavoro, tra normativa italiana e armonizzazione europea: la difficile gestazione del «diritto di immigrazione»*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 729 ss. secondo cui «da società di accoglienza potrebbe accettare supinamente questa situazione, attendendo che la marginalità di queste fasce di immigrazione non inserita agisca come fattore repulsivo rispetto a ulteriore immigrazione di soggetti con le stesse caratteristiche: un equilibrio sarebbe allora comunque raggiunto, a spese della sofferenza di un certo numero di individui deboli. Tuttavia, il mancato accesso di questi soggetti ad un sufficiente livello di risorse comporterebbe l'impossibilità, per loro, di godere di diritti elementari e, in definitiva, la destabilizzazione dell'ordinamento sociale. Assodata l'impraticabilità di questa indifferenza istituzionale, alle autorità non resterebbe che soccorrere con misure di assistenza gli immigrati a rischio di esclusione sociale (per ipotesi, qui, liberi di soggiornare). Si perderebbe però, questa volta, l'effetto di repulsione, rispetto a nuovi ingressi, dell'esperienza diffusa di insuccesso. Il problema, in assenza di qualunque meccanismo di controreazione, si ripresenterebbe immutato con la successiva ondata migratoria, e le strutture dello stato sociale potrebbero essere messe in ginocchio. L'esistenza di queste esternalità negative (o, più semplicemente, il rischio che esse si presentino) giustifica un intervento correttivo statale rispetto al puro meccanismo di mercato».

<sup>41</sup> Cfr. M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2004, 85.

<sup>42</sup> Cfr. A. MONTANARI, *Il lavoro degli extracomunitari*, in *Trattato di diritto del lavoro*, (diretto da) F. CARINCI, M. PERSIANI, vol. VI, *Il mercato del lavoro*, (a cura di) M. BROLLO, cit., 374 ss.; S. NAPPI, *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, in *Dir. merc. lav.*, 2007, 78 ss.; F. SANTINI, *L'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Lavoro e immigrazione*, (a cura di) A. TURSÌ, cit., 153 ss.; A. PALLADINI, *La normativa nazionale sulla disciplina dell'immigrazione e dei lavoratori stranieri*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 311 ss.;

cedura di avviamento al lavoro è stata interamente concentrata nelle mani del già menzionato «Sportello unico per l'immigrazione», al fine di snellire e rendere più rapido l'esaurimento della sequenza di adempimenti amministrativi necessari per l'ingresso dei migranti per motivi di lavoro. Tuttavia, se è vero che l'innovazione legislativa può essere apprezzata per le finalità di semplificazione burocratica ad essa sottese, non è passato inosservato che la scelta di attribuire titolarità e prerogative lavoristiche ad un organo periferico del Ministero dell'Interno (sottraendole contestualmente agli uffici del Ministero del lavoro), sia significativa della volontà di continuare ad accostarsi alla materia con una più spiccata sensibilità alle esigenze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, piuttosto che a quelle di protezione della persona implicata nello svolgimento di un'attività lavorativa<sup>43</sup>.

Nei casi in cui non abbia una conoscenza diretta dello straniero, il datore di lavoro interessato può avvalersi della richiesta numerica, chiedendo il nulla-osta per soggetti iscritti in apposite liste compilate sulla base di accordi bilaterali sottoscritti tra governo italiano e Stati non appartenenti all'U.e., che attribuiscono ai lavoratori provenienti da questi ultimi quote di ingresso preferenziali (art. 22, comma 3, T.U.). Questa seconda modalità di assunzione è stata tuttavia poco praticata, tenuto conto dell'intuibile assenza di interesse dei datori di lavoro ad assumere soggetti stranieri «al buio», cioè in assenza di qualsiasi preventivo incontro o valutazione di affidabilità personale e professionale.

Ad ogni modo, una volta acquisita la richiesta di assunzione, lo Sportello unico è tenuto a trasmetterne copia al centro per l'impiego della Provincia, affinché presso di esso possa essere verificata «l'indisponibilità di un lavoratore presente sul territorio nazionale, idoneamente documentata»<sup>44</sup>.

Si tratta di un obbligo che riproduce una disposizione originariamente prevista dalla l. n. 943/1986, successivamente abrogata dalla legge «Turco-Napolitano», e nuovamente reintrodotta dalla legge «Bossi-Fini» (art. 22, comma 4, T.U.). Nel contesto ideologico che aveva portato alla riforma del 2002, la riproposizione di questa verifica avrebbe dovuto operare in funzione di garanzia dell'occupazione nazionale, ponendosi come schermo contro la possibile sottrazione di occasioni di lavoro alla manodopera locale<sup>45</sup>. All'atto dell'entrata in vigore della disposizione, però, si era subito posto il problema di definirne la concreta portata precettiva, atteso che un'interpretazione rigorosa e ancorata al mero dato letterale avrebbe prodotto l'effetto – palesemente irragionevole e discriminatorio – di paralizzare in partenza la possibilità di assunzione di manodopera migrante, tenuto conto della

<sup>43</sup> Cfr. S. NAPPI, *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, cit., 80; A. MONTANARI, *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., 375.

<sup>44</sup> Cfr. art. 22, comma, 2, d.lgs. n. 286/1998, così come modificato dall'art. 9, comma 7, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76.

<sup>45</sup> Cfr. M. PAGGI, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 22 ss.

prevedibile disponibilità di candidature avanzate da parte di lavoratori autoctoni. Inoltre, il meccanismo congegnato dal legislatore del 2002 non includeva nel novero dei soggetti di cui sondare l'eventuale interesse occupazionale gli stranieri già regolarmente soggiornati nel territorio italiano, finendo così con l'istituire una disparità di trattamento fondata sulla nazionalità, in violazione della regola che riconosce ai lavoratori stranieri regolari piena uguaglianza rispetto agli italiani (art. 2, comma 3, T.U.). Per questo motivo, dapprima è stata opportunamente varata una circolare interpretativa<sup>46</sup> volta a chiarire che, anche in presenza di dichiarazioni di disponibilità avanzate da parte di lavoratori locali, il datore di lavoro richiedente avrebbe potuto confermare la propria volontà di assumere il cittadino straniero inizialmente indicato; successivamente, l'art. 30-*quinquies*, comma 2, D.P.R. n. 394/1999 (modificato sul punto dal regolamento attuativo della legge «Bossi-Fini») ha espressamente ricompreso nella cerchia dei soggetti cui estendere la verifica di disponibilità all'impiego anche i lavoratori extracomunitari o, comunque, i soggetti censiti come disoccupati in cerca di occupazione. A semplificare ulteriormente la procedura è intervenuto, da ultimo, l'art. 9, comma 7, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, conv. in L. 9 agosto 2013, n. 99, che ha disposto l'abrogazione del quarto comma dell'art. 22, T.U., ed inserito l'obbligo di verifica nell'art. 22, comma 2, riferendolo genericamente «a qualunque lavoratore presente sul territorio nazionale».

Con queste precisazioni, la regola è tornata ad essere ragionevole e scevra da sospetti di illegittimità costituzionale, ma continua a destare perplessità sotto il profilo metodologico, atteso che l'obbligo di osservare questo passaggio procedimentale (con i suoi tempi tecnici spesso dilatati) costituisce un appesantimento burocratico talvolta superfluo e foriero di ritardi, laddove omette di considerare che la domanda di lavoro immigrato espressa dal mercato di rado interessa la manodopera autoctona e che l'attività generale di programmazione dei flussi di ingresso e delle relative quote dovrebbe già, per sua natura, considerare l'andamento dell'occupazione e della disoccupazione interna<sup>47</sup>.

Esaurita questa fase, lo Sportello unico richiederà alla Questura competente di esprimere un parere in ordine al rilascio del nulla osta, prendendo in esame sia la posizione del lavoratore, sia quella del datore di lavoro. Nell'ambito delle attività di controllo demandate allo Sportello, particolare rilievo assume quella di accertamento del rispetto delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie (art. 22, comma 5, T.U.). Nel regime regolativo successivo alla legge «Bossi-Fini», la formulazione della disposizione ha assunto carattere più pregnante rispetto al passato, atteso che la verifica cui adesso è chiamato lo Sportello e che (in caso di esito positivo) consente il rilascio del nulla osta, attiene alla diretta osservanza delle prescrizioni del Ccnl applicabile, in luogo del più lasco impegno da parte del datore di praticare

<sup>46</sup> Cfr. Circolare Ministero del Lavoro, 6 dicembre 2002, n. 59, in *www.lavoro.gov.it*.

<sup>47</sup> Così A. MONTANARI, *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., 376.

condizioni di lavoro complessivamente non inferiori alla contrattazione di categoria, richiesto dalla legislazione previgente. Invero, la modifica in questione ha suscitato alcuni dubbi di costituzionalità, dando adito ad una possibile violazione della procedura stabilita dall'art. 39, parte seconda, della Costituzione. Secondo l'opinione prevalente, tuttavia, il meccanismo delineato dal legislatore sarebbe al riparo da censure di incostituzionalità, in quanto costruito su un principio di condizionalità del tutto simile a quello impiegato nelle «clausole sociali», dalla cui applicazione, com'è noto, non consegue alcuna estensione diretta dell'efficacia del contratto collettivo, dovendosi le stesse considerare come fonte di un onere (e non di un obbligo) a carico dei datori di lavoro interessati ad avvalersi dei benefici da esse previsti<sup>48</sup>. In ogni caso, al di là della sua tenuta costituzionale, la norma si segnala per la sua funzione di regolazione del mercato del lavoro, operando allo stesso tempo come dispositivo di tutela paritaria di gruppi di lavoratori potenzialmente svantaggiati e come misura contro forme di concorrenza salariale al ribasso tra immigrati e manodopera nazionale.

Esaurite positivamente tutte le verifiche sulla documentazione prodotta, lo Sportello unico è tenuto a rilasciare il nulla osta nel termine complessivo massimo di quaranta giorni dalla richiesta e a trasmetterlo agli uffici consolari italiani del paese d'origine (o di legale) residenza dello straniero per cui è stata avanzata la proposta di assunzione. L'acquisizione del nulla osta permette a tali uffici di rilasciare al lavoratore chiamato il visto di ingresso per lavoro subordinato nel territorio italiano<sup>49</sup>. Entro otto giorni dall'ingresso – termine questo perentorio<sup>50</sup> – il lavoratore straniero dovrà sottoscrivere il contratto di soggiorno presso lo Sportello unico competente e fare richiesta del permesso di soggiorno, che verrà successivamente rilasciato dalla Questura competente.

---

<sup>48</sup> Cfr. G. DONDI, *La politica verso l'immigrazione: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, in *Il lavoro degli immigrati*, cit., 20.

<sup>49</sup> Una gestione più semplificata è garantita per il lavoro stagionale, in considerazione della ciclicità del lavoro e della maggiore esigenza di flessibilità della tipologia di occupazione. Oltre alla riduzione dei tempi del procedimento, è previsto un diritto di precedenza dello straniero che abbia già prestato attività lavorativa alle dipendenze di un datore di lavoro (qualora questi intenda effettuare una nuova assunzione stagionale nell'anno successivo) rispetto ai connazionali non ancora entrati in Italia. Tra l'altro, il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. in l. 4 aprile 2012, n. 35 (cosiddetto «Decreto semplificazioni»), pur mantenendo fermo il limite massimo di nove mesi per il permesso di soggiorno per lavoro stagionale, ha previsto la possibilità di rinnovare il permesso e prorogare l'autorizzazione al lavoro, in caso di nuova opportunità di lavoro stagionale offerta dallo stesso o da altro datore di lavoro.

<sup>50</sup> Cfr. Cass. 14 novembre 2001, n. 14152, in *Mass. giust. cin.*, 2001, 1921, secondo cui «il termine di otto giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato, entro il quale lo straniero deve chiedere il permesso di soggiorno al questore della provincia in cui si trovi ha carattere perentorio e la sua inosservanza è sanzionata, dal successivo art. 13, comma 2, lett. b), dello stesso d.lgs., con l'espulsione amministrativa, a meno che il ritardo nella richiesta sia dipeso da forza maggiore, la cui sussistenza deve essere comprovata dall'interessato in base a circostanze specifiche».

Questa breve disamina dell'*iter* procedimentale stabilito per l'assunzione dei lavoratori extracomunitari permette di effettuare già alcune valutazioni di massima circa l'approccio regolativo del legislatore italiano nei confronti del fenomeno migratorio. La particolare macchinosità delle regole articolate nel T.U., specialmente a seguito della sua riscrittura nel 2002, consegnano un sistema rigido e sclerotizzato, in cui la scansione fra tempi e adempimenti formali non permette di definire con certezza e tempestività il successo del progetto migratorio intrapreso dal singolo, né sotto il profilo giuridico, né sotto quello dell'inclusione sociale. Non va infatti trascurato che il T.U. del 1998 riconosce ai lavoratori migranti il godimento dei diritti civili e alla parità di trattamento solo se regolarmente soggiornanti sul territorio, mentre riserva «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato, i diritti fondamentali della persona previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, in omaggio ad un'opzione culturalista ancora troppo poco sensibile ai temi dell'integrazione e del raggiungimento dell'uguaglianza tra le diversità»<sup>51</sup>.

In definitiva, il sistema di *governance* dell'immigrazione per motivi di lavoro attualmente vigente tende a moltiplicare oneri e barriere più o meno invisibili, finendo per configurarsi come uno dei principali ostacoli all'ingresso regolare dei cittadini di paesi terzi nel mercato del lavoro nazionale e probabilmente come il primo fattore che dissuade i datori di lavoro dal ricorrere al canale di approvvigionamento dall'estero<sup>52</sup>.

Tra gli elementi per una possibile riscrittura del testo unico, pertanto, andrebbe considerato come prioritario un intervento di revisione delle procedure di ingresso sul territorio nazionale per motivi di lavoro, puntando all'ulteriore semplificazione degli adempimenti e al superamento delle incongruenze che hanno sinora precluso una gestione efficiente del sistema di incontro tra domanda e offerta di lavoro. In questo senso, andrebbe superato uno dei più evidenti limiti strutturali del vigente quadro normativo, ossia quello della subordinazione dell'ingresso del migrante alla pre-esistenza di una specifica e concreta offerta nominativa di lavoro in Italia.

Più di dieci anni di esperienza dall'entrata in vigore della legge «Bossi-Fini» sono sufficienti per validare l'impressione – già ampiamente diffusa tra gli stu-

<sup>51</sup> Cfr. S. NAPPI, *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, cit., 85, che rileva come attraverso questa impostazione «il lavoro assurge a principale elemento qualificante della disciplina dell'immigrazione, seguendo un approccio prettamente utilitaristico che tende a saldare uno stretto collegamento tra permanenza dello straniero nel territorio dello Stato ed effettivo svolgimento di un'attività lavorativa. Simile costruzione spiega pure sia la minore attenzione dedicata dal legislatore alle altre ipotesi di soggiorno, sia la tendenziale parametrizzazione della durata del permesso di soggiorno a quella del rapporto di lavoro».

<sup>52</sup> Cfr. M. Mc BRITTON, *Immigrazione e lavoro nell'esperienza giuridica italiana*, cit., 204.

diosi della materia – che il sistema «lavoro + ingresso» sia connotato da una forte carica ideologica: la regola che presuppone l'assenza dello straniero dall'Italia al momento della presentazione della domanda di assunzione da parte di un datore di lavoro si è rivelata una sorta di *fictio* giuridica, mostrando scarsa aderenza alle effettive dinamiche che governano il fenomeno migratorio. Si è già detto che l'incontro tra domanda e offerta di lavoro avviene in maniera informale già sul territorio italiano, e che i decreti flussi annuali operano come sanatoria postuma delle posizioni di soggetti sprovvisti di un regolare permesso di soggiorno<sup>53</sup>. In modo pressappoco costante dagli anni '90, la percentuale di ingressi mediante il sistema di collocamento speciale è stata di gran lunga inferiore rispetto a quella dei lavoratori che abbiano beneficiato di una delle molteplici sanatorie varate nel corso delle passate legislature. È dunque evidente che, nell'esperienza concreta, la domanda di manodopera immigrata espressa dal mercato del lavoro nazionale viene soddisfatta mediante un'impostazione opposta a quella sposata dalla legge, ovvero attraverso il sistema «ingresso + lavoro», la cui espressione normativa era precedentemente rappresentata dall'istituto dello *sponsor*, inopportuno eliminato dalla legge «Bossi-Fini»<sup>54</sup>. Invero, l'abrogata «prestazione di garanzia per inserimento nel mercato del lavoro» (cfr. il precedente testo dell'art. 23 del T.U.), consentiva di creare un ponte di ingresso regolare tra un cittadino italiano, operante quale garante, e uno straniero che intendesse ricercare un'occupazione in Italia. Benché non adeguatamente valorizzato, l'istituto presentava l'indubbia utilità di consentire all'aspirante lavoratore di sfruttare le reti familiari e le catene migratorie già presenti sul territorio, moltiplicando le occasioni di conoscenza e di contatto diretto con la domanda espressa dal mercato locale<sup>55</sup>. In un contesto altamente frammentato ed incapace di offrire un'efficace mappatura degli *skill shortage* presenti sul territorio, azioni di accompagnamento e sponsorizzazione potrebbero divenire un efficace volano per l'attenuazione di asimmetrie informative e per la diffusione di occasioni di lavoro regolare, specialmente nelle realtà imprenditoriali medio-piccole, nelle quali gli elementi della fiducia e della

<sup>53</sup> C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA, L. PAGANI, *A 'Glass-Ceiling' Effect for Immigrants in the Italian Labour Market?*, in *IZA Discussion Papers, Institute for the Study of Labour*, Bonn, 2012; E. REYNERI, G. FULLIN, *Labour Market Penalties of New Immigrants in New and Old Receiving West European Countries*, in *International Migration*, 2010, 31 ss; A. COLOMBO, *Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, Il Mulino, 2012.

<sup>54</sup> Cfr. A. GUARISO, *Le incrollabili ipocrisie in tema di lavoro immigrato*, cit., 36.

<sup>55</sup> La garanzia doveva essere prestata per un massimo di due stranieri per ciascun anno e doveva comprendere la disponibilità di un alloggio idoneo, mezzi di sussistenza in misura non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale, l'assicurazione obbligatoria al servizio sanitario nazionale ed il pagamento delle spese di rimpatrio. Fermo restando il limite del rispetto delle quote, il cittadino straniero poteva ottenere un permesso di soggiorno di durata annuale, decorso il quale avrebbe dovuto fare rientro nel paese di origine, salvo aver reperito un'occupazione regolare.

conoscenza personale assumono un ruolo particolarmente significativo. A queste potrebbe essere agganciata una «sponda istituzionale» costituita da sindacati, enti locali e organizzazioni *no profit* disponibili a farsi carico dell'insegnamento della lingua italiana, dell'orientamento e del sostegno nella ricerca del lavoro<sup>56</sup>.

##### 5. *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*

La procedura di assunzione si conclude con la sottoscrizione del «contratto di soggiorno per lavoro subordinato», che costituisce il presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno. Nel disciplinare l'istituto, il legislatore del 2002 ha utilizzato come modello di riferimento la «proposta di direttiva europea relativa alle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo» (COM 2001/386), rimasta successivamente inattuata a causa dei forti contrasti politici scaturiti dalla tradizionale ritrosia degli Stati membri nel cedere quote di sovranità nazionale in materia di ingresso dei lavoratori provenienti da paesi terzi sul proprio territorio.

Anche per tale fattispecie, la disciplina interna presenta un'impronta dirigitica che si manifesta soprattutto attraverso l'accentuazione dei vincoli e degli oneri posti a carico del datore di lavoro che intenda occupare alle proprie dipendenze un migrante.

La peculiare figura contrattuale regolata dall'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 286/1998 costituisce, secondo alcuni, l'unica tipologia negoziale utilizzabile per il primo ingresso dello straniero in Italia e, conseguentemente, il solo strumento per l'inserimento regolare di quest'ultimo nel mercato del lavoro nazionale<sup>57</sup>.

Al fine di costituire titolo valido per il rilascio del permesso di soggiorno, il contratto di lavoro (*rectius* la proposta) deve contenere: *a*) la garanzia, da parte del datore di lavoro, della disponibilità di un alloggio che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica; *b*) l'impegno al pagamento, sempre da parte di quest'ultimo, delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel paese di provenienza<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Così M. AMBROSINI, *Politiche di buon senso sull'immigrazione*, in *www.lavoce.info*, 16 dicembre 2011.

<sup>57</sup> Cfr. L. CALAFÀ, *Il contratto di lavoro degli stranieri tra sicurezza pubblica e mercato*, in *Law. dir.*, 2009, 541 ss.

<sup>58</sup> Da aprile 2011, le informazioni relative all'alloggio e alle spese di viaggio per il cittadino straniero sono contenute anche nel «modello Unificato Lav». Dal 15 novembre 2011, al fine di semplificare le procedure burocratiche per l'assunzione di un lavoratore straniero regolarmente soggiornante è sufficiente la compilazione di tale modello. A tale prassi, autorizzata con una serie di circolari ministeriali, ha recentemente dato copertura normativa primaria l'art. 17, comma 1, del già citato d.l. n. 5/2012, conv. in l. n. 35/2012. Cfr. A. COLOMBO, V. PIRO, *Amministrare l'immigrazione. Indagine sull'applicazione della normativa in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri in alcuni contesti territoriali italiani*, Bologna, 2012, in [http://www.molteplicita.it/wpcontent/uploads/2012/06/AMMINISTRARE\\_IMMIGRAZIONE.pdf](http://www.molteplicita.it/wpcontent/uploads/2012/06/AMMINISTRARE_IMMIGRAZIONE.pdf).

L'arricchimento dei contenuti e l'imposizione dei peculiari requisiti normativi cui il legislatore ha subordinato la sottoscrizione e la stessa validità del contratto di soggiorno hanno suscitato un ampio dibattito circa la natura giuridica della fattispecie. Secondo una prima lettura, si tratterebbe di una particolare figura negoziale, frutto di due contratti collegati: il contratto di soggiorno – cui è estranea ogni funzione di scambio, in quanto destinato esclusivamente a soddisfare gli interessi pubblicistici legati alla disponibilità di un alloggio decente e alla garanzia del rimpatrio nel paese d'origine – e un normale contratto di lavoro subordinato, corredato dei tradizionali diritti e obblighi a carico di ciascuna delle due parti<sup>59</sup>. Altri hanno sostenuto invece che la figura in questione andrebbe classificata tra i contratti speciali, in quanto oggetto di una «disciplina apposita e diversa da quella contenuta nel codice civile e nelle leggi collegate in materia di lavoro subordinato e connessa causalmente alla concessione del permesso di soggiorno»<sup>60</sup>.

Vi è poi una terza opzione, che appare più convincente, secondo cui il contratto di soggiorno per lavoro subordinato si configura come schema negoziale tipico, privo di alterazioni causali rispetto al modello ordinario di cui all'art. 2094 c.c., ma a disciplina speciale, in considerazione degli interessi pubblicistici ad esso sottesi<sup>61</sup>. In questa prospettiva, non ravvisandosi un'alterazione funzionale della causa negoziale<sup>62</sup>, si può ritenere che l'integrazione *ex lege* delle clausole aventi ad oggetto la garanzia dell'alloggio e l'impegno al pagamento delle spese di rimpatrio operi su un piano esterno a quello della classificazione tipologica, senza alcuna incidenza strutturale sul rapporto di scambio tra lavoro e retribuzione. In sostanza, per quanto l'osservanza delle garanzie di alloggio e rimpatrio sia ne-

<sup>59</sup> È questa l'opinione di G. DONDI, *La politica verso l'immigrazione: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, cit., 14, secondo cui, peraltro, «né la combinazione negoziale, né l'estensione (impropria) del *nomen iuris* valgono a determinare l'istituzione di un unico contratto complesso quale nuovo contratto di lavoro speciale, non ravvisandosi una sintesi negoziale né una deviazione funzionale della causa tipica del contratto di lavoro che lo giustifichino».

<sup>60</sup> Cfr. G. ZILIO GRANDI, *sub art. 5 bis, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, (a cura di) M. GRANDI, G. PERA, Padova, 2009, 1420.

<sup>61</sup> Sul dibattito relativo alle classificazioni del tipo “lavoro subordinato”, cfr. M. GRANDI, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro, Lavoro subordinato e dintorni*, (a cura di) M. PEDRAZZOLI, Bologna, 1989, 77 ss.; G. LOY, *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, *ivi*, 51 ss.; M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, (a cura di) M. NAPOLI, Milano, 1995, t. II, 1057 ss.; V. SPEZIALE, *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti “atipici” e possibili riforme*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 51/2007, 15.

<sup>62</sup> Ma v. *contra* S. NAPPI *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, cit., 89, secondo cui la presenza di elementi posti dal legislatore in tutta evidenza a tutela di interessi diversi da quelli propri degli stipulanti, finisce per intervenire sulla causa del contratto, connotandola di implicazioni di sicura natura pubblicistica.

cessaria ai fini della validità del contratto<sup>63</sup>, non vi è una diretta incidenza sotto il profilo dell'inquadramento negoziale, ma solo l'obbligo di conformarsi ad alcuni adempimenti amministrativi imposti normativamente in ragione della connotazione pubblicistica che permea la disciplina dell'ingresso in Italia dei lavoratori migranti.

Effettuata questa premessa, va detto subito che anche le disposizioni sul contratto di soggiorno per lavoro subordinato – così come quelle sul procedimento di assunzione più sopra esaminato – presentano innumerevoli criticità riconducibili all'effetto di autoalimentazione dell'intreccio tra tecnica e ideologia, naturalmente sotteso ad ogni riforma legislativa. Sotto questo profilo, è osservazione diffusa che l'entità degli oneri economici presupposti dalla normativa sul rapporto di lavoro produce l'effetto di dissuadere le parti datoriali dall'assumere lavoratori provenienti dai territori più lontani (stante la maggiore entità dei costi di rimpatrio), inducendole ad attingere la manodopera preferibilmente dalle realtà più vicine, con effetti indirettamente discriminatori per coloro che, per avventura, si trovino a possedere la cittadinanza di un paese meno limitrofo<sup>64</sup>. Le disposizioni di riferimento, peraltro, non chiariscono le modalità di imputazione delle spese di rimpatrio nel caso in cui il lavoratore transiti alle dipendenze di più datori di lavoro italiani, anche se pare preferibile la tesi che ipotizza la genesi di un'obbligazione solidale tra tutti i soggetti coinvolti<sup>65</sup>. Al contrario, è pacifico che il destinatario della garanzia assunta dal datore di lavoro sia lo Stato (e non il lavoratore interessato), essendo la finalità della disposizione quella di evitare aggravii di spesa a carico delle autorità pubbliche che debbano eseguire il rimpatrio forzato dei lavoratori migranti in posizione di irregolarità sul territorio italiano. Ad ogni modo, la concreta effettività di questa regola si è dimostrata particolarmente bassa, atteso che non sempre le questure hanno materialmente provveduto a ripetere dalle imprese i costi sostenuti per eseguire i rimpatri coattivi o i provvedimenti di espulsione. In considerazione della sua ridotta portata precettiva, la disposizione

<sup>63</sup> Trattandosi di norme imperative volte a regolare l'ingresso e la permanenza dello straniero sul territorio italiano, la loro eventuale inosservanza produrrebbe infatti la nullità dell'intero contratto, anche in assenza di una previsione esplicita in tal senso. Cfr. L. CASTELVETRI, F. SCARPELLI, *Il lavoro degli immigrati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, III, 12 ss.; M. L. DE MARGHERITI, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, in *Lavoro e immigrazione*, (a cura di) A. TURSI, cit., 189 ss., sul punto 195. A tutela del lavoratore, resta ferma l'applicabilità dell'art. 2126 c.c. Al riguardo cfr., da ultimo, Cass. 5 novembre 2010, n. 22559, in *Guida al dir.*, 2010, f. 47, 52, con nota di M. Tatarelli.

<sup>64</sup> A. GUARISO, *La legge Bossi-Fini sull'immigrazione: le innovazioni in materia di lavoro*, cit., 241; G. LUDOVICO, *La disciplina del lavoro immigrato extracomunitario dopo le modifiche previste dalla L. n. 189/2002*, in *Lav. giur.*, 2002, 1024 ss.

<sup>65</sup> Cfr. A. MONTANARI, *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., 384. *Contra* A. RONDO, *Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato*, cit., 134 ss.; problematicamente anche P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, (a cura di) B. NASCIBENE, Padova, 2004, 360.

ha dunque finito con l'operare in funzione tendenzialmente propagandistica, rassicurando l'opinione pubblica dai timori dell'«immigrato minaccia», non solo per la sicurezza, ma anche per gli equilibri finanziari dello Stato<sup>66</sup>.

Per quanto riguarda l'obbligo di garantire la disponibilità di un alloggio, invece, non vi sono dubbi sul fatto che i relativi oneri economici gravino (almeno in ultima istanza) sul lavoratore. Nonostante un'isolata lettura<sup>67</sup>, v'è infatti concordia nel ritenere che al datore di lavoro competa unicamente la garanzia primaria di reperire una sistemazione abitativa in favore del migrante prima del suo ingresso in Italia<sup>68</sup>. Successivamente, sarà questi a dover provvedere al pagamento dei relativi oneri, fermo restando che, ai sensi dell'art. 30 *bis*, comma 4, D.P.R. n. 394/1999, il primo risulta comunque legittimato a trattenere dalla retribuzione le somme eventualmente anticipate per il pagamento dell'alloggio del lavoratore extracomunitario, nei limiti di un terzo del suo importo<sup>69</sup>.

#### 6. *Il problematico nesso tra contratto di lavoro e permesso di soggiorno*

La garanzia dell'inserimento regolare dei migranti nel mercato del lavoro italiano viene infine puntellata dalla legge «Bossi-Fini» mediante un'ulteriore serie di misure volte a controllare, in modo capillare e pervasivo, il mantenimento delle condizioni di permanenza nel territorio e dei relativi titoli di soggiorno. Tra queste, si possono ricordare, a titolo esemplificativo: 1) la riduzione della durata del permesso di soggiorno rinnovato, adesso stabilita in misura non superiore a quella del primo permesso (in precedenza il T.U. consentiva il rinnovo per una durata doppia rispetto a quella indicata nel primo permesso,

---

<sup>66</sup> Va comunque detto che l'obbligo del datore di lavoro di garantire il pagamento delle spese di rimpatrio risale già alla legge n. 984/1986.

<sup>67</sup> Cfr. M. PAGGI, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, cit., 23 ss. *Contra*, R. FINOCCHI GHERSI, *L'(in) attuazione della legge Bossi Fini: prime note per un bilancio di fine legislatura*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 599 ss., secondo cui «se tale disposizione fosse stata da intendersi in senso letterale, si doveva concludere che il datore fosse personalmente obbligato a reperire un alloggio ed a farsi garante verso l'amministrazione della sua disponibilità a favore dello straniero, mediante la partecipazione al contratto di locazione ovvero disponendo di un bene di sua proprietà. Una interpretazione siffatta, a causa degli oneri che ne conseguono per il datore, varrebbe a diminuire nettamente la sua propensione ad assumere immigrati, incidendo negativamente sugli ingressi regolari e favorendo l'ulteriore ricorso al lavoro nero, già così diffuso anche in riferimento al mercato del lavoro nel quale sono occupati gli stranieri».

<sup>68</sup> Si può immaginare la messa a disposizione di un alloggio di proprietà del datore di lavoro o la stipula di un contratto di locazione a favore di terzo, o qualsiasi altro titolo giuridico idoneo ad assicurare il diritto di godimento, purché rispetti i parametri abitativi previsti dalla legge.

<sup>69</sup> Ma si ipotizza anche la possibilità per il datore di lavoro di operare una compensazione per l'intero sulle somme dovute a titolo di TFR.

ossia fino a un massimo di quattro anni); 2) l'anticipazione dei termini entro cui lo straniero deve chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno, ampliati dalla legge «Bossi-Fini» fino a novanta giorni prima della sua scadenza (a fronte dei trenta previsti dalla legge «Turco-Napolitano») e adesso fissati in sessanta giorni, per effetto della modifica apportata dalla l. 15 luglio 2009, n. 94; 3) l'introduzione, ad opera della l. n. 94/2009 (c.d. «Pacchetto sicurezza»), dell'accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato, disciplinato dal nuovo art. 4 *bis* del T.U. n. 286/1998, che da una parte subordina il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno (oltre che alle condizioni già esaminate) al conseguimento, da parte del migrante, di un numero minimo di crediti assegnati in rapporto al livello di integrazione conseguito nel periodo di validità del permesso di soggiorno richiesto e, dall'altra, determina la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, in caso di perdita integrale dei suddetti crediti<sup>70</sup>.

Si tratta di prescrizioni procedurali che aggravano ulteriormente l'attività degli apparati amministrativi, producendo ritardi, disfunzioni e incombenze superflue, anche a carico dei migranti.

Sullo sfondo di questi aspetti, per loro natura già particolarmente controversi, continuano a rimanere le numerose ambiguità interpretative attinenti al collegamento strutturale tra permesso di soggiorno e contratto di lavoro subordinato. Nel disegno tratteggiato dal legislatore, le due fattispecie si trovano in rapporto di reciproco condizionamento, atteso che la durata del permesso di soggiorno per lavoro è agganciata a quella prevista dal contratto di lavoro, anche se la prima non può comunque superare: «a) in relazione ad uno o più contratti di lavoro stagionale, la durata complessiva di nove mesi; b) in relazione ad un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, la durata di un anno; c) in relazione ad un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, la durata di due anni» (cfr. art. 5, comma 3 *bis*, T.U. n. 286/1998).

<sup>70</sup> Salvo alcune eccezioni legate al possesso di un particolare *status*, quale quello di straniero titolare di permesso di soggiorno per asilo, per richiesta di asilo, per protezione sussidiaria, per motivi umanitari, per motivi familiari, di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, di carta di soggiorno per familiare straniero di cittadino dell'Unione europea, nonché degli stranieri titolari di altro permesso di soggiorno che abbiano esercitato il diritto al ricongiungimento familiare. Al riguardo, si segnala che il 10 marzo 2012 è entrato in vigore il D.P.R. 14 settembre 2011, n. 179, con il quale vengono fissati i criteri e le modalità per la sottoscrizione dell'accordo di integrazione per lo straniero che richiede il permesso di soggiorno, ai sensi della l. 15 luglio 2009, n. 94. La misura ha ricevuto numerose critiche in quanto vista come una sorta di «patente a punti per l'immigrato» volta a creare ulteriori ostacoli nel processo di acquisizione del permesso di soggiorno, già reso difficoltoso dalla legge «Bossi-Fini». Cfr., tra i tanti, il parere negativo sullo schema di D.P.R., emesso il 18 novembre 2010 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, consultabile all'indirizzo <http://www.stranieriinitalia.it/news/parere26nov2010.pdf>.

La presenza di questo nesso strutturale ha sollevato due questioni critiche, tuttora particolarmente dibattute in sede scientifica e giurisprudenziale.

La prima riguarda l'estensione della peculiare disciplina procedimentale cui è condizionata la sottoscrizione del primo contratto di soggiorno per lavoro subordinato alle ipotesi di «instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro, ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno» (art. 5, comma 4, d.lgs. n. 286/1998 e art. 36 *bis*, D.P.R. n. 394/1999). La scelta legislativa di reiterare l'osservanza dei requisiti procedurali e degli oneri prescritti per il primo ingresso, anche nelle ipotesi di passaggio a nuova occupazione di coloro si trovino già in Italia regolarmente, è apparsa ai più discutibile, nonché sospetta di incostituzionalità per violazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini italiani, stabilito dall'art. 2, comma 3, T.U. e dalla Convenzione Oit n. 143/1975, ratificata dall'Italia, con l. n. 158/1981<sup>71</sup>. La moltiplicazione degli adempimenti amministrativi e degli obblighi di garanzia previsti dall'art. 5 *bis*, lett. a) e b) del T.U. si mostra infatti irragionevole, nella misura in cui aggrava la posizione degli stranieri rispetto alla manodopera autoctona, per la quale la legge non impone il rispetto di tali oneri procedurali. In altri termini, se l'imposizione di uno specifico apparato vincolistico può ritenersi giustificato in relazione all'interesse dello Stato ad esercitare un controllo preventivo sul primo accesso del lavoratore migrante nel mercato del lavoro nazionale, diventa assai difficile mantenere tale valutazione nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia avuto la possibilità di accedere ad una nuova occasione di lavoro dopo aver già superato positivamente il giudizio di meritevolezza circa la propria ammissione nel territorio italiano, ottenendo il permesso di soggiorno. Per la verità va anche detto che, di recente, il legislatore ha varato alcune misure di semplificazione volte a rendere meno farragginosa proprio la procedura da seguire per l'instaurazione di un rapporto di lavoro successivo al primo. L'art. 17, comma 1, del d.l. n. 5/2012, conv. in l. n. 35/2012 (c.d. «Decreto semplificazioni»), ha previsto infatti che «la comunicazione di assunzione ai centri per l'impiego assolve, a tutti gli effetti di legge, anche agli obblighi di comunicazione della stipula del contratto di soggiorno per lavoro subordinato concluso direttamente tra le parti per l'assunzione di lavoratore in possesso di permesso di soggiorno, in corso di validità, che abiliti allo svolgimento di attività di lavoro subordinato di cui all'articolo 5-*bis* del testo unico dell'immigrazione». In sostanza, il sistema generale della comunicazione preventiva di assunzione (24 ore prima dell'inizio del rapporto) viene esteso anche nei confronti dei lavoratori stranieri

---

<sup>71</sup> Cfr. A. Tursi, *La nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, cit., 19; G. Dondi, *La politica verso l'immigrazione: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, cit., 16; G. Ludovico, *Profili sostanziali, la disciplina del lavoro subordinato*, in *Diritto degli stranieri*, (a cura di) B. Nascimbene, cit., 785. Anche la giurisprudenza afferma che il permesso deve essere rinnovato con le modalità e procedure del primo ingresso in Italia. Cfr. Tar Roma, Lazio, sez. II, 26 giugno 2009, n. 6271, *inedita*.

già regolarmente soggiornanti, e sostituisce gli adempimenti amministrativi posti a carico dei datori di lavoro verso la prefettura, tra cui la formalizzazione degli impegni relativi alla sistemazione alloggiativa e al pagamento delle spese di rientro. L'impegno a prestare le garanzie in questione tuttavia, non viene eliminato, ma solamente spostato all'interno del modello unificato (UNILAV) mediante il quale i datori di lavoro assolvono gli obblighi di comunicazione delle assunzioni. Nel richiamare la disciplina di cui all'art 5 *bis* del T.U., infatti, la disposizione in questione ribadisce chiaramente la necessità che, anche per l'assunzione di un lavoratore già in possesso di permesso di soggiorno, venga sottoscritto un ordinario contratto di soggiorno per lavoro subordinato, con tutti i relativi impegni. Può dunque ritenersi che il pregio di questa innovazione consista nell'aver snellito il carico burocratico di uffici e imprese lungo l'*iter* di assunzione stabilito dal T.U. sull'immigrazione, ma non di aver risolto il nodo centrale della questione<sup>72</sup>.

Il secondo elemento di criticità posto dal nesso tra contratto di lavoro e permesso di soggiorno attiene all'individuazione del grado di incidenza degli eventi interruttivi del rapporto di lavoro dello straniero (primo fra tutt'eventuale licenziamento) sul titolo che ne consente la regolare permanenza all'interno del territorio nazionale.

L'art. 22, comma 11, del d.lgs. n. 286/1998 stabilisce che «la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario ed ai suoi familiari legalmente soggiornanti. Il lavoratore straniero in possesso del permesso di soggiorno per lavoro subordinato che perde il posto di lavoro, anche per dimissioni, può essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno, e comunque, salvo che si tratti di permesso di soggiorno per lavoro stagionale, per un periodo non inferiore ad un anno ovvero per tutto il periodo di durata della prestazione di sostegno al reddito percepita dal lavoratore straniero, qualora superiore. Decorso il termine di cui al secondo periodo, trovano applicazione i requisiti reddituali di cui all'articolo 29, comma 3, lettera b)».

L'attuale formulazione della disposizione è frutto di una novella recentemente apportata al T.U. sull'immigrazione dall'art. 4, comma 30, della l. 28 giugno 2012, n. 92 (cosiddetta «riforma Fornero»). La novità consiste nell'aver opportunamente riportato da sei mesi ad un anno il periodo di tempo in cui lo straniero che abbia perso il lavoro può legalmente soggiornare in Italia alla ricerca di una nuova occupazione, con ciò eliminando una delle più vistose discrasie addebitabili alla legge «Bossi-Fini». Va infatti ricordato che proprio quest'ultima era stata fortemente criticata per aver ridotto da un anno a sei mesi la durata massima di permanenza regolare in Italia dello straniero successivamente alla perdita del posto di lavoro, imponendo così una *deadline* eccessivamente ristretta ed oltremodo gravosa per gli immigrati in cerca di nuova occupazione. Tra l'altro, la misura

<sup>72</sup> Così L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, cit., 116.

aveva sollevato un evidente difetto di coordinamento con la disciplina generale sulle prestazioni a tutela del reddito. Dall'associazione tra la riduzione del limite temporale di permanenza nelle liste di collocamento e l'anticipazione dei termini per la richiesta del rinnovo del permesso di soggiorno prima della sua scadenza emergeva infatti il doppio effetto distorsivo consistente, per un verso, nell'eccessiva compressione del tempo utile entro cui lo straniero avrebbe potuto legalmente reperire un nuovo impiego<sup>73</sup> e, per l'altro, nel disallineamento tra la durata dei trattamenti di *welfare* garantita ai lavoratori nazionali e quella, notevolmente inferiore, riservata ai prestatori *extra* U.e. Da qui, tanto per cambiare, un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale legato all'irragionevolezza del trattamento differenziato tra le due categorie.

La modifica introdotta dalla l. n. 92/2012 costituisce pertanto una delle novità della «riforma Fornero» cui attribuire apprezzamento positivo, in quanto, oltre ad avere ampliato il periodo di validità del permesso di soggiorno, riportandolo ad un anno, ha contestualmente previsto che esso produca effetti ultrattivi, in correlazione con la maggiore durata della prestazione di sostegno al reddito eventualmente percepita dal lavoratore. Infine, non va trascurata l'ulteriore possibilità – anch'essa prevista dal nuovo art. 22, comma 11, T.U. – di prolungare ulteriormente il periodo di permanenza regolare in Italia mediante la dimostrazione della disponibilità dei requisiti reddituali di cui all'articolo 29, comma 3, lettera *b*) del medesimo testo unico, ossia del possesso di un reddito non inferiore all'importo dell'assegno sociale, rimodulabile in relazione alla presenza di familiari che incidano sulla composizione del nucleo familiare. Tale ultima previsione desta tuttavia qualche dubbio, atteso che l'ancoraggio della validità del permesso di soggiorno ad un parametro rigido e predeterminato, qual è l'importo dell'assegno familiare, mal si concilia con la regola generale che subordina il rinnovo del permesso alla disponibilità di un reddito da lavoro o da altra fonte lecita sufficiente al sostentamento proprio e dei familiari conviventi a carico (art. 13, D.P.R. n. 394/1999; art. 6, comma 5, T.U.). L'importo dell'assegno familiare viene infatti utilizzato esplicitamente come parametro di sostenibilità nella disciplina del ricongiungimento familiare (art. 29, comma 3, lett. *b*, T.U.) e in quella relativa all'ingresso e soggiorno per lavoro autonomo (art. 26, comma 3, T.U.), mentre nell'ambito del lavoro subordinato si registra una certa tendenza giurisprudenziale a determinare il livello di sufficienza del reddito con una apprezzabile dose

---

<sup>73</sup>Tenuto conto che la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno doveva essere presentata almeno novanta giorni prima della sua scadenza (divenuti sessanta con la l. n. 94/2009), per rimanere regolarmente in Italia il lavoratore extracomunitario avrebbe dovuto trovare un nuovo lavoro entro tre mesi dall'interruzione del rapporto precedente. Cfr. M. L. DE MARGHERITI, *L'accesso del lavoratore straniero all'anagrafe del lavoro, al collocamento obbligatorio, alle selezioni presso le pubbliche amministrazioni*, in *lavoro e immigrazione*, cit., 248 ss.; A. MONTANARI, *Il lavoro degli extracomunitari*, cit., 389.

di flessibilità, in relazione alla storia lavorativa del singolo e delle prospettive future<sup>74</sup>. Occorrerà dunque monitorare con attenzione gli esiti dell'applicazione concreta di questa regola, al fine di evitare che gli obiettivi di «contrasto del lavoro irregolare degli immigrati», dichiarati espressamente dalla legge, si espongano ad un processo di eterogenesi dei fini, che conduca a risultati opposti a quelli faticosamente raggiunti dalla citata evoluzione giurisprudenziale.

#### 7. *La direttiva n. 98/2011 Ue e le prospettive di semplificazione futura*

Volendo trarre alcune conclusioni dall'analisi sin qui condotta, può dirsi che, anche al netto dei recenti tentativi di semplificazione, la disciplina sul lavoro degli immigrati si inserisce tuttora in una cornice normativa non sempre decifrabile e ancora eccessivamente carica di sovrastrutture ideologiche. Nel decennio appena trascorso, l'afflusso di manodopera straniera ha colmato importanti *deficit* strutturali del mercato del lavoro italiano, incidendo in alcuni settori nevralgici con intensità costante, nonostante la maggiore esposizione di tale serbatoio occupazionale alle perturbazioni scaturenti dalla crisi economica. Eppure, le politiche migratorie nazionali continuano a minimizzarne la dimensione strutturale del fenomeno, oscillando tra i sofismi di un sistema regolativo degli ingressi dal carattere rigido e fortemente restrittivo, e le periodiche sanatorie attuate in funzione compensativa delle sacche di sommerso dallo stesso inevitabilmente indotte. A queste due dimensioni se ne aggiunge una terza, rappresentata da un apparato sanzionatorio severo e fortemente penalizzate, soprattutto nella sua recente declinazione del reato di immigrazione clandestina, limpida espressione della cultura del sospetto verso lo «straniero minaccia» e dei pregiudizi – talvolta

<sup>74</sup> Cfr. Tar Toscana, sez. I, 20 marzo 2008, n. 426, in *www.personaedanno.it*, secondo cui il quadro normativo richiede, ai fini del rinnovo, una sufficiente disponibilità reddituale (cioè la disponibilità di un reddito adeguato a consentire allo straniero e alla sua famiglia di condurre una vita dignitosa). Tuttavia, alla mancanza di un preciso riferimento a puntuali parametri di sufficienza reddituale non si può ovviare né con il richiamo all'art. 26 del T.U. (che al terzo comma parla di “reddito annuo, proveniente da fonti lecite, di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria”), visto che la norma disciplina esclusivamente la materia dell'ingresso e soggiorno per lavoro autonomo (mentre qui si discute di rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro subordinato); né con il richiamo all'art. 29 T.U., che disciplina la diversa materia del ricongiungimento familiare, facendo riferimento al parametro dell'importo dell'assegno sociale. Non è dunque legittimo negare il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro subordinato perché il richiedente non ha conseguito, in passato, un reddito annuo quantomeno pari all'importo dell'assegno sociale; ciò che conta è verificare se al momento della presentazione dell'istanza di rinnovo il richiedente è titolare di un contratto di soggiorno. Cfr. altresì Tar Piemonte, sez. II, 8 ottobre 2005, n. 2868, *inedita*; Tar Marche, 22 aprile 2005, n. 383, *inedita*; Tar Milano, Lombardia, sez. IV, 31 gennaio 2012 n. 342, *inedita*; Tar Lombardia, Sez. Quarta, 16 maggio 2013, n. 1275, *inedita*.

purtroppo alimentati da alcuni drammatici episodi di cronaca – circa la sua endemica pericolosità sociale<sup>75</sup>.

Con l'inizio della XVII legislatura si è ritornati a discutere di alcune ipotesi di revisione dell'assetto normativo in chiave integrazionista. L'ambizione è quella di promuovere una riflessione *bipartisan*, al fine di convergere verso l'approvazione di un d.d.l. sullo *ius soli* per il conferimento della cittadinanza italiana ai figli degli immigrati nati sul territorio nazionale. Segnali in questa direzione vengono già dall'art. 33 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. «Decreto del fare», conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98), che garantisce al richiedente la cittadinanza italiana la non imputabilità, ai fini dell'integrazione del requisito di residenza legale ininterrotta per tutta la minore età, degli inadempimenti riconducibili ai genitori o agli uffici della Pubblica amministrazione<sup>76</sup>.

Al contempo, l'attuale Ministro per l'integrazione ha in più occasioni manifestato l'auspicio di una futura abrogazione del reato di clandestinità introdotto dalla l. n. 94/2009, anche se su questo punto il dialogo tra le forze politiche pare assai più complesso<sup>77</sup>. In effetti, è ancora troppo presto per effettuare una valutazione prognostica circa le concrete possibilità di riuscita di questi impegnativi programmi di riforma della materia. Le caratteristiche dell'attuale compagine governativa, nella sua inedita formazione a «larghe intese», rendono invero incerta la formazione di equilibri stabili su tematiche di così forte impatto sociale e mediatico, alimentando più di un dubbio sulla possibilità di pervenire in tempi brevi ad una sintesi di consensi su ipotesi di revisione del quadro normativo di vasta portata.

Certamente più concrete sono invece le prospettive di riordino della disciplina sull'immigrazione in conseguenza degli obblighi di appartenenza all'Unione europea. Entro la fine del 2013, infatti, l'Italia è chiamata a recepire nel proprio ordinamento la direttiva n. 2011/98 (approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 13 dicembre 2011), che istituisce una base normativa comune per l'introduzione di una procedura di rilascio di un permesso unico che consenta ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro, e che riconosce un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi

---

<sup>75</sup> D. PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 558 ss. La disciplina introdotta dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, («pacchetto sicurezza»), inserendo nel d.lgs. n. 286/1998 il nuovo articolo 10 *bis*, ha peraltro manifestato una scarsa efficacia deterrente. Secondo una rilevazione del Ministero della Giustizia, infatti, sarebbero state emanate solo dodici sentenze di condanna nell'anno 2010, oltre 18 di patteggiamento.

<sup>76</sup> Al contempo viene previsto che gli Ufficiali di Stato Civile sono tenuti, al compimento del diciottesimo anno di età, a comunicare all'interessato, nella sede di residenza che risulta all'ufficio, la possibilità di esercitare il diritto di elezione della cittadinanza italiana entro il compimento del diciannovesimo anno. In mancanza di tale comunicazione il diritto può essere esercitato anche oltre tale data.

<sup>77</sup> Cfr. *Ius soli, verso una maggioranza bipartisan. Sulla cittadinanza proposte da ogni partito*, in *www.repubblica.it*, 4 giugno 2013.

che soggiornino regolarmente in uno Stato membro<sup>78</sup>. Lo scopo primario della direttiva è quello di favorire l'armonizzazione delle regole attualmente vigenti negli Stati membri, semplificando le procedure di avviamento al lavoro all'insegna dei principi di efficienza, trasparenza e tempestività. In questo senso si prevede l'istituzione di una procedura comune per il rilascio di un titolo combinato in cui convivano il permesso di soggiorno e il permesso di lavoro, che dà diritto di entrare e soggiornare nel territorio di uno Stato membro e di svolgere ivi una specifica attività lavorativa autorizzata, in conformità al diritto nazionale (art. 11, lett. *a, b, c*). L'adozione di modelli regolativi trasparenti, snelli ed improntati ai criteri di efficienza ed efficacia, anche sotto l'aspetto della concentrazione dei tempi di esaurimento delle procedure di assunzione, potrà certamente costituire una risorsa utile per favorire la regolarità degli ingressi e dei soggiorni per motivi di lavoro.

Al di là delle finalità di carattere procedurale, tuttavia, la direttiva possiede anche un'anima sostanziale, nella misura in cui intende contribuire alla riduzione delle disparità di diritti tra i cittadini dell'Unione e i cittadini di paesi terzi che lavorano regolarmente in uno Stato membro. Si intende cioè integrare l'*acquis* comunitario esistente in materia di immigrazione, definendo un insieme di diritti e di settori in cui venga garantita la parità di trattamento tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di paesi terzi che non beneficiano ancora dello *status* di soggiornanti di lungo periodo, al fine di «creare condizioni di concorrenza uniformi minime nell'Unione», «riconoscere che tali cittadini di paesi terzi contribuiscono all'economia dell'Unione con il loro lavoro e i loro versamenti di imposte» e prevenire «la concorrenza sleale tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di paesi terzi derivante dall'eventuale sfruttamento di questi ultimi» (*considerando* n. 19).

Sotto questo profilo, è stato osservato che la versione definitivamente approvata dal Consiglio costituisce una versione depotenziata della naufragata proposta di Direttiva n. 386/2001, in cui il principio di parità di trattamento veniva declinato in maniera assai più incisiva, nelle sue multiformi articolazioni, comprendendo un più ampio catalogo di diritti<sup>79</sup>. Tuttavia, il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali e ai principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in conformità all'articolo 6, paragrafo 1, TUE (*considerando* n. 31 della Direttiva n. 98/2011), offre ai legislatori nazionali l'opportunità di va-

<sup>78</sup> La direttiva rinviene la sua base normativa nell'art. 79 TFUE, il quale stabilisce che l'Unione sviluppi una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione ed il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani.

<sup>79</sup> Così L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, cit., 125, che ricorda come la naufragata proposta di direttiva n. 2001/386 contenesse un catalogo più esaustivo e soggetto a minori limitazioni rispetto alle ampie facoltà derogatorie concesse dall'art. 12 della direttiva n. 2011/98 agli Stati membri.

lorizzare il più possibile i contenuti del provvedimento e di concentrarsi sulla sua portata innovativa, sì da mettere a frutto le *chance* che esso offre di riprogettare le politiche migratorie con una maggiore attenzione ai profili dell'integrazione e della tutela delle diversità.

L'immigrazione rappresenta oggi, non solo per l'Italia, uno dei principali *driver* per far ripartire il motore dello sviluppo socio-economico in chiave sostenibile. Una *governance* del fenomeno efficace ed inclusiva rappresenta una grande opportunità per la costruzione di una società multiculturale moderna e all'altezza delle sfide poste dalla globalizzazione e dal processo di integrazione europea. Il programma europeo di Stoccolma e la strategia «Europa 2020» riconoscono chiaramente che la mobilità dei lavoratori migranti dovrebbe essere presa in considerazione nella ripresa economica sia a livello nazionale che a livello comunitario, compresa qualsiasi riforma del sistema finanziario o dei pacchetti di incentivi<sup>80</sup>.

V'è dunque da sperare che le future risposte dei governi nazionali siano coerenti con queste importanti indicazioni.

## IMMIGRATION AND WORK AT THE TIME OF CRISIS. CURRENT PROBLEMS AND POSSIBLE REFORMS OF THE REGULATORY FRAMEWORK

by Alessandro Riccobono

### Abstract

The essay analyzes the phenomenon of migration in his role as a structural component of the Italian labor market. Despite the negative effects of the crisis, the contribution of foreign labor has to be considered as a valuable resource to restart the competitiveness of enterprises and to develop the productivity of the economic system. Through an analysis of the regulatory framework currently in force - also in the light of the most recent legislative changes - the Author highlights some of the main critical issues of the discipline about immigrant labor and reports the possible paths of reform to be included in the political agenda of the new government.

---

<sup>80</sup> Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Making migration a driver for development*, Bruxelles, 22 maggio 2013.

## Le violazioni dei diritti umani nel mercato del lavoro di cura prestato dalle donne migranti

di Alessandra Sciarba

SOMMARIO: 1. Alcune premesse sul rapporto tra migrazioni, mutamenti del mercato del lavoro e lavoro domestico e di cura delle donne migranti - 2. Le peculiarità del mercato del lavoro domestico e di cura prestato dalle donne migranti in Italia - 3. Diritti umani violati nel mercato del lavoro domestico e della cura migrante - 3.1 Le violazioni del diritto all'unità familiare - 3.2 Le violazioni del diritto di cura dei minori "left behind" - 3.3. Alla ricerca di un diritto di cura ad accesso universale e incondizionato.

### 1. *Alcune premesse sul rapporto tra migrazioni, mutamenti del mercato del lavoro e lavoro domestico e di cura delle donne migranti*

Il settore del lavoro familiare<sup>1</sup> salariato è uno di quelli a più alta specializzazione etnica. Per comprenderne quindi le caratteristiche strutturali, al di là delle declinazioni che questo tipo di lavoro assume in relazione alle realtà nazionali e territoriali, è necessario prendere innanzitutto in esame l'attuale regime<sup>2</sup> delle politiche migratorie in Europa, e il modo in cui quest'ultimo appare interconnesso con le nuove esigenze del mercato del lavoro postfordista.

Studi ormai numerosi hanno ampiamente argomentato come la necessità sempre più evidente di una forza lavoro flessibile e a basso costo, accentuata dal protrarsi della crisi economica e finanziaria contemporanea, trovi infatti una risposta particolarmente efficace in quelle politiche migratorie che negli ultimi decenni hanno costruito una permanente posizione di precarietà giuridica e so-

---

<sup>1</sup> Con "lavoro familiare" intendiamo qui tanto il lavoro di cura della casa quanto quello di cura della persona.

<sup>2</sup> "Regime" è qui inteso nel senso dato al concetto da Esping-Andersen, ovvero come l'organizzazione all'interno della quale si articolano e si negoziano le relazioni tra i diversi attori sociali. Cfr. G. ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Polity, London 1990.

ciali dei migranti e delle migranti<sup>3</sup>, in un contesto in cui, ormai da decenni, “il contrasto della mobilità spontanea dei migranti non produceva pure e semplici forme di esclusione dalla ‘Fortezza Europa’, ma utilizzava i bastioni europei per creare nuove forme di inclusione subordinata e differenziale dei migranti”<sup>4</sup>. Partendo da assunti simili, molti studiosi delle migrazioni e delle politiche migratorie italiane hanno sottolineato come la produzione di posizioni irregolari sul territorio sia diventata un elemento strutturale indispensabile per costituire una parte consistente della forza lavoro flessibile e a diritti ridotti necessaria all’economia del nostro Paese. A questo proposito, Santoro ha ad esempio affermato che “in questo quadro l’irregolarità dei migranti è a poco a poco emersa come l’asse portante del nostro sistema sociale”, mentre “il meccanismo irregolarità-sanatorie è rapidamente assunto a perno tanto delle logiche della legittimazione politica quanto di quelle del mercato”<sup>5</sup>.

Questo sistema, applicato ad alcuni particolari settori produttivi (e nel nostro caso riproduttivi<sup>6</sup>), va analizzato in stretta relazione con quel fenomeno di femminilizzazione dei movimenti migratori che è una delle caratteristiche identificate da Castles e Miller nella loro disamina dei mutamenti che segnano la contemporanea “era delle migrazioni”<sup>7</sup> nella globalizzazione, e con l’aumento della richiesta di lavoro migrante nei settori del lavoro domestico e di cura, fino al punto che “l’offerta di cura, nella miriade di forme in cui si sviluppa, è alla base della migrazione femminile”<sup>8</sup>.

Come ha scritto Lutz, quando si prende in considerazione il fenomeno del lavoro domestico migrante in Europa, bisogna infatti ragionare su tre diversi “regimi”<sup>9</sup> strettamente connessi tra loro: quello dell’organizzazione familiare e della cura, che si inserisce in un sistema di divisione del lavoro disegnato culturalmente da precise linee di genere; quello del regime di welfare, che rispecchia il ruolo sociale assegnato alla cura e al lavoro

<sup>3</sup> Possenti parla a questo proposito delle politiche migratorie come di un “dispositivo di flessibilità”. Cfr. I. POSSENTI, *Attrarre e respingere. Il dispositivo di immigrazione in Europa*, Pisa University Press, Pisa 2012, p. 10.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 110.

<sup>5</sup> E. SANTORO, *La regolamentazione dell’immigrazione come questione sociale: dalla cittadinanza inclusiva al neoschiavismo* in, *Diritto come questione sociale*, a cura di F. BELVISI, A. FACCHI, T. PITCH, C. SARZOTTI, Giapichelli, Torino 2010.

<sup>6</sup> Per una definizione del lavoro di riproduzione sociale, cfr. B. CASALINI, *Il care tra lavoro affettivo e lavoro di riproduzione sociale*, in «*La società degli individui*», Fascicolo 46, Franco Angeli, Milano 2013.

<sup>7</sup> S. CASTLES, M. J. MILLER, *L’era delle migrazioni. Popoli in movimento nel mondo contemporaneo* (1993), Odoya, Bologna 2012, pp. 32-33.

<sup>8</sup> E. KOFMAN, P. RAGHURAM, *Genere, migrazione e lavoro di cura nel Sud globale*, in *Welfare transnazionale. La frontiera esterna delle politiche sociali*, a cura di F. PIPERNO e M. TOGNETTI BORDOGNA, Ediesse, Roma 2012.

<sup>9</sup> Lutz spiega come il termine “regime” sia anche in questo caso (cfr. nota 2) inteso nel senso dato da Esping-Andersen. Cfr. H. LUTZ *Introduction: Migrant domestic workers in Europe*, in *Migration and domestic work. A European perspective on a global theme*, a cura di H. LUTZ, Ashgate, Londra 2009, p. 3.

riproduttivo e determina la ripartizione della responsabilità del benessere dei cittadini tra stato, famiglia e mercato; e infine quello delle politiche migratorie che per ragioni diverse può incoraggiare o scoraggiare l'impiego di lavoratori domestici migranti<sup>10</sup>.

Vedremo che, se ciò è vero in generale, il caso dell'Italia rispecchia più che altri l'intreccio di questi regimi. Prima di analizzare la specificità italiana, però, è bene evidenziare brevemente alcune caratteristiche che segnano la condizione dei lavoratori domestici, e soprattutto delle lavoratrici migranti del settore familiare, in maniera trasversale.

Parlando del fenomeno dei "Janitors" statunitensi, ovvero di quei lavoratori, in maggior parte migranti, inseriti nel settore dei servizi alla persona e delle pulizie, Sassen si sofferma sulla particolare situazione dei *domestic workers*. A proposito delle loro condizioni di impiego, sottolinea quindi come "pochi lavori risultino essere tanto fragilizzanti come quello domestico"<sup>11</sup>, partendo soprattutto dalla considerazione dell'invisibilità sociale e politica che questo tipo di occupazione strutturalmente implica. Questa invisibilità, dice ancora Sassen, diviene ancora più accentuata soprattutto se si tratta di donne migranti: "*being an 'immigrant woman'*", scrive la studiosa, "*becomes the systemic equivalent of the offshore proletariat with its lack of power and lack of political visibility*"<sup>12</sup>. Essere una donna migrante impiegata nel lavoro domestico e di cura aggiunge infine un terzo livello di fragilità: allo stigma che segna la condizione della donna in società ancora culturalmente post-patriarcali - dove a un'eguaglianza formale tra i generi corrisponde una sostanziale divisione del lavoro che continua a penalizzare le donne - e a quello che accompagna ogni migrante, la cui presenza è sempre valutata in termini economicistici di costi/benefici nel paese di arrivo, si somma infatti lo stereotipo ulteriore cui sono soggetti tutti coloro i quali si occupano di "cura", sempre considerata, come vedremo meglio in seguito, in quanto questione privata e femminile<sup>13</sup>.

Donna, migrante, e lavoratrice domestica: tre condizioni che, se sommate insieme, comportano per chi le vive il rischio costante di vedere violati i propri diritti fondamentali.

## 2. *Le peculiarità del mercato del lavoro domestico e di cura prestato dalle donne migranti in Italia*

Quando Sassen, nei brani che abbiamo appena citato, parla delle *migrant domestic workers*, si riferisce soprattutto, come altri studiosi americani che scrivono in

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> S. SASSEN, *The Other Workers in the Advanced Corporate Economy* in «*The Scholar and Feminist Online, Valuing Domestic Work*», Issue 8.1: Fall 2009 (traduzione nostra).

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> E. F. KITTAY, *Love's Labor. Essays on Women, Equality and Dependency*, Routledge, New York and London 1999, pp. 117-118.

riferimento alla realtà in cui vivono, a quelle lavoratrici domestiche impiegate dai “*top level professionals*”, e quindi a relazioni tra lavoratrice e datore di lavoro segnate da una fortissima polarizzazione sociale.

Il caso dell’Italia, simile per quanto riguarda la condizione di fragilità e di invisibilità di queste lavoratrici, appare diverso proprio rispetto alla composizione sociale dei datori di lavoro. La delega del lavoro domestico e di cura al mercato migrante è infatti in Italia una realtà molto più diffusa che altrove e, lungi dall’aver subito un rallentamento a seguito della crisi economica, essa appare un fenomeno trasversale che, con la sola esclusione delle persone che versano in gravi condizioni di povertà, riguarda le più diverse estrazioni sociali e culturali.

Per rendersi conto dell’entità del fenomeno, basti prendere in considerazione alcuni dati numerici recenti: nel 2011, il Dossier statistico annuale di Caritas/Migrantes, ad esempio, affermava come in relazione alle presenze “regolari” dei migranti sul territorio nazionale, il 51,8% dei quasi 5 milioni di cittadini di origine straniera residenti in Italia fossero donne, e come ben oltre un milione di queste risultassero inserite nel mercato del lavoro familiare<sup>14</sup>. Stando ai dati della Fondazione Leone Moressa, inoltre, già nel 2010 i lavoratori domestici iscritti all’Inps erano oltre 871mila, di cui l’81,5% non italiani e, si legge ancora nella Ricerca svolta dalla Fondazione in relazione a quell’anno, “quasi la metà delle famiglie italiane intervistate impiega una badante per l’assistenza ad anziani parzialmente non autosufficienti”, investendo in questa assistenza tra il 25% e il 50% del reddito di chi ne usufruisce”<sup>15</sup>.

A partire da questi dati si può trarre immediatamente una prima conclusione che porta a distinguere la situazione italiana da quella di altri paesi. Se i portavoce del sindacato nordamericano SEIU (*Service Employees International Union*), ad esempio, possono sollecitare i lavoratori domestici ad alzare la testa e a rivendicare più eque condizioni di lavoro, dicendo loro: “*they are your hands that are making them rich*”<sup>16</sup>, nel caso italiano si potrebbe invece affermare che la mercificazione del lavoro domestico e di cura attraverso la sua delega alla manodopera migrante sia piuttosto un modello che in linea di massima permette, in questo momento, il più o meno normale svolgimento delle attività quotidiane di alcuni milioni di famiglie, e non certo il loro arricchimento.

<sup>14</sup> CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico immigrazione 2011, 21° Rapporto*, Edizioni Idos, Roma 2011

<sup>15</sup> FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Quali badanti per quali famiglie, Studi e Ricerche sull’economia dell’immigrazione*, Venezia 2011 ([http://www.fondazioneleonemoressa.org/newsite/wp-content/uploads/2012/06/Quali-badanti-per-quali-famiglie\\_completo.pdf](http://www.fondazioneleonemoressa.org/newsite/wp-content/uploads/2012/06/Quali-badanti-per-quali-famiglie_completo.pdf)).

<sup>16</sup> *Justice for janitors: how Immigrants are organizing for worker rights. Your hands make them rich*, The Electronic Hallway and the Research Center for Leadership in Action, 2009 (<http://wagner.nyu.edu/files/leadership/JusticeforJanitors.pdf>).

La peculiarità di questa situazione italiana, assimilabile, ma solo in parte, a quella degli altri paesi dell'Europa mediterranea, è data dal fatto che in questo Paese i tre differenti regimi (familiare, migratorio, di welfare) di cui parlava Lutz si compenetrano ancora più strettamente che in altri contesti, mentre le loro trasformazioni, anche in relazione ai mutamenti demografici più recenti, si declinano in modo particolarmente significativo.

In Italia più che in altri paesi la cura dei soggetti più vulnerabili - bambini, anziani, malati, disabili – appare in gran parte delegata alle famiglie, e in particolare alle donne. Oltre che al persistere di quella che abbiamo già definito una cultura post-patriarcale della divisione del lavoro, per cui tutto ciò che riguarda l'ambito domestico e familiare appare in qualche modo relegato all'universo femminile, ciò è dovuto a una serie di fattori strutturali, quali: l'assenza di politiche di conciliazione tra vita, famiglia e lavoro, a fronte di un ingresso massiccio delle donne nel mercato del lavoro salariato; una tutela pubblica del diritto a ricevere cura incentrata su interventi sanitari di breve durata più che su politiche sociali universali; l'invecchiamento della popolazione; la stagnazione dei salari e la contrazione della spesa in servizi alla persona.

In questo contesto va inquadrata l'emersione, negli ultimi vent'anni, di un mercato del lavoro domestico e della cura fortemente etnicizzato oltre che femminilizzato che, in Italia più che altrove, ribadisce un modello di welfare privatistico e ad alto tasso di sfruttamento.

Quanto le famiglie italiane necessitino di lavoratori e soprattutto di lavoratrici migranti che prestino a pagamento lavoro domestico e di cura, e quanto le politiche migratorie contribuiscano a costruire e ad assecondare questa richiesta, è ben esemplificato dal fatto che nel 2009 sia stata promulgata una "sanatoria" ad hoc dedicata alla regolarizzazione della cosiddetta categoria delle "colf e badanti". La regolarizzazione ha riguardato circa 300.000 persone, ma ne avrebbe potute coinvolgerne molte di più, se le condizioni di accesso alla procedura non fossero state particolarmente onerose e complicate, e se non esistesse una tendenziale resistenza, come diremo a breve, alla legalizzazione di questo tipo di impiego, che non appare contraddetta neppure dai dati relativi alla sanatoria generale del 2012, nell'ambito della quale, tra le 134.576 domande inoltrate (su una stima di circa 500.000 migranti irregolari in Italia), 115.969 erano relative al settore domestico. Questa elevata percentuale va letta infatti tenendo presente che la cifra richiesta per fare domanda di emersione nel lavoro domestico era più bassa rispetto a quella necessaria per altri settori, e che è quindi probabile che molti migranti si siano per tale ragione orientati in questo senso, salvo poi cambiare settore lavorativo una volta ottenuto il permesso di soggiorno<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Simili meccanismi di aggiramento delle restrizioni imposte dalle politiche migratorie sono resi possibili dalle procedure poco trasparenti che accompagnano solitamente questo tipo di emersioni.

Anche laddove la regolarizzazione delle lavoratrici domestiche e di cura migranti abbia luogo, inoltre, questa viene attuata abitualmente per un numero di ore più basso rispetto a quelle effettivamente lavorate, che in caso di coabitazione sono solitamente più di 16 al giorno, a fronte di una paga che rimane mediamente tra i 500 e i 1000 euro al mese<sup>18</sup>.

Fenomeno di massa e non elitario, la delega del lavoro familiari alle donne migranti continua quindi a fondarsi infatti in Italia su quello che è stato definito da Sarti, con particolare riferimento al settore della cura, come il “modello badante”, i cui vantaggi per la società italiana dipendono “dalle condizioni di lavoro sub-standard in termini di salario, tutele, orari, ecc. in cui molte/i assistenti familiari operano. Pertanto – e qui sta il vero nodo della questione - qualsiasi miglioramento di tali condizioni rischia di alterare il precario equilibrio che rende vantaggiosa tale soluzione”<sup>19</sup>.

A partire da questa consapevolezza va preso in considerazione il modo in cui le condizioni delle lavoratrici migranti impiegate nel settore del lavoro domestico e della cura risultino tali, il più delle volte, da compromettere in maniera sistemica e strutturale l’effettività dei diritti umani fondamentali di queste persone.

### 3. *Il mercato della cura migrante e la violazione dei diritti umani*

In questo paragrafo verrà affermata l’esistenza di alcuni diritti umani strutturalmente violati nell’ambito della mercificazione del lavoro domestico e di cura delegato alle donne migranti.

Proponiamo qui di analizzare questa violazione rispetto a tre diversi diritti che rientrano, nella nostra analisi, in tre diverse categorie, sulla base della completezza della loro codificazione e della possibilità di individuare in maniera più o meno diretta la responsabilità della loro violazione e, quindi, di identificare i soggetti che potrebbero porre rimedio ad essa.

Il primo di questi è il diritto all’unità familiare, sancito inequivocabilmente come diritto umano fondamentale e la cui violazione, nel caso delle famiglie transnazionali delle donne migranti, è, almeno di primo acchito, facilmente riconducibile all’intreccio tra le condizioni di lavoro di queste e le politiche migratorie da cui discende la normativa sul ricongiungimento familiare.

<sup>18</sup> FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Quali badanti per quali famiglie*, cit. Il modello italiano è stato analizzato inoltre, in comparazione con quello della Danimarca, dell’Irlanda e della Svezia, dagli studi sviluppati nell’ambito del Progetto Galca (*Gender Analysis and Long Term Care Assistance*) della Commissione europea, promosso per l’Italia dalla Fondazione italiana G. Brodolini. Cfr. Fondazione G. Brodolini, *GALCA Project, Gender Analyses and Long Term Care Assistance, Rapport final*, (<http://www.fondazionebrodolini.it/OrganizationFolders/FGB/6646.pdf>).

<sup>19</sup> R. SARTI, *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, in *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, a cura di R. SARTI, Ediesse, Roma 2011.

Il secondo è una versione ridotta del diritto di cura, formalizzata e codificata nei testi di legge, che riguarda specificamente i minori e il loro diritto a ricevere cura da parte dei genitori. Verranno qui presi in considerazione, in relazione all'argomento trattato, i figli rimasti in patria delle donne emigrate per prestare lavoro familiare all'estero, i cosiddetti minori *left behind*.

Vedremo come tale diritto, seppure normato, risulti sfuggente, in relazione al caso preso in analisi, quando ci si interroga su chi sia responsabile della sua garanzia o del porre rimedio di fronte alla sua violazione.

Affronteremo infine l'ipotesi, già prospettata da altre studiose, di un diritto di cura articolato rispetto al contenuto (non solo quindi a ricevere cura, ma anche a prestarla), e universale rispetto ai titolari; un diritto che, come vedremo, appare violato in maniera sistemica, nel caso del mercato della cura migrante, sullo sfondo di una ingiustizia sociale transnazionale a fronte della quale è ancora più difficile arrivare a definire precise responsabilità giuridiche.

### 3.1. *Le violazioni del diritto all'unità familiare*

Moltissimi migranti lasciano il proprio paese con lo scopo principale di produrre rimesse da inviare in patria per sostenere le proprie famiglie lì rimaste. Presupposto fondamentale, in tutti questi casi, è che i soldi prodotti nel paese di arrivo hanno molto più valore se inviati verso quello d'origine, che non quando vengono investiti in terra d'immigrazione all'interno di un'economia familiare lì ricostruita. Per questa ragione, la rinuncia alla prossimità con la famiglia, e la creazione di rapporti familiari transnazionali fanno parte di una strategia migratoria che ad oggi appare sempre più diffusa, in un momento in cui, con il protrarsi della crisi economica, anche le famiglie migranti già riunificate sono spesso costrette al ritorno in patria di alcuni membri, spesso uno dei coniugi e almeno uno dei figli.

Tale premessa, anche se non verrà ulteriormente approfondita in questa sede, resta sullo sfondo di tutte le riflessioni che stiamo per condurre in questo paragrafo.

Nel caso delle *care workers* migranti e delle loro famiglie transnazionali, il diritto all'unità familiare appare soggetto a criteri di accesso chiaramente discriminatori almeno per due ordini di ragioni. Il primo di questi si riverbera in una serie di conseguenze che colpiscono indistintamente tutte le categorie di migranti, perché è insito nella logica che sottende le politiche migratorie contemporanee. Queste ultime appaiono infatti orientate ad una visione prettamente economicista delle migrazioni che, a dirla con Sayad, predilige un'immigrazione da lavoro piuttosto che un'immigrazione da popolamento<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> A. SAYAD, *La doppia Assenza, dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato* (1999), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2002.

Nonostante sia ragionevole sostenere che la presenza di legami familiari implichi una stabilizzazione della presenza sul territorio del paese di arrivo, e agevoli i percorsi di inserimento e integrazione, infatti, la normativa vigente in Europa sembra favorire la solitudine dei migranti, considerati alla stregua di mera forza lavoro, e quindi, di fatto, come soggetti privi di legami affettivi meritevoli di essere salvaguardati.

Nel solco di questo orientamento politico e normativo, un diritto umano fondamentale, protetto dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dall'art. 16 della Dichiarazione Universale dei diritti umani, come dagli articoli 23 e 10 rispettivamente del Patto internazionale sui diritti civili e politici e del Patto Internazionale sui diritti economici, sociale e culturali, appare, nel caso dei migranti, soggetto a forti vincoli e quasi sempre subordinato al possesso di requisiti materiali.

In questo senso le leggi che regolano in Italia i ricongiungimenti familiari appaiono molto restrittive sia rispetto alle persone che possono usufruire di questa possibilità - solo figli minorenni e genitori ultrasessantacinquenni una volta dimostrato che non hanno altri figli che possano "curarsi" di loro nel paese d'origine - che in relazione ai criteri che chi è già nel paese di immigrazione deve soddisfare, primi tra tutti il possesso di un alloggio considerato idoneo e di un reddito considerato adeguato.

Il tema del ricongiungimento familiare, non a caso, è stato affrontato in Italia all'interno di una visione allarmistica e securitaria delle migrazioni, tanto che le ultime modifiche alle procedure che lo regolano sono state inserite nel cosiddetto "pacchetto sicurezza" del 2009. Nel complesso, come ha scritto Bartoli, "per i migranti la ricomposizione della propria famiglia risulta fortemente ostacolata dai criteri estremamente restrittivi imposti dalle leggi nazionali" tanto che "i cittadini extracomunitari (...) non hanno un vero e proprio diritto di unire la famiglia nel paese ove risiedono, nemmeno se si tratta dei più stretti familiari quali il coniuge o i figli"<sup>21</sup>.

Il secondo ordine di ragioni che sottende alla violazione del diritto all'unità familiare delle *care workers* migranti è invece strettamente legato alle condizioni strutturali in cui si svolge il loro lavoro. Le parole di Elena, madre rumena di un figlio lasciato in patria quando aveva due anni per lavorare nelle case degli italiani, sono in questo senso molto esplicative. Alla domanda sul perché secondo lei il lavoro di cura in Italia sia in gran parte delegato a pagamento alle donne come lei, Elena rispondeva:

*"Gli italiani non fanno questo lavoro perché hanno la loro famiglia e non si permettono di fare gli orari che facciamo noi"*<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> C. BARTOLI., *Per due centimetri a settemila chilometri da un figlio. Il razzismo istituzionale passa anche dall'idoneità alloggiativa* in *Da Antigone a Sakineh. Culture femminili e soggettività*, a cura di M. DI VITA e P. MIANO, Franco Angeli, Milano 2011, p. 116.

<sup>22</sup> Intervista raccolta a Palermo nel 2013.

Il lavoro di cura non prevede infatti, il più delle volte, chiari confini temporali. Lavorando quasi la totalità delle ore di ogni giornata, e non avendo a disposizione reti familiari che possano venire in soccorso, le *care workers* migranti non possono di fatto conciliare la cura prestata nelle case degli italiani con quella che dedicherebbero a una famiglia riunificata in cui sono presenti figli piccoli e quindi dipendenti.

Lucia, 34 anni, Moldava, intervistata nel 2012 a Venezia, raccontava a questo proposito:

*“Dopo che sono partita ho visto per la prima volta i miei figli quando erano passati due anni e mezzo, perché non ero in regola e non potevo viaggiare. Ora ho il permesso di soggiorno, dopo la sanatoria, e loro sperano che io li porterò qua. Ma ho paura, non riesco. Sono sempre a lavoro. Ho tutte le giornate piene di lavoro e così ho rinunciato ai miei figli”.*

Un’ulteriore condizione in cui versa la maggior parte delle donne impiegate nel mercato della cura, inoltre, è la mancanza di una propria abitazione (e non la sua inadeguatezza, come per il resto dei migranti), perché molto spesso il lavoro prevede la coabitazione nella casa della persona assistita. Oltre alle evidenti frustrazioni derivanti dal fatto di non avere uno spazio abitativo proprio (e molto spesso neppure la possibilità di “una stanza tutta per sé”), questa condizione rende inattuabile ogni progetto di riunificazione familiare.

Ancora Elena, rispondendo al perché secondo lei il lavoro familiare salariato fosse in gran parte delegato alle donne migranti, diceva infatti:

*“E poi gli italiani hanno la loro casa... se vivi in casa della signora i soldi bastano di più, ma per me avere una casa per conto mio significherebbe potere ricostruire la mia famiglia”.*

Anche il requisito del reddito minimo previsto per il ricongiungimento, infine, è particolarmente difficile da ottemperare per queste lavoratrici. Come è stato già detto in precedenza, una larga parte di questo lavoro resta sommerso, non dichiarato, e anche laddove esista una forma di regolarizzazione, essa non implica il più delle volte la denuncia di tutte le ore effettivamente lavorate.

Tanto la coabitazione quanto l’assenza di regolarizzazione, però sono due condizioni che richiedono, ai fini del nostro ragionamento sulla violazione del diritto all’unità familiare, un ulteriore approfondimento, perché entrambe non appaiono solo frutto di un’imposizione unilaterale del sistema che si estrinseca nel già citato “modello badante”.

Come le parole di Elena lasciano trasparire, la vita in casa della “signora” è infatti conveniente, almeno da un punto di vista economico, anche per le donne migranti. Non sarebbe possibile, infatti, mandare in patria quasi tutti i proventi

del proprio lavoro se una parte cospicua di essi dovesse essere impiegata nell'affitto di un posto letto e nel pagamento delle utenze indispensabili per vivere in un'abitazione. Tanto comprensibilmente quanto paradossalmente, quindi, sono proprio le donne che più vedono violato il loro diritto all'unità familiare, le madri transnazionali di figli in età prescolare o scolare, ad optare più spesso per la coabitazione, proprio per potere meglio provvedere ai loro cari rimasti in patria, precludendosi al contempo la possibilità di ricongiungerli.

Allo stesso modo, il mancato versamento dei contributi è anche parte di una negoziazione per la quale “risulta che nel 61,5% dei casi l'evasione contributiva è frutto di una scelta concordata tra le parti: datore di lavoro e lavoratrice domestica”<sup>23</sup>. Le *care workers* preferiscono infatti, il più delle volte, di fronte all'incertezza rispetto ai benefici eventualmente prodotti per loro da un corretto comportamento contributivo, la certezza di una paga più cospicua che possa nell'immediato implementare il più possibile le rimesse<sup>24</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, si può affermare che la violazione del diritto all'unità familiare sia intrinseca alle condizioni strutturali di lavoro vissute dalle donne migranti che prestano cura all'estero, tanto da essere assunto da queste stesse come presupposto accettato della loro “scelta”. Ad una riflessione più approfondita, però, ciò che appare da indagare, come proveremo a fare nell'ultima parte di questo scritto, è proprio il confine labile tra scelta e accettazione, tra costrizione e preferenza adattiva.

### 3.2. *Le violazioni del diritto di cura dei minori “left behind”*

Nel caso dei fanciulli, il diritto a ricevere cura, in particolar modo da parte dei genitori, viene più volte sancito nelle Dichiarazione e Convenzioni sui diritti umani: si pensi al principio sesto della Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, o all'articolo 9 della Convenzione sui Diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, o ancora, in un testo meno declinato su questa categoria particolare di aventi diritto, all'articolo 24 della Carta europea dei diritti fondamentali.

Che il diritto dei minori *left behind* a ricevere la cura dei genitori venga in qualche modo violato dalla partenza delle loro madri è innegabile, e le conseguenze di queste violazioni sono evidenti nelle testimonianze e nei dati statistici raccolti dalle associazioni che si sono occupate di raccontare le tante storie di questi “orfani bianchi”. Anche se nella maggior parte dei casi questi bambini rimangono

<sup>23</sup> C. TURRI, *Le Acli-colf e l'evoluzione dei diritti delle lavoratrici domestiche*, in *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, cit., p. 185.

<sup>24</sup> Nonostante ciò, scrive ancora Turri, “se è vero che entrambe le parti guadagnano nell'immediato i soldi non versati, è altrettanto vero che nel lungo periodo sono le lavoratrici domestiche a pagare, in termini di diritti previdenziali, i costi del risparmio”, *Idem*, p. 187.

in famiglia - soprattutto con le nonne, ma a volte anche con i padri - e solo in seconda istanza sono affidati a estranei o a istituti, moltissimi di loro soffrono di crisi di ansia e depressione associate ad un alto tasso di calo del rendimento o abbandono scolastico, e in generale risultano affetti da una vulnerabilità fisica e psicologica che negli ultimi anni ha portato a un aumento dei casi di suicidio infantile<sup>25</sup>.

Questa difficoltà accomuna oggi un numero enorme di minori, tanto che nei principali paesi d'origine delle lavoratrici migranti impiegate nel mercato della cura il fenomeno sta ormai assumendo i contorni di una vera e propria questione sociale. Nella sola Romania, ad esempio, l'Unicef contava nel 2010 la presenza di 350.000 "orfani da emigrazione".

Abbiamo detto che il malessere di questi bambini è direttamente associabile all'emigrazione delle loro madri.

Tale considerazione potrebbe portare a imputare allora a queste ultime la responsabilità della sofferenza dei loro figli e della violazione del loro diritto di ricevere cura.

Un simile ragionamento, però, non può che risultare semplicistico, sia rispetto alla definizione del modo e dell'intensità con cui avviene la violazione del diritto di cura dei minori in questione, e sia, soprattutto, rispetto alla determinazione delle responsabilità.

Bisogna innanzitutto interrogarsi, infatti, su quanto sia corretto affermare che la distanza fisica imposta dall'emigrazione violi interamente il contenuto in cui consiste la cura di cui hanno diritto i fanciulli, e se invece non sia identificabile una parte di cura che viene esercitata proprio grazie a questo allontanamento che utilizza la migrazione come strategia di supporto (economico) familiare.

Chi lascia i propri figli indietro viola sicuramente una parte del loro diritto di "crescere sotto le cure e la responsabilità dei genitori", come si legge nella già citata Dichiarazione Onu sui diritti del fanciullo<sup>26</sup>. Eppure, proprio il fatto di partire, e di doverlo fare senza portare i figli con sé per le ragioni evidenziate nel paragrafo precedente, può essere interpretato come una forma estrema di responsabilità genitoriale.

Se prendiamo in considerazione le quattro qualità morali individuate da Tronto come inerenti alle diverse fasi della cura, ad esempio, è difficile affermare che le madri emigrate per inviare ai figli le rimesse frutto del proprio lavoro non

---

<sup>25</sup> Cfr., tra gli altri studi disponibili: Associatia Alternative Sociale, *Home alone! Study made in Iasi area on children separated from one or both parents as result of parents leaving to work abroad*, 2006; Soros Foundation Romania, *Effects of Migration: Children Left at Home*, 2007; Unicef-aas, *National analysis of the phenomenon of children left home by their parents who migrate abroad for employment*, 2008; Fondazione Albero della vita, *Dossier "Orfani bianchi"*, 2010.

<sup>26</sup> Organizzazione delle Nazioni Unite, *Dichiarazione Universale dei diritti del fanciullo*, New York 1959, principio sesto.

le dimostrino in alcun modo nei confronti di questi ultimi. Rispetto alla prima, quella che sottende al *caring about*, le madri in questione rivelano certamente di possedere “la qualità morale dell’*attenzione*, una sospensione del proprio interesse, e una capacità di guardare, realmente, dalla prospettiva di qualcuno che ha bisogno”<sup>27</sup>. Rispetto al *taking care of*, non è allo stesso modo semplice sostenere che queste stesse madri si sottraggano all’assunzione della responsabilità di soddisfare i bisogni dei loro figli. La loro posizione appare certamente più problematica, invece, in relazione alla terza fase, quella del *care-giving* vero e proprio, che richiede, sempre secondo Tronto, la qualità morale della competenza. Queste madri, però, offrono certamente una risposta efficace almeno rispetto a parte delle necessità individuate nella prima fase del *caring about*, e di cui si sono assunte la responsabilità nella seconda del *taking care of*, pur non potendo sviluppare nei confronti dei loro bambini quella parte di attività specifiche del lavoro di cura, realizzabili soltanto in condizioni di prossimità fisica continuativa, che hanno portato alcune studiose a definirlo espressamente come “Bodywork”<sup>28</sup>. Cionondimeno, infatti, esse cercano di garantire diritti fondamentali alla dignità della vita di questi minori e, dall’altro, affidano ad altri membri della famiglia la loro cura quotidiana attraverso una delega che è nella maggior parte dei casi consapevole e accompagnata da forme di controllo costante. Tale delega, oltretutto, non appare completa, poiché esse sono anche capaci di attivare forme di genitorialità a distanza che mantengono una relazione di scambio continuativo – agevolato dalle nuove tecnologie - in cui è persino possibile individuare una forma di *responsiveness* che risponde alla quarta e ultima fase della cura individuata da Tronto, quella del *care-receiving*.

Il fatto di rendere complesso e in qualche modo di scomporre in diversi elementi il contenuto del diritto di cura dei minori per affermare come esso venga violato solo in maniera parziale dall’emigrazione delle loro madri, non vuole qui sminuire la gravità di questa violazione, seppure non assoluta, quanto piuttosto affermare l’impossibilità di individuare come sue responsabili le madri migranti.

Partendo dal presupposto che la loro partenza non è un atto di deresponsabilizzazione rispetto alla cura dei propri figli, possiamo allora leggere, da quest’ottica, la parte del già citato principio sesto della Dichiarazione Onu sui diritti del fanciullo in cui si afferma che “salvo circostanze eccezionali, il bambino in tenera età non deve essere separato dalla madre”.

È lecito, a questo punto, chiedersi se non siano da considerarsi circostanze eccezionali quelle di bambini che vivono in paesi in cui l’accesso alla maggior parte degli altri diritti fondamentali garantiti dalla stessa Dichiarazione è inibito in tutto

<sup>27</sup> J. TRONTO, *Cura e politica democratica. Alcune premesse fondamentali*, in «La società degli individui», n. 38, anno XIII, 2010/2.

<sup>28</sup> J. TWIGG, *Bathing. The body and Community Care*, Routledge, London and New York 2000.

o in parte. E se non sia quindi da considerarsi una circostanza eccezionale quella in cui una madre si trova a dover emigrare per garantire, ad esempio, cure mediche adeguate e un'istruzione tale da poter immaginare un futuro per i propri figli.

Per valutare la posizione delle madri transnazionali rispetto al diritto di cura dei loro figli, bisogna quindi tenere in considerazione il fatto che, come Kittay ha affermato in maniera evocativa, queste donne vengono poste davanti a una "Scelta di Sofia"<sup>29</sup>, ovvero costrette a operare un bilanciamento impossibile tra ordini di beni che mai dovrebbero essere messi in competizione.

Bisogna considerare, inoltre, la possibilità di identificare anche una violazione del loro diritto di cura, questa volta non solo a riceverla ma anche a prestarla, le modalità della sua violazione e i responsabili della stessa.

### 3.3. *Alla ricerca di un diritto di cura ad accesso universale e incondizionato*

Nel 1990, Tronto definiva la cura "come una specie di attività che include tutto ciò che noi facciamo per conservare, continuare e riparare il nostro 'mondo' in modo da poterci vivere nel miglior modo possibile. Quel mondo include i nostri corpi, noi stessi e il nostro ambiente, tutto ciò che cerchiamo di intrecciare in una rete complessa di sostegno della vita"<sup>30</sup>.

Nonostante la sua ampiezza, che rischia effettivamente di sfociare in un'eccessiva vaghezza inclusiva di ambiti troppo diversi e distanti tra loro, questa definizione ha l'indubbio merito di riaffermare la centralità della cura come attività intrinseca e indispensabile alla realizzazione della condizione umana. Eppure, la pervasività e l'importanza della cura in quanto base delle attività riproduttive necessarie alla conservazione della vita non ha mai impedito, storicamente, che la questione della cura venisse del tutto separata da quelle della giustizia e dei diritti.

Come scrive Arendt, alle origini della cultura occidentale, nel mondo greco antico, il dominio della *polis*, sfera della libertà e dell'eguaglianza tra chi poteva accedervi, era del tutto separato da quello della casa, sfera di una necessità intesa come "fenomeno prepolitico, caratteristico dell'organizzazione domestica privata"<sup>31</sup> che determinava invece la vita familiare come "il centro della più rigida disuguaglianza"<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> E. F. KITTAY, *Il danno morale del lavoro di cura migrante: per un diritto globale alla cura*, traduzione italiana di Brunella Casalini, in «Società Italiana di Filosofia Politica», 14 luglio 2009 (<http://eprints.sifp.it/view/subjects/H.html>).

<sup>30</sup> J. C. TRONTO, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura* (1993), Diabasis, Reggio Emilia 2006, p. 118. Cfr. anche M. FISCHER e J. C. TRONTO, *Toward a Feminist Theory of Care*, in *Circles of Care*, a cura di E. K. ABEL e M. K. NELSON, State University of New York Press, Albany 1990, pp. 36-54.

<sup>31</sup> H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana* (1958), Bompiani, Milano 1994, p. 23.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 24.

La filosofa tedesca sottolinea poi come “l’avvento della società” abbia in parte sfumato l’antica separazione tra pubblico e privato, con l’emancipazione dell’attività lavorativa, ad esempio, dalla sfera privata in cui era stata relegata in quanto attività che rispondeva a una necessità, e quindi non libera. Seguendo il suo ragionamento, potremmo però aggiungere che questa emancipazione non ha coinvolto anche la parte familiare del lavoro – quella più strettamente connessa con la cura –, che continua invece a venire esclusa dall’accesso a quello spazio “pubblico” che è poi, nelle stesse parole della Arendt, “il mondo stesso, in quanto è comune a tutti e distinto dallo spazio che ognuno di noi vi occupa privatamente”<sup>33</sup>.

La dicotomia tra pubblico e privato è non a caso la base di partenza di tutte le analisi sviluppate da chi, soprattutto nell’ambito di studi di genere particolarmente sensibili al tema<sup>34</sup>, ha denunciato la svalutazione contemporanea del lavoro di cura, in relazione a una generale divisione del lavoro segnata dalla considerazione subordinata delle donne.

La cura resta quindi una questione al contempo privata e femminile, all’interno di un intreccio rispetto al quale è difficile stabilire se la femminilizzazione della cura origini dalla sua svalutazione, o viceversa. Quel che è certo, invece, è che la commistione di queste due segregazioni è stata ed è tuttora gravida di conseguenze sul piano sociale, politico e giuridico.

A partire da essa si può ad esempio cercare la ragione per la quale le attività di cura stentino ancora oggi ad essere prese in considerazione come vere e proprie attività lavorative, anche quando queste vengono portate avanti da persone estranee al nucleo familiare e pagate per svolgerle.

La legislazione italiana, in linea da questo punto di vista con quella europea, ha infatti sempre creato un binario parallelo per il “lavoro domestico” che non ha mai goduto delle stesse tutele e garanzie degli altri tipi di lavoro salariato<sup>35</sup>.

Ad oggi, anche di fronte ai già citati mutamenti sociali, demografici e della condizione femminile, che imporrebbero un ripensamento generale della problematica, questo tipo di approccio giuridico, sociale e politico al lavoro familiare non appare mutato, e ciò vale a maggior ragione in un paese come l’Italia. Dalle donne della post-modernità si pretende da tempo una “doppia presenza” lavorativa – tra le mura domestiche e al di fuori di esse – sempre più difficile da garantire e, in assenza di un sistema di welfare che permetta questa conciliazione, la soluzione “naturale” è apparsa quella dell’impiego di un sempre maggior numero di donne immigrate, provenienti da ultimo soprattutto dai paesi dell’Est Europa. Ad esse viene delegata una parte consistente delle attività del lavoro familiare, rendendole ammortizzatori delle conseguenze del disfacimento del modello sociale europeo,

<sup>33</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>34</sup> Cfr. per es., V. NUROCK, *Carol Gilligan et l'éthique du care*, Puf, Paris 2010.

<sup>35</sup> A. Ioli, *Dal primo contratto collettivo sul lavoro ai giorni nostri*, in *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, cit.

e al contempo strumenti di riproduzione della possibilità di continuare a isolare la problematica della cura all'interno di un ambito considerato interamente privato.

Queste donne, inserite in quella che Hochschild ha definito come “la catena globale della cura”<sup>36</sup>, si trovano spesso, come dovrebbe ormai essere chiaro, a colmare vuoti di cura nel paese d'arrivo, lasciandone in patria altri, ben più devastanti in termini di costi sociali, come conseguenza di quello che è stato definito un vero e proprio fenomeno di *care drain*, ovvero di “estrazione” massiccia della cura femminile, al pari di tante altre risorse, dai paesi più poveri verso quelli più ricchi.

Le lavoratrici migranti che prestano lavoro domestico e di cura in Italia sono spesso, come si è detto, mogli, figlie e madri transnazionali, poste davanti alla “scelta di Sofia”: da un lato la possibilità di permettere, attraverso le rimesse, un tenore di vita più dignitoso alla famiglia rimasta in patria e soprattutto ai propri figli; dall'altro la possibilità di avere cura di questa stessa famiglia, e di ricevere cura da essa, vivendole accanto.

Da questo punto di vista, si può parlare, prendendo di nuovo in prestito le parole di Kittay, di un vero e proprio “danno morale”<sup>37</sup>, subito dalle donne che seguono questo tipo di percorso migratorio, che ha implicazioni dirette sull'esercizio effettivo di alcuni diritti fondamentali rispetto ai quali, lo abbiamo visto, le famiglie transnazionali, e soprattutto quelle con la madre di figli piccoli emigrata all'estero, subiscono un accesso ridotto e discriminatorio. Questo danno morale è da porre alla base dell'ipotesi che, oltre che il diritto all'unità familiare e il diritto di cura dei minori rimasti in patria, sia possibile riconoscere un altro diritto violato, non codificato, ovvero il diritto di ricevere e di prestare cura, che dovrebbe avere accesso universale e incondizionato, in quanto questo accesso appare indispensabile alla piena realizzazione della dignità umana.

Come scrive ancora Kittay:

“Se si assume l'esistenza di un 'diritto alla cura' sufficientemente articolato, si individua il danno per le donne migranti a livello dei loro legami fondamentali. Il 'diritto di dare e ricevere cura' che qui viene proposto si fonda su una concezione relazionale del sé tratta dall'etica della cura. Il danno è il male derivante da legami spezzati, che hanno a loro volta un impatto negativo sul senso di eguale dignità e di eguale rispetto della persona, in particolare perché il sacrificio dei legami fondamentali da parte della donna migrante consente ad altri (principalmente altre donne) di mantenere quelle stesse relazioni”.

Da questa prospettiva sarebbe quindi possibile cogliere una sorta di paradosso discriminatorio nell'accesso a un diritto fondamentale, che sostanzia una gerarchia tutta al femminile: questo articolato “diritto di cura” (a prestarla e a

<sup>36</sup>A. R. HOCHSCHILD, *Love and Gold*, in «S&F Online», *Valuing Domestic Work*, Issue 8.1: Fall 2009, ([http://sfonline.barnard.edu/work/hochschild\\_01.htm](http://sfonline.barnard.edu/work/hochschild_01.htm)).

<sup>37</sup>E. F. KITTAY, *Il danno morale del lavoro di cura migrante*, cit.

riceverla) può essere ad oggi tutelato per le donne e le famiglie dei paesi di immigrazione, in primis in Italia, attraverso strategie privatistiche di mercificazione e delega della cura che hanno come conseguenza quella di comprimere lo stesso diritto per le *care workers* migranti e le loro famiglie.

Alcune obiezioni possono però essere mosse rispetto alla possibilità, da un lato, di affermare il diritto di cura come diritto umano fondamentale e, dall'altro, di confermare la sua violazione nel caso delle donne migranti impiegate nel lavoro familiare.

Rispetto alla prima questione, il diritto di cura appare certamente di difficile definizione se si assume soltanto il punto di vista della teoria classica dei diritti umani, o di teorie della giustizia come quella di Rawls che non prendono in considerazione gli aspetti di relazione e interdipendenza tra le persone impliciti invece in visioni come quella di Kittay.

Molto più produttivo, per cogliere in cosa consista questo diritto e quindi in che modo esso venga violato, è l'approccio dell'etica della cura, ovvero, come scrive Gilligan, "di quell'etica che, con la sua attenzione alla voce (al fatto che ognuno abbia una voce e che questa voce sia ascoltata e compresa) e alle relazioni, è l'etica propria di una società democratica"<sup>38</sup>.

Questo approccio, che guarda a un sé relazionale e non presuppone come riferimento privilegiato individui adulti, eguali e indipendenti, permetterebbe quindi di identificare l'inadeguatezza della nozione convenzionale e liberale di giustizia, ancorata alle fondamenta teoriche dei diritti individuali, che dovrebbe invece essere integrata attraverso l'ipotesi di un diritto originario di prestare e ricevere cura, che muova dal riconoscimento del ruolo fondamentale che la cura assume rispetto a tutte le questioni che riguardano la giustizia sociale e la coesione sociale<sup>39</sup>.

L'assunzione preliminare della cura come categoria politica comporterebbe, evidentemente, anche la necessità di ripensare le relazioni tradizionali tra la sfera pubblica e la sfera privata, tanto che "in un mondo in cui la centralità della cura fosse considerata più seriamente, definiremmo come cittadini le persone impegnate in relazioni di cura con altri. La cura stessa diverrebbe in tal modo una possibile caratteristica qualificante della cittadinanza"<sup>40</sup>.

In questo senso, quello a prestare e a ricevere cura potrebbe essere definito come un diritto fondamentale per potere partecipare attivamente alla vita della società, e la problematica della sua effettività, della sua tutela o della sua violazione, dovrebbe essere posta al centro di dibattiti e interventi pubblici che

<sup>38</sup> C. GILLIGAN, *Un regard prospectif à parti du passé*, in V Nurock, *Carol Gilligan et l'éthique du care*, PUF, Paris 2010, p. 20.

<sup>39</sup> M. BARNES, *Caring and social justice*, Palgrave Macmillan, New York 2006

<sup>40</sup> J. TRONTO, *Care as the Work of Citizens. A modest proposal*, in, *Women and Citizenship*, a cura di M FRIEDMAN, Oxford University Press, New York 2005, p. 131 (traduzione nostra).

la sottraggano a una sfera privata all'interno della quale non possono che crescere le disuguaglianze sociali, lo sfruttamento e la banalizzazione di questo stesso sfruttamento, nonché la reticenza a intraprendere un dialogo sociale sulla "cura necessaria"<sup>41</sup>.

Solo immaginando la costituzione di una più giusta "società della cura", in cui la questione della cura stessa ridisegnasse i contorni della giustizia sociale, sarebbe invece possibile "incoraggiare una pratica sociale della cura capace di supportare le relazioni di cura in modo da rispettare il valore e l'integrità dei singoli *care givers* e *care receiver*"<sup>42</sup>.

Tornando alla relazione tra le dinamiche proprie del mercato della cura migrante, soprattutto per come si verificano in Italia, e l'ipotesi di una strutturale violazione dei diritti fondamentali delle lavoratrici che vi prendono parte, possiamo chiederci adesso se, all'interno dell'ipotesi di una società capace di riconoscere e tutelare un diritto di cura articolato, come diritto fondamentale indispensabile alla dignità umana e quindi ad accesso universale e incondizionato, le madri transnazionali di cui abbiamo lungamente parlato apparirebbero come soggetti che vedono strutturalmente violato questo diritto.

Riemerge a questo punto, inevitabilmente, il nodo della responsabilità di questa violazione in relazione alla tensione tra libertà e costrizione che caratterizza queste migrazioni quanto e più delle altre. Abbiamo già detto che, se si affermasse che esse originano da una reale libertà di scelta, si potrebbe anche affermare che le madri transnazionali che prestano lavoro familiare all'estero potrebbero essere identificate esse stesse come responsabili della violazione del diritto di cura rispetto ad altri soggetti. Come nel caso dell'accettazione di condizioni di lavoro che rendono impossibile la tutela dell'unità familiare per le famiglie transnazionali e del diritto di cura dei minori lasciati in patria, però, è la stessa emigrazione di queste donne a potere essere considerata una scelta troppo condizionata per poter essere considerata veramente libera. Rispetto ad essa, e al danno morale che comporta, non è possibile quindi obiettare semplicemente che non si tratta di migrazioni forzate o che i vantaggi ottenuti – in termini economici e molto spesso anche di emancipazione di genere - sono tali da compensare il danno in questione.

Altrove abbiamo analizzato più diffusamente le ragioni per cui la condizione delle madri transnazionali appare una rappresentazione emblematica, ma anche specifica, del "campo di forza" prodotto dalla tensione tra libertà e coercizione, che imbriglia e direziona tutti i percorsi migranti<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> *Idem*, p. 136

<sup>42</sup> M. BARNES, *Caring and social justice*, cit., p. ix

<sup>43</sup> A. SCIURBA, *La scelta di Sofia: come incidono le migrazioni femminili sui diritti dei minori 'Left behind'?*,

“La scelta di Sofia”, infatti, non è altro che l'estrema realizzazione di questo campo di forza che origina da condizioni di vita ritenute inaccettabili nel paese d'origine, da una reazione soggettiva a queste condizioni che implica l'esercizio di quello che Mezzadra ha definito un “diritto di fuga”, e dall'intreccio tra politiche del lavoro e politiche migratorie, coi loro dispositivi di controllo della mobilità, che confina le possibilità di migliorare la propria esistenza e quella dei propri familiari all'interno di “scelte adattive” estreme come quelle delle madri transnazionali.

Di recente sono state avanzate alcune interessanti proposte volte ad attenuare le conseguenze più drammatiche della diaspora familiare dovuta all'emigrazione, attraverso la costruzione di un welfare transnazionale, ovvero di una “dinamica d'interdipendenza tra sistemi sociali ai due poli del processo migratorio (...) in cui la co-gestione dei processi sociali legati alla migrazione diviene un elemento importante per rispondere a problematiche e potenzialità cruciali per i regimi di welfare su entrambe le sponde, fra le quali si sviluppano le dinamiche migratorie”<sup>44</sup>. Queste proposte presentano gli indubbi meriti di considerare seriamente le conseguenze che le migrazioni hanno sull'organizzazione, sulle relazioni e sui ruoli familiari, e di indicare azioni concrete e attuabili per cercare di attenuarle.

Ma è alla base delle diseguaglianze economiche e sociali tra Stati, della visione strettamente economicistica delle migrazioni e della cultura ancora post-patriarcale che segna la divisione di genere del lavoro e la subordinazione delle donne, che occorre guardare per comprendere come queste conseguenze si rivelino elementi della violazione di un diritto di cura universale e articolato, e per valutare la gravità di questa violazione e la responsabilità degli agenti che la pongono in essere.

Questo complesso intreccio di fenomeni ha come sfondo un'ingiustizia sociale globale, da ridefinire anche sulla base dell'approccio relazionale dell'etica della cura, le cui responsabilità sono talmente diffuse da risultare individuabili solo da un punto di vista politico, e molto più difficilmente giuridico.

Prenderle seriamente in considerazione, però, se da un lato solleva definitivamente le donne migranti che lasciano i congiunti in patria dalla possibilità di essere esse stesse identificate come responsabili delle violazioni dei diritti all'unità familiare e di cura, dall'altro le ripositiona, a nostro parere inequivocabilmente, come vittime di questa violazione.

---

in *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, a cura di L. ZAGATO, Cedam, Padova, 2012. Il concetto di “campo di forza” è diverso da quello di “regime” utilizzato in precedenza sulla scia di Esping-Andersen. Il “campo di forza”, infatti, definisce più precisamente, e con particolare riferimento alle migrazioni, la tensione esistente tra controllo istituzionale e scelte soggettive degli attori sociali (in questo caso i migranti) cui tale controllo è diretto e, all'interno di questa tensione che ridisegna i percorsi migranti, il ruolo specifico che tali scelte, e gli atti che ne derivano, possono assumere. Cfr. A. SCIURBA, *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, ombre corte, Verona 2009.

<sup>44</sup> F. PIPERNO e M. TOGNETTI BORDOGNA, *Introduzione*, in *Welfare transnazionale*, cit.

## **THE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN THE MIGRANT DOMESTIC WORK CARE MARKET**

by Alessandra Sciorba

### **Abstract**

Domestic and care work of migrants women has by now become the subject of extensive international but also Italian studies. Taking for granted some well-established assumptions from the literature, we can thus try to examine the way in which this phenomenon, so relevant in contemporary societies, structurally involves a violation of some of the fundamental rights of these workers and their families.

Before entering into the detail of this topic, we will make explicit some general premises that define the outlines of the phenomena of migration and labor market in globalization, within which the domestic and care work provided at a fee by migrant women in Italy have to be read and interpreted.

Starting from the analysis of their condition, this paper aims to investigate, within the migrant domestic work and care market, the violation of the right to family unity and that of the child to receive care from their parents in the case of the minors “left behind”, offering a complex perspective with respect both to the quality of the content of these rights and to the level of their violation as a result of the migration of care workers, and with respect to the responsibility for this violation. Finally, taking into account the “care” as a social imperative, fundamentally connected to the human condition, we will examine the possibility to rethink a right to care articulated with respect to the content (either to give and to receive care), and universal and unconditional with respect to its access, reasoning here about its violation in relation with the structural characteristics of the migrant domestic work and care market.



## Convenzione europea dei diritti dell'uomo e *non-refoulement* in mare

di Giuseppe Puma

SOMMARIO: 1. Il trattamento dello straniero in rapporto con la sovranità territoriale dello Stato. - 1. 2. Segue. Il trattamento dei migranti via mare e il principio del non-refoulement nell'ordinamento giuridico internazionale. - 2. La questione relativa alla giurisdizione statale nel mare internazionale ai sensi dell'art. 1 CEDU. - 3. I parametri normativi di riferimento: l'articolo 3 CEDU. - 3.1. Segue. Cenni sugli altri parametri normativi. Il divieto di espulsioni collettive ai sensi dell'articolo 4 del IV Protocollo addizionale. L'articolo 13 della Convenzione quale disposizione strumentale alla tutela dei migranti. 4. - Conclusioni.

### 1. *Il trattamento dello straniero in rapporto con la sovranità territoriale dello Stato*

Oggetto del presente lavoro è una verifica in ordine alla compatibilità delle misure di respingimento dei migranti in mare, ed in particolare nel mare internazionale, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si tratta, com'è noto, di operazioni di soccorso e di interdizione all'immigrazione, tramite il dirottamento delle imbarcazioni che trasportano migranti verso le coste del territorio di partenza, vale a dire, nella più gran parte dei casi, verso le coste libiche. È noto, infatti, che la prassi dei respingimenti ha interessato anche l'Italia a partire dal 2009, cioè immediatamente dopo l'entrata in vigore del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione concluso con la Libia il 30 agosto 2008.

Occorre evidenziare, in via preliminare, che il potere di ciascuno Stato di regolare o finanche di impedire l'ingresso e il soggiorno dei migranti all'interno dei propri confini territoriali è sempre stato considerato un *corollario* alla stessa nozione di sovranità statale<sup>1</sup>. Si tratta di un principio ben consolidato nella prassi

---

<sup>1</sup> Sul punto, v. le osservazioni di S. ODA, *The Individual in International Law*, in M. SØRENSEN (ed.), *A Manual of Public International Law*, London, 1968, p. 469 ss., p. 482, per il quale la libertà di ciascuno Stato di impedire l'ingresso di stranieri nel proprio territorio costituisce un *attributo* fondamentale della stessa sovranità statale, cardine delle relazioni tra i soggetti primari dell'ordinamento.

internazionale, come già dimostrato dai lavori che, alla fine del diciannovesimo secolo, l'*Institut de droit international* aveva dedicato al tema della ammissione e della espulsione degli stranieri: nel preambolo alla risoluzione dedicata all'argomento, l'Institut rilevava che «le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance»<sup>2</sup>. È opinione diffusa, del resto, che siffatta prerogativa statale sia rimasta sostanzialmente immutata, atteso che ancora oggi lo Stato conserva, *in via di principio*, la medesima libertà nel quadro delle proprie politiche dell'immigrazione<sup>3</sup>. La vigenza del principio in discorso nell'attuale ordinamento giuridico internazionale è stata, peraltro, affermata dal *Rapporteur* della Commissione del diritto internazionale in materia di espulsione degli stranieri, il quale correttamente rileva come «le droit d'expulsion fait corps avec le principe de la souveraineté territoriale»<sup>4</sup>. La giurisprudenza internazionale, sin dai noti casi *Ben Tillet*<sup>5</sup> e *Boffolo*<sup>6</sup>, è altrettanto pacifica sul punto. In epoca recente, gli organi di controllo istituiti dai trattati in materia di diritti dell'uomo hanno sempre ribadito la portata generale del principio in parola, in funzione "prodromica" rispetto ai limiti che, come vedremo, derivano dai trattati volta a volta in considerazione. Così, ad esempio, la Commissione africana dei diritti dell'uomo ha chiarito, nel *leading case* in materia di allontanamento di stranieri, che essa «n'entend pas remettre en cause et ne remet pas en cause le droit dont dispose tout État»<sup>7</sup> nella regolamentazione della immigrazione. Per ciò che più rileva ai fini della nostra analisi, si deve evidenziare come

<sup>2</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XII, 1892-1894, session de Genève (1892), pp. 218-219, corsivo nostro.

<sup>3</sup> B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VIII ed., Napoli, 2010, p. 232; in modo analogo, G. PALMISANO, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 509 ss., p. 512.

<sup>4</sup> M. KAMTO, *Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers*, 2007, UN Doc. A/CN.4/581, p. 3, par. 2. Nel medesimo senso, v., in dottrina G. GAJA, *Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law*, in *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, 1999, p. 283 ss., p. 295.

<sup>5</sup> Sentenza arbitrale, *Ben Tillet*, Royaume-Uni c/ Belgique, 26 décembre 1898, in *Revue générale de droit international public*, 1899, pp. 46 ss., p. 48, ove si legge che non sarebbe possibile contestare ad uno Stato, «dans la plénitude de sa souveraineté», «la faculté d'interdire son territoire à des étrangers quand leurs menées ou leur présence lui paraissent compromettre sa sécurité».

<sup>6</sup> Sentenza arbitrale, *Boffolo case (of a general nature)*, Italian-Venezuelan Commission, in *Reports of International Arbitral Awards*, 1903, vol. X, p. 528 ss., p. 528, ove si rileva che «[t]he right to expel foreigners is fully held by every State and is deduced from its very sovereignty».

<sup>7</sup> Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, com. n. 159/96, decisione dell'11 novembre 1997, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme c. Angola*, consultabile sul sito <http://caselaw.ihfda.org/fr/doc/159.96/view/>.

la Corte europea dei diritti dell'uomo, lungi dal discostarsi da questo principio, ne abbia, al contrario, riaffermato la natura *consuetudinaria*, ponendolo in relazione agli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950. Basti citare, a questo riguardo, l'*Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, nel quale la Corte rileva che «d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol»<sup>8</sup>.

Ciò precisato, si deve rilevare come la sfera di libertà statale sommariamente descritta appaia decisamente mitigata rispetto ad un'epoca nella quale la potestà d'imperio dello Stato sugli individui, a vario titolo presenti nel suo territorio, presentava un contenuto *notevolmente* più ampio: è noto, infatti, che l'attuale ordinamento giuridico internazionale pone una serie di obblighi, di origine sia pattizia che consuetudinaria, in ordine alla tutela della *persona* umana in quanto tale. Gli obblighi in considerazione comprimono l'ampiezza del cd. "dominio riservato" dello Stato<sup>9</sup>, vale a dire, secondo un celebre parere della Corte permanente di giustizia internazionale, quell'insieme di «matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un Etat, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international», rispetto alle quali, in altri termini, «chaque Etat est *seul maître de ses décisions*»<sup>10</sup>.

La questione centrale ai fini della nostra analisi sembra essere, dunque, quella di determinare la modalità attraverso cui si declina l'obbligo per lo Stato di rispettare i diritti fondamentali della persona, quando la persona in questione è un migrante o un potenziale rifugiato, la cui intrinseca "*vulnerabilità*"<sup>11</sup> assurge a presupposto materiale dell'applicazione di taluni strumenti normativi.

<sup>8</sup> *Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, ricorsi n. 9214/80, 9473/81, 9474/81, sent. del 28 maggio 1985, par. 67 (consultabile, come tutte le sentenze che si citeranno nel presente lavoro, al sito <http://hudoc.echr.coe.int>).

<sup>9</sup> V. sul punto le considerazioni di B. NASCIBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in Id. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 153 ss., p. 154.

<sup>10</sup> Cour Permanente de Justice International, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Avis consultatif n. 4, 7 février 1923, in *Publications de la C.P.J.I., Série B: Recueil des Avis consultatifs*, p. , pp. 23-24. Si tratta della nozione giuridica di dominio riservato (in questo senso, B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, VIII ed., Padova, 2010, p. 161), quella, cioè, che risponde all'«international law criterion», dalla quale deriva, secondo un'autorevole opinione, l'equazione «domain réservé/matières non liées», and the equally well-known relativity of the reserved sphere in time and space» (così G. ARANGIO-RUIZ, *The plea of domestic jurisdiction before the International Court of Justice: substance or procedure*, in M. FITZMAURICE, V. LOWE (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996, p. 440 ss., pp. 440-441, ad avviso del quale, a ben guardare, la nozione indicata nel testo, che costituisce l'interpretazione più diffusa in dottrina, non ha mai trovato effettiva applicazione nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia (*ivi*, p. 458 ss.).

<sup>11</sup> G. PALMISANO, *op. cit.*, pp. 510-511.

1.2. Segue. *Il trattamento dei migranti via mare e il principio del non-refoulement nell'ordinamento giuridico internazionale.*

La prassi dei respingimenti dei migranti in alto mare deve essere valutata in ragione di un duplice ordine di considerazioni, attinenti, da un lato, al *locus* nel quale le condotte in discorso si producono e, dall'altro, alle norme che, in prima approssimazione, risultano applicabili alla fattispecie dei respingimenti, in ragione dei soggetti che li pongono in essere, delle *categorie di individui oggetto della misura di allontanamento* e delle *condizioni di fatto* nelle quali si trovano questi ultimi e nelle quali *potrebbero* trovarsi in conseguenza della misura di respingimento. Il primo gruppo di osservazioni deve muovere dalla constatazione che i respingimenti dei migranti avvengono, con sempre maggiore frequenza, in alto mare, cioè in quello spazio marino del nostro pianeta rispetto al quale non si affermi la sovranità territoriale di alcuno Stato. La nozione stessa di mare internazionale, la cui condizione giuridica è quella propria degli spazi che non soggiacciono alla potestà esclusiva dei singoli Stati, «si lega dialetticamente alle nozioni di *acque interne* e di *acque territoriali*»<sup>12</sup>. E la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 fornisce, in effetti, una definizione “negativa” di alto mare: ai sensi dell'art. 86, infatti, vi rientrano «all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic waters of an archipelagic State». La tradizionale qualificazione dell'alto mare come *res communis omnium* implica, dunque, che il regime giuridico ad esso applicabile sia quello della libertà<sup>13</sup>: alla stregua dell'articolo 87, infatti, l'alto mare è aperto a tutti gli Stati, sia costieri che privi di litorale, i quali dispongono di una serie di libertà inerenti all'«organizzazione dell'attività umana»<sup>14</sup> nel settore marino in esame e, più precisamente, alla navigazione, al sorvolo, alla pesca ecc. La condizione giuridica del mare internazionale<sup>15</sup> spiega, pertanto, la scelta di eseguirvi misure di respingimento, con il malcelato intento di operare «in una zona grigia»<sup>16</sup>, nella quale verrebbe asseritamente a mancare il *presupposto*

<sup>12</sup> Così M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati. L'ambiente e l'attività degli Stati*, in G. BALLADORE PALLIERI, G. MORELLI, R. QUADRI, *Trattato di diritto internazionale*, Sezione prima, Vol. III, Padova, 1956, p. 340 (corsivo nel testo).

<sup>13</sup> V. sul punto, A. DEL VECCHIO, *Mare (diritto internazionale del)*, in *Enciclopedia del diritto*, II agg., Milano, 1998, p. 509 ss., p. 520.

<sup>14</sup> Così ancora M. GIULIANO, *op. cit.*, p. 356.

<sup>15</sup> Parte della dottrina ritiene più opportuno l'impiego della nozione di mare internazionale, in luogo di quella di alto mare che risulterebbe impropria, ove si consideri che «di alto mare si parlava quando era impensabile che il controllo dello Stato costiero potesse estendersi a 200 miglia» (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 282)

<sup>16</sup> Così A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 591 ss., p. 592.

dell'applicazione di talune norme, cioè quella competenza spaziale esclusiva che costituisce parte essenziale della sovranità.

Il secondo ordine di considerazioni al quale si accennava attiene al quadro normativo di riferimento. Sotto questo profilo, la prassi dei respingimenti sembra porsi, in prima approssimazione, in contrasto con un principio oramai consolidato del diritto internazionale, normalmente denominato obbligo di *non-refoulement*, che ha trovato originariamente espressione nell'articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, in virtù del quale: «No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a *refugee* in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion». La *ratio* della disposizione risiede, in tutta evidenza, nella necessità di tutelarne i *beneficiari* da misure di allontanamento che possano esporre gli stessi a seri rischi per la propria vita. Non è possibile, nell'economia del presente lavoro, soffermarsi sull'oggetto e lo scopo della norma contenuta nell'articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra. Pare indispensabile, tuttavia, svolgere due brevi osservazioni. In primo luogo, la norma in esame, che risulta sancita anche da altri trattati in materia di diritti umani<sup>17</sup>, ha acquisito natura consuetudinaria<sup>18</sup>, se non addirittura cogente, come sostiene parte della dottrina<sup>19</sup>. In secondo luogo, ed è probabilmente questo l'aspetto più rilevante, la disposizione in discorso risulta applicabile, sotto il profilo dei *beneficiari*, esclusivamente alla categoria dei *rifugiati*, la cui nozione è dettagliatamente definita nell'articolo 1, lett. A<sup>20</sup>, della

<sup>17</sup> È il caso, ad esempio, della Convenzione su specifici aspetti dei problemi dei rifugiati in Africa, conclusa nel quadro dell'Unione africana il 10 settembre 1969, il cui articolo 2, par. 3 stabilisce che: «No person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory [...]». benché l'ambito di applicazione di questa norma risulti, per varie ragioni, decisamente più ampio rispetto a quello dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, si deve sottolineare che quest'ultima convenzione costituisce, per il trattato regionale qui in considerazione, il riferimento normativo essenziale (v. Preambolo, par. 9).

<sup>18</sup> In questo senso, v., tra gli altri, E. LAUTERPAHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, W. TÜRK, F. NICHOLSON (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, New York, Geneva, 2003, p. 87 ss., p. 149; G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford, 2007, p. 248; W. KÁLIN, M. CARONI, L. HEIM, *Article 33, para. 1*, in A. ZIMMERMANN, F. MACHTS, J.S. DORSCHNER (eds), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, Oxford, 2011, p. 1327 ss., p. 1345.

<sup>19</sup> In questo senso, v. J. ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss., p. 538 ss. *Contra* S. Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2008, p. 205 ss., p. 218.

<sup>20</sup> Si definisce rifugiato colui che : «(1) Has been considered a refugee under the Arrangements of 12 May 1926 and 30 June 1928 or under the Conventions of 28 October 1933 and 10 February

Convenzione di Ginevra, nonché, secondo un orientamento sempre più diffuso, a quella dei richiedenti asilo<sup>21</sup>.

Il principio del *non-refoulement* maturato nella successiva prassi convenzionale mostra, invece, un ambito di applicazione *ratione personae* decisamente più ampio rispetto a quello sancito dall'articolo 33 della Convenzione del 1951<sup>22</sup>. Nei trattati in materia di diritti umani sono infatti rinvenibili diverse disposizioni che, *expressis verbis* o in modo implicito, impongono un divieto tendenzialmente assoluto di respingere o allontanare individui verso quegli Stati ove detti individui possano subire atti di tortura o altri trattamenti inumani. La caratteristica comune di tali disposizioni pattizie risiede nella loro applicabilità a *qualunque* persona, indipendentemente dalla riconducibilità della stessa allo *status* di rifugiato. Si possono menzionare, a questo riguardo, l'articolo 7 del Patto sui diritti civili e politici del 1966<sup>23</sup>, l'articolo 3, par. 1 della Convenzione contro la tortura del 1984<sup>24</sup>, l'articolo 16, par. 1 della Convenzione sulle sparizioni forzate del 2006<sup>25</sup>. Al livello regionale, vengono in rilievo l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, su cui si incentra il presente lavoro, l'articolo 22, par. 8 della Conven-

---

1938, the Protocol of 14 September 1939 or the Constitution of the International Refugee Organization; [...]; (2) As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it. [...] ». Sulla definizione di rifugiato ai sensi dell'articolo 1, lett. A della Convenzione di Ginevra, v., per tutti, S. SCHMAHL, *Article 1 A, para. 1*, in A. ZIMMERMANN, F. MACHTS, J.S. DORSCHNER (eds), *op. cit.*, p. 247 ss.; A. ZIMMERMANN, C. MAHLER, *Article 1 A, para. 2, ibid.*, p. 281 ss.

<sup>21</sup> V. sul punto W. KÄLIN, M. CARONI, L. HEIM, *op. cit.*, pp. 1370-1371.

<sup>22</sup> W. KÄLIN, M. CARONI, L. HEIM, *op. cit.*, p. 1350.

<sup>23</sup> «No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.»

<sup>24</sup> «No State Party shall expel, return (“refouler”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture». Il par. 2 della medesima disposizione stabilisce che «For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.»

<sup>25</sup> «No State Party shall expel, return (“refouler”), surrender or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to enforced disappearance». Il par. 2 della medesima disposizione stabilisce che «For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations, including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights or of serious violations of international humanitarian law.»

zione inter-americana dei diritti dell'uomo e gli articoli 5 e 12, par. 3 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981. Da questa prassi convenzionale sembra possibile desumere una norma di diritto internazionale *generale* il cui contenuto è stato ricostruito da parte della dottrina nei seguenti termini: «No person shall be rejected, returned, or expelled in any manner whatever where this would compel him or her to remain in or return to a territory where substantial grounds can be shown for believing that he or she would face a real risk of being subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. This principle allows for no limitation or exception»<sup>26</sup>.

S'impone, infine, una precisazione inerente al diritto internazionale del mare: sebbene non disponga degli strumenti normativi idonei a far fronte al complesso fenomeno migratorio, si deve nondimeno rilevare che questa branca del diritto internazionale impone taluni obblighi “minimi”, rispondenti ad elementari esigenze di umanità<sup>27</sup>, che potrebbero venire in rilievo nella valutazione delle fattispecie oggetto della presente indagine. È il diritto del mare, del resto, a determinare il quadro normativo entro il quale deve svolgersi *qualunque* attività marittima, a stabilire, in altri termini, «chi può fare cosa e dove»<sup>28</sup>. Tra questi obblighi “minimi”, merita di essere citato, quanto meno, l'obbligo di prestare soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo, sancito dall'articolo 98 della Convenzione di Montego Bay<sup>29</sup>. La norma testé citata costituisce la più importante espressione del principio della salvaguardia della vita umana in mare che ha trovato ulteriore affermazione in una serie di fondamentali strumenti convenzionali. Ci riferiamo alla Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS) del 1974, alla Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il salvataggio in mare del 1979 (SAR) e alla Convenzione di Londra del 1989 in tema di soccorso in mare. Tali profili esulano dall'oggetto della presente indagine. Basti segnalare che diversi elementi normativi consentono di affermare che sugli Stati coinvolti nelle operazioni di soccorso incombe l'obbligo di non respingimento dei richiedenti asilo e che tale obbligo incide, in modo determinante, nella scelta del “*place of safety*” in cui le stesse operazioni di soccorso possono considerarsi terminate<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *op. cit.*, p. 163.

<sup>27</sup> V., in questo senso, S. TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, in *Diritto umani e diritto internazionale*, 2009, p. 609 ss., p. 619.

<sup>28</sup> S. TREVISANUT, *Respingimenti in mare dal punto di vista del diritto del mare, con particolare riferimento alla cooperazione tra Italia e Libia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, p. 239 ss., p. 253.

<sup>29</sup> Si tratta della disposizione, in virtù della quale ogni Stato deve assicurarsi che le navi battenti la sua bandiera prestino soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo.

<sup>30</sup> S. TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare*, cit., p. 619. In particolare, in base alla Convenzione SAR del 1979, le parti devono garantire che sia prestata assistenza ad ogni persona che si trovi in una situazione di pericolo in mare «regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found». Secondo le linee guida dell'MCS del

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo costituisce, pertanto, *uno* dei parametri normativi, di matrice internazionalistica, attraverso i quali valutare la prassi dei respingimenti di migranti in mare. A questo riguardo, il punto di riferimento giurisprudenziale è senza dubbio la sentenza resa dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo il 23 febbraio 2012 sul caso *Hirsi e altri c. Italia*<sup>31</sup>, con la quale la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione, da parte dell'Italia, dell'articolo 3 della CEDU, relativo al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, dell'articolo 4 del Protocollo n. 4, che vieta le espulsioni collettive, e dell'articolo 13 della CEDU, che regola il diritto ad un ricorso effettivo. Autori del ricorso in oggetto erano undici cittadini somali e tredici eritrei, facenti parte di un gruppo di circa duecento persone, distribuite su tre imbarcazioni, intercettate a circa trentacinque miglia marine a sud di Lampedusa da navi della Guardia di Finanza e della Guardia Costiera. Tutti i migranti soccorsi furono imbarcati a bordo delle navi militari italiane e ricondotti verso le coste libiche; dopo circa dieci ore di navigazione, i migranti venivano consegnati, contro la loro volontà, alle autorità libiche<sup>32</sup>.

## 2. *La questione relativa alla giurisdizione statale nel mare internazionale ai sensi dell'articolo 1 CEDU.*

La prima questione che deve necessariamente essere risolta attiene alla possibilità di applicare la CEDU alla zona di mare in considerazione. L'ambito di ap-

---

2004, gli obblighi inerenti alle operazioni di salvataggio si estinguono solo al momento dell'approdo in un "luogo sicuro" ove sbarcare i naufraghi (sul punto v., ampiamente, M. CARTA, *Misure di contrasto al traffico di migranti via mare*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale*, Milano, 2008, p. 81 ss., pp. 83-84). Secondo parte della dottrina (S. TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare*, cit., p. 619), la nozione di "luogo sicuro", insieme all'impostazione seguita dall'Organizzazione marittima internazionale in collaborazione con l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (cfr. *Rescue at sea. A guide to principles and practice as applied to migrants and refugees*, <http://www.imo.org/OurWork/Facilitation/IllegalMigrants/>) impone di tenere in debita considerazione gli eventuali richiedenti asilo e rifugiati (v., più precisamente, il punto 6.17 delle Guidelines dell'IMO sul trattamento delle persone soccorse in mare, del 2004: «The need to avoid disembarkation in territories where the lives and freedoms of those alleging a well-founded fear of persecution would be threatened is a consideration in the case of asylum-seekers and refugees recovered at sea.». Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, queste valutazioni consentono di esprimere dubbi circa la possibilità di qualificare come "place of safety" le coste della Libia, Stato verso il quale le autorità italiane hanno respinto i migranti intercettati in alto mare (sul punto, v. le considerazioni di F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 800 ss., in part. p. 804).

<sup>31</sup> V. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Affaire Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, sentenza del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09.

<sup>32</sup> *Affaire Hirsi c. Italie*, cit., par. 9-14 per la ricostruzione dei fatti oggetto di doglianza.

plicazione *ratione loci* della Convenzione è fissato dall'articolo 1 della stessa, ai sensi del quale «le Alte parti contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo I» della Convenzione medesima.

La norma sembra riferirsi, in prima approssimazione, al *territorio* entro il quale lo Stato esercita la sua potestà pubblica, vale a dire, secondo la dottrina più autorevole, quella «limitata cerchia spaziale entro la quale stabilmente, normalmente e del tutto prevalentemente si svolge la sua multiforme attività»<sup>33</sup> e, come detto, l'alto mare sfugge all'autorità sovrana di qualunque Stato. Se si assume il territorio come elemento essenziale e costitutivo dello Stato, si verifica agevolmente come l'ordinamento internazionale prenda in considerazione il rapporto Stato-territorio in ragione dell'esigenza di *individuare* la sfera di competenza spaziale esclusiva dello Stato stesso. L'ordinamento, in altri termini, valuta il rapporto in parola con riguardo ad una molteplicità di fattispecie, regolate da norme inerenti ora all'acquisto o alla perdita del territorio, ora *all'esercizio di poteri sullo spazio territoriale*. Si comprende, pertanto, la ragione per la quale la scienza del diritto internazionale abbia maturato una vera «obsession du territoire»<sup>34</sup>. La *ratio* dell'articolo 1 CEDU appare, dunque, evidente: lo Stato viene preso in considerazione in quanto *gestore* di un ordinamento giuridico la cui sfera spaziale *solitamente* coincide con il suo territorio<sup>35</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza degli organi di controllo della Convenzione induce a ritenere che detta giurisdizione può, in via *eccezionale*, sussistere *anche* al di fuori del territorio statale<sup>36</sup>, come avviene, ad esempio, nel caso di occupazione militare<sup>37</sup>, oppure, per limitarci all'essenziale, nelle ipotesi di attività militari *occasionalmente* svolte all'estero<sup>38</sup>, o, ancora, nei casi in cui organi dello Stato eserciti-

<sup>33</sup> M. GIULIANO, *op. cit.*, p. 45. Sul punto, v. anche le considerazioni di L. CITARELLA, *Territorio (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXXI, Roma, 1994, p. 1 ss., p. 3, il quale correttamente osserva che «[i]l rapporto tra Stato e territorio è riconducibile ancor oggi all'espressione «sovranià territoriale»».

<sup>34</sup> L'espressione, ben nota, è di G. SCHELLE, *Obsession du territoire*, in *Symbolae Verzijl présentées au Prof. J. H. W. Verzijl, à l'occasion de son LXXième anniversaire*, The Hague, 1958, p. 347 ss.

<sup>35</sup> A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 2358 ss., p. 2360.

<sup>36</sup> Nel caso *Banković*, la Corte ha affermato che la *jurisdiction* di uno Stato è *principalmente* territoriale, sicché l'art. 1 della Convenzione «*must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case*» (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, ric. n. 52207/99, sentenza del 12 dicembre 2001, par. 61). Più precisamente, ad opinione della Corte, «*the Convention is a multi-lateral treaty operating [...] in an essentially regional context and notably in the legal space (espace juridique) of the Contracting States. [...] The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States*» (*ivi*, par. 80).

<sup>37</sup> *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, ECHR, 1995, Series A. n. 310, sentenza del 23 febbraio 1995, par. 62

<sup>38</sup> V., ad esempio, *Issa and Others v. Turkey*, ric. n. 31821/96, 16 novembre 2004. Il ricorso era stato

no all'estero un controllo pieno ed esclusivo su una struttura penitenziaria<sup>39</sup>. In altri termini, la giurisdizione non deve necessariamente ed in ogni caso rivestire quel carattere di completezza che le è proprio nell'ambito del proprio contesto territoriale<sup>40</sup>. Sicché, come è stato opportunamente notato, «[t]he meaning of jurisdiction under Article 1 is [...] an intensely *pragmatic* definition»<sup>41</sup>. Ciò che fa sorgere la giurisdizione è dunque un *controllo*, anche temporaneo, ma *effettivo* sulla persona che lamenta una violazione dei propri diritti, quali risultano garantiti dalla Convenzione europea<sup>42</sup>. La condizione di cui all'articolo 1 è soddisfatta, dunque, laddove i poteri esercitati dallo Stato parte della Convenzione siano idonei ad incidere sul godimento dei diritti fatti valere in giudizio<sup>43</sup>.

Per ciò che rileva ai fini della nostra analisi, si deve evidenziare come la Corte europea abbia, in più di una circostanza, affermato la sicura sussistenza della giurisdizione statale anche in acque internazionali.

Nel caso *Rigopoulos c. Spagna*<sup>44</sup>, ove veniva in rilievo la condotta delle autorità spagnole su navi battenti bandiera panamense in alto mare nel quadro della lotta

---

proposto da sei donne di nazionalità irachena che lamentavano la violazione del diritto alla vita in danno ai propri congiunti a seguito delle operazioni militari condotte dalle forze armate turche nel nord dell'Iraq nel quadro della repressione del movimento di opposizione curda. Si veda su questa sentenza G. Cohen-Jonathan, *A propos des arrêts Asanidze (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004)*, in *Revue trimestrielle de droit de l'homme*, 2005, p. 769 ss. V., in particolare, il par. 74 della sentenza, ove si legge: «*The Court does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq.*». In una precedente pronuncia, la Corte aveva rilevato la responsabilità della Russia per talune violazioni dei diritti umani avvenute nella regione moldava della Transnistria, in ragione dell'autorità effettiva esercitata dal governo russo sulla regione della Transnistria, posta sotto la sovranità territoriale della Repubblica moldava (Cfr. *Ilascu and others v. Moldova and Russian Federation*, ric. n. 48787/99, 8 luglio 2004, consultabile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), su cui v. F. Benoit-Rohmer, *Pour la construction d'un espace juridique européen de protection des droits de l'homme. Réflexions sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Ilascu et autres contre Russie et Moldova du 8 juillet 2004*, in *Europe des libertés*, 2005, consultabile sul sito [www.leuropedeslibertes.u-strasbg.fr](http://www.leuropedeslibertes.u-strasbg.fr)).

<sup>39</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Case of Al-Skeini and others v. The United Kingdom*, ric. n. 55721/07, sentenza del 7 luglio 2011, par. 136.

<sup>40</sup> A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri*, cit., p. 2360.

<sup>41</sup> S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 1223 ss., p. 1245 (corsivo nostro).

<sup>42</sup> G. GAJA, *Art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 23 ss., p. 28.

<sup>43</sup> P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002, p. 166.

<sup>44</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Affaire Rigopoulos c. Espagne*, ric. n. 37388/87, sentenza del 12 gennaio 1999. Nel caso di specie, i cui fatti oggetto di doglianza iniziavano ad avere luogo a circa tremila miglia marine dalle Isole Canarie, il ricorrente lamentava la violazione dell'articolo 5, par. 3 della Convenzione, per essere stato sottoposto a detenzione in alto mare per sedici giorni prima di comparire davanti all'autorità giudiziaria.

al traffico di stupefacenti, la giurisdizione spagnola sui fatti oggetto di doglianza non è stata contestata nemmeno dallo Stato convenuto.

Particolarmente significativa è la sentenza resa dalla Corte europea in relazione al caso *Xhavara c. Italia*. Il ricorso originava dallo speronamento da parte di una unità della Marina militare italiana di una nave battente bandiera albanese, con a bordo 54 migranti, nel corso di una intercettazione in alto mare (svolta in base ad un accordo con l'Albania). Nel caso in questione, la Corte ha implicitamente ammesso la sussistenza della giurisdizione italiana, attribuendo rilievo centrale alla circostanza per cui il naufragio della nave albanese «a été *directement* provoqué par le navire de guerre italienne Sibilla»<sup>45</sup>.

Parimenti rilevante sembra la sentenza del 3 maggio 2009 relativa al caso *Women on waves c. Portogallo*<sup>46</sup>, che originava dal divieto opposto ad una nave recante i membri di una fondazione olandese di fare ingresso nel mare territoriale dello Stato convenuto. L'interdizione, occorsa in acque internazionali, venne eseguita da una nave della marina militare portoghese, senza che fosse necessario *alcun contatto* con la nave su cui viaggiavano i ricorrenti. La Corte, dopo avere accertato la non manifesta infondatezza del ricorso<sup>47</sup>, passò direttamente all'esame del merito, senza interrogarsi in ordine alla sussistenza della giurisdizione su dei fatti che, sotto il profilo spaziale, erano avvenuti al di fuori del territorio portoghese. Si deve dunque presumere che, nel caso di specie, la Corte abbia inteso implicitamente soddisfatta la condizione di cui all'articolo 1 della Convenzione.

E ancora, con la sentenza *Medvedjev c. Francia*<sup>48</sup>, la Grande Camera ha ribadito che le condotte statali occorse in alto mare possono essere valutate alla stregua della CEDU. Nel caso di specie, il ricorso traeva origine dalla intercettazione e successivo abbordaggio di una nave, la "Winner", battente bandiera cambogiana nel corso di una operazione di contrasto al narcotraffico da parte delle truppe francesi; una volta salito a bordo, il commando francese assumeva il comando della nave e ne arrestava l'equipaggio (di nazionalità ucraina). Secondo la Corte, la giurisdizione dello Stato convenuto poteva ritenersi sussistente in ragione del fatto che le truppe francesi avevano esercitato sui ricorrenti un controllo continuo, effettivo ed ininterrotto, «au moins *de facto*», dal momento dell'intercettazione fino allo sbarco<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Affaire Xhavara c. Italie*, ric. n. 39473/98, sentenza dell'11 gennaio 2001, par. 1 "en droit". Il ricorso veniva peraltro dichiarato irricevibile per mancato esaurimento dei ricorsi interni.

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Affaire Women on Waves et autres c. Portugal*, ric. n. 31276, sentenza del 3 maggio 2009. Si trattava, nel caso di specie, del ricorso intentato dalla fondazione olandese Women on Waves, attiva nel settore dei cd. diritti riproduttivi e, in particolare, quelli relativi alla interruzione volontaria della gravidanza.

<sup>47</sup> *Ivi*, par. 22

<sup>48</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Affaire Medvedjev c. France*, ric. n. 3394/03, sentenza del 29 marzo 2010.

<sup>49</sup> *Medvedjev c. France*, cit., par. 67.

Venendo alla sentenza resa nel caso *Hirsi c. Italia*, occorre sottolineare come la Corte abbia agevolmente rilevato la sussistenza della giurisdizione italiana sui ricorrenti: gli eventi erano infatti avvenuti a bordo di una nave della marina militare italiana, il cui personale era, com'è ovvio, composto da soli *organi* militari dello Stato. Si consideri, al riguardo, che anche nella sentenza *Banković*, nota per la nozione “restrittiva” di giurisdizione in essa ricostruita, la Corte aveva espressamente affermato che tra le «recognised instances of the extra-territorial exercise of jurisdiction by a State» vi è sicuramente l'attività «of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State»<sup>50</sup>. Secondo la Corte europea, «à partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant *de jure* que *de facto*, des autorités italiennes»<sup>51</sup>. Sotto il profilo del controllo *de jure*, la Corte ricorda come sia lo stesso codice della navigazione italiano a stabilire, all'articolo 4, la giurisdizione italiana sulle navi battenti bandiera italiana in alto mare, impiegando la nozione, oramai desueta, di *territoire flottant*<sup>52</sup>. L'articolo 92, par. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare non lascia spazio a dubbi, fissando il principio consuetudinario per il quale, in alto mare, le navi sono sottoposte alla giurisdizione *esclusiva* dello Stato di cui battono bandiera<sup>53</sup>.

Ancorché già prefigurata da parte della dottrina<sup>54</sup>, la soluzione cui è pervenuta la Corte si discosta decisamente<sup>55</sup> dall'orientamento espresso, in un caso analogo, dalla Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Sale v. Haitian Centers Council* del 21 giugno 1993. Nel caso di specie si trattava della intercettazione in alto mare, da parte delle autorità statunitensi, di un'imbarcazione recante profughi haitiani. Secondo la Corte suprema, l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra si applica «to a “refugee already admitted into a country,”», posto che il termine «“return” would refer to a “refugee already within the territory»». Il sistema di protezione istituito dalla Convenzione di Ginevra, continua la Corte, «was not intended to govern parties' conduct outside of their national borders.»<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> *Banković and Others v. Belgium*, cit., par. 73.

<sup>51</sup> *Affaire Hirsi*, cit., par. 81.

<sup>52</sup> Articolo 4 cod. nav.: «Le Navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio italiano». Una formulazione analoga è rinvenibile nell'articolo 4 del codice penale: «[...]Agli effetti della legge penale, è territorio dello Stato il territorio della Repubblica, quello delle colonie e ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato. Le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera».

<sup>53</sup> Cfr. *Hirsi c. Italia*, cit., par. 76-82.

<sup>54</sup> A. TERRASI, *op. cit.*, pp. 596-597.

<sup>55</sup> A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri*, cit., p. 2361.

<sup>56</sup> Supreme Court of the United States, *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155, 4 (1993), in *International Legal Materials*, vol. 32, 1993, p. 1039 ss.

Si noti, in ogni caso, che la tesi della Corte suprema in ordine all'applicazione extra-territoriale della Convenzione di Ginevra è rimasta sostanzialmente isolata: in primo luogo, la Commissione interamericana dei diritti dell'uomo ha espresso un orientamento difforme in ordine alla medesima vicenda, affermando, piuttosto, di condividere «the view [...] that Article 33 had *no geographical limitations*»<sup>57</sup>. In secondo luogo, l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati ha, in due occasioni, fugato ogni dubbio al riguardo: in un Parere consultivo del 2007, esso ha osservato che già la lettera dell'articolo 33, par. 1 depone decisamente nel senso della sua applicabilità extra-territoriale<sup>58</sup>, oltre che un'interpretazione che tenga in debito conto l'oggetto e lo scopo umanitario della Convenzione medesima<sup>59</sup>. Analogamente, in un *Paper* del 2010 in materia di intercettazioni marittime di migranti, lo stesso Commissariato ha evidenziato che la sussistenza della giurisdizione «is established as a *matter of fact*, based on the objective circumstances of the case»<sup>60</sup>, sicché «it may mean that a State has jurisdiction over people under its de facto control who are located on the high seas»<sup>61</sup>.

### 3. *I parametri normativi di riferimento: l'articolo 3 CEDU.*

Per ciò che attiene ai profili sostanziali, si deve evidenziare come la Convenzione europea non configuri *espressamente* in capo agli Stati parti un obbligo di *non-refoulement*. Né l'articolo 2, relativo al diritto alla vita, né l'articolo 3, inerente

<sup>57</sup> *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. At 550 (1997), dec. del 13 marzo 1997, par. 157. Nel merito, poi, la Commissione rilevava che «the United States Government's act of interdicting Haitians on the high seas, placing them in vessels under their jurisdiction, returning them to Haiti, and leaving them exposed to acts of brutality by the Haitian military and its supporters» costituì una violazione, in particolare, del diritto alla vita e alla sicurezza personale dei ricorrenti, come sanciti dall'art. 1 della Dichiarazione americana dei diritti dell'uomo (par. 171). Si deve rilevare, peraltro che l'orientamento della Commissione interamericana è stata oggetto di esplicita adesione da parte di Lord Bingham of Cornhill nel corso di un giudizio dinanzi alla Camera dei Lords (Cfr. *Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*, Session 2004-05, 2004 UKH -55, sentenza del 9 dicembre 2004, par. 21.

<sup>58</sup> UN High Commissioner for Refugees, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, available at: <http://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html> [accessed 27 June 2013], par. 26.

<sup>59</sup> *Ivi*, par. 29.

<sup>60</sup> UN High Commissioner for Refugees, *Protection Policy Paper: Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing*, November 2010, available at: <http://www.refworld.org/docid/4cd12d3a2.html> [accessed 27 June 2013], par. 9.

<sup>61</sup> *Ivi*, par. 10

al divieto di tortura contengono traccia dell'obbligo in parola. La seconda delle disposizioni citate, in particolare, limitandosi a stabilire che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani e degradanti», non vieta allo Stato parte di espellere o di allontanare uno straniero dal proprio territorio. È tuttavia noto che la Corte di Strasburgo ha sovente fatto ricorso alla protezione indiretta o *par ricochet* al fine di estendere l'ambito di applicazione materiale dell'articolo 3 alle fattispecie che vengono in rilievo ai fini della nostra analisi. Si tratta di un meccanismo, «de création purement prétorienne», che ha consentito agli organi di controllo della Convenzione «de pallier les insuffisances les plus criantes de la [Convention] à l'égard des étrangers»<sup>62</sup>.

Il punto di svolta di siffatta costruzione giurisprudenziale è senz'altro il celebre caso *Soering c. Regno Unito* del 1989, nel quale la Corte europea ha iniziato ad affermare che l'estradizione dello straniero può impegnare la responsabilità dello Stato che procede alla misura, quando sussista il fondato rischio che l'interessato sia sottoposto, nel Paese di destinazione, ad un trattamento proibito dall'articolo 3 CEDU<sup>63</sup>. Il principio, originariamente applicato ad un caso di estradizione, venne progressivamente esteso ad altre forme di *allontanamento* dello straniero dal territorio, quali l'espulsione<sup>64</sup> e, per ciò che più rileva ai nostri fini, il *refoulement*: particolarmente significativo sembra, a quest'ultimo riguardo, il caso *Vilvarajah e altri c. Regno Unito* del 30 ottobre 1991. Nel caso di specie, i ricorrenti, cittadini dello Sri Lanka di etnia Tamil, lamentavano la violazione dell'articolo 3 della CEDU in ragione del respingimento operato dallo Stato convenuto in loro danno. Benché non abbia ravvisato gli estremi del rischio concreto ed attuale nel caso in esame, la Corte ha nondimeno ritenuto che il principio elaborato nelle sentenze *Soering* e *Cruz Varas* fosse applicabile anche all'ipotesi di rimpatrio coatto<sup>65</sup>.

Dalla giurisprudenza degli organi di controllo della Convenzione europea si desume, pertanto, il *principio* per il quale una decisione di allontanamento è suscettibile di integrare una violazione dell'articolo 3, nella misura in cui produca come risultato *diretto* quello di esporre il destinatario del provvedimento medesimo al pericolo *fondato*, in quanto ragionevolmente prevedibile, di subire trattamenti

<sup>62</sup> Così F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, 2011, p. 662.

<sup>63</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Case of Soering v. The United Kingdom*, ric. n. 14038/88. sentenza del 7 luglio 1989, par. 91, ove si legge: «the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country».

<sup>64</sup> V., ad esempio, il caso *Cruz Varas and others v. Sweden*, ric. n. 15576/89, sentenza del 20 marzo 1991, in part. par. 70, avente ad oggetto l'espulsione di un cittadino cileno dal territorio svedese.

<sup>65</sup> Cfr. *Case of Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, ric. n. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, sentenza del 30 ottobre 1991, in particolare parr. 107-108.

inumani e degradanti, o addirittura atti di tortura, nello Stato di destinazione. L'indicata ricostruzione giurisprudenziale dell'articolo 3 poggia, secondo parte della dottrina<sup>66</sup>, su un principio ermeneutico codificato dall'articolo 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, in virtù del quale, nell'interpretazione di un accordo si deve tenere in considerazione qualsiasi norma di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti<sup>67</sup>. L'articolo 3 della Convenzione europea andrebbe, dunque, letto alla luce dell'obbligo di *non-refoulement* che, come sopra accennato, è contenuto in svariati accordi conclusi nel quadro delle Nazioni Unite, nonché in una norma che ha acquisito natura consuetudinaria. In effetti, nel caso *Soering* la Corte europea opera un richiamo agli strumenti pattizi recanti il divieto in questione e, in particolare, all'articolo 3 della Convenzione del 1984 contro la tortura<sup>68</sup>. Benché non vi sia un espresso riferimento alle regole ermeneutiche codificate agli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna che è, invece, rinvenibile in ragionamenti svolti in altro contesto dalla Corte europea, si ritiene comunemente che il sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo «est mis *en harmonie*, par la voie prétorienne, avec la Convention des Nations Unies contre la torture»<sup>69</sup>.

Così ricostruita, la responsabilità dello Stato che adotta delle misure di allontanamento si configura come *preventiva*, non essendo legata all'effettivo prodursi dell'atto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti, e sussiste in ragione della mera esposizione dello straniero al rischio di patire siffatti trattamenti nello Stato di destinazione<sup>70</sup>. La *ratio* del disposto normativo risiede, dunque, nell'esigenza di assicurare il maggior grado possibile di *effettività* del diritto a non subire gli atti vietati dall'articolo 3<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> A. TERRASI, *op. cit.*, pp. 600-602.

<sup>67</sup> Per un esame puntuale dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna e, in particolare, sul modo in cui la Corte europea ha impiegato tale disposizione, v., *ex multis*, O. DÖRR, Article 31, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin – Heidelberg, 2012, p. 521 ss., p. 562.

<sup>68</sup> Cfr. *Case of Soering v. The United Kingdom*, cit., par. 88.

<sup>69</sup> Così F. SUDRE, *op. cit.*, p. 666. (corsivo nostro).

<sup>70</sup> Sul punto, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Affaire Saadi c. Italie*, ric. n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008, par. 126, ove si legge: «Dans ce type d'affaires, la Cour est donc appelée à apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3. Il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant, du chef d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à un risque de mauvais traitements prohibés». In dottrina, v. P. PUSTORINO, *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 63 ss., p. 71.

<sup>71</sup> A. TERRASI, *op. cit.*, p. 602.

Sembra necessario, a questo punto, svolgere alcune brevi considerazioni circa la *natura* del divieto di cui all'articolo 3 CEDU. Già da una interpretazione letterale, che tenga conto, in altri termini, del suo contenuto precettivo "originario", la norma in esame si caratterizza per il suo carattere *inderogabile e assoluto*. Sotto il primo profilo, è noto che l'articolo 15 della Convenzione, relativo alle misure di deroga adottabili dagli Stati parte in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la sicurezza della nazione, individua uno stretto nucleo di disposizioni, definito da parte della dottrina come «una specie di *santuario inviolabile di diritti e libertà insuscettibili di deroga*»<sup>72</sup>, tra i quali figura proprio l'articolo 3. Il carattere assoluto del divieto in parola indica che i valori in esso tutelati non possono essere oggetto di *bilanciamento* con altri valori od obiettivi generali, normalmente considerati meritevoli di tutela negli ordinamenti degli Stati parti della Convenzione<sup>73</sup>. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle esigenze legate alla lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata: la Corte europea ha affermato, in termini inequivoci, che «[m]ême dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe *en termes absolus* la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants»<sup>74</sup>. La Corte si è espressa in modo del tutto analogo con riguardo alle esigenze legate alla prevenzione e repressione dei reati<sup>75</sup> e alle condotte poste in essere in ragione di particolari difficoltà finanziarie dello Stato convenuto<sup>76</sup>. Non è possibile, nell'economia del presente lavoro, approfondire ulteriormente la questione dell'"assolutezza" del divieto di tortura, testé delineata, sia pure nei suoi aspetti essenziali. Si noti, tuttavia, che parte della dottrina<sup>77</sup> ha rilevato le *incongruenze* del-

<sup>72</sup> Così M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, p. 175.

<sup>73</sup> P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>74</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Affaire Labita c. Italie*, ric. n. 26722/95, sentenza del 6 aprile 2000, par. 119, corsivo nostro. V. anche l'*Affaire Tomasi c. France*, ric. n. 12850/87, sentenza del 27 agosto 1992, par. 115, ove la Corte chiarisce che «Les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne».

<sup>75</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Case of Tyrer v. The United Kingdom*, ric. n. 5856/72, sentenza del 25 aprile 1978, par. 31, ove la Corte afferma, con riguardo all'argomento per il quale le punizioni corporali costituirebbero un efficace deterrente all'attività criminale, che «a punishment does not lose its degrading character just because it is believed to be, or actually is, an effective deterrent or aid to crime control. Above all, as the Court must emphasise, it is never permissible to have recourse to punishments which are contrary to Article 3 (art. 3), whatever their deterrent effect may be».

<sup>76</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Case of Grovi v. Albania*, ric. n. 25336/04, sentenza del 7 luglio 2009, par. 131.

<sup>77</sup> A. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «it's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 2007, p. 383 ss., in part. p. 391 ss.

la giurisprudenza di Strasburgo e, soprattutto, l'attitudine a «mascherare» come mera attività di qualificazione delle fattispecie volta a volta in considerazione una malcelata operazione di bilanciamento<sup>78</sup>. Ciò è dovuto essenzialmente al carattere *relativo* delle nozioni costitutive dell'articolo 3, quella di tortura o trattamenti inumani e degradanti, che impone al giudice di Strasburgo di operare una valutazione di tutte le *circostanze* del caso al fine di ricondurre la fattispecie concreta nell'ambito della fattispecie astratta, sicché «il perimetro dell'inviolabilità difficilmente può essere misurato *a priori*»<sup>79</sup>.

In ogni caso, preme mettere in evidenza, ai fini della nostra indagine, che il carattere (in linea di principio) assoluto dei diritti di cui all'articolo 3 sembra assumere contorni ben più netti laddove la disposizione in questione viene declinata nei termini del divieto di *allontanamento* dello straniero. Dopo la sentenza resa nel caso *Soering*, nella quale taluni hanno rintracciato «il vero «manifesto» del «proporzionalismo» applicato all'articolo 3»<sup>80</sup>, la Corte è tornata ad escludere la legittimità di qualunque forma di limitazione al divieto di tortura. Nel caso *Chahal c. Regno Unito*, relativo all'espulsione di un separatista Sikh verso l'India, essa ha rifiutato con fermezza di operare un bilanciamento tra il rischio per il ricorrente di subire torture o trattamenti inumani e le esigenze di sicurezza nazionale dello Stato convenuto. Dopo avere ricordato che il divieto posto dall'articolo 3 «is equally absolute in expulsion cases», il giudice di Strasburgo afferma che «the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration», con la precisazione che, come abbiamo visto più sopra, la tutela offerta dalla CEDU con riguardo all'allontanamento degli stranieri risulta *più ampia* di quella ricavabile dalla Convenzione di Ginevra del 1951<sup>81</sup>. Di tenore analogo sono le argomentazioni svolte dalla Corte nei casi *Chamaïev c. Georgia e Russia*, relativo

<sup>78</sup> *Ivi*, p. 396.

<sup>79</sup> *Ivi*, pp. 392-393.

<sup>80</sup> Così ancora A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 394. In questo caso, infatti, la Corte ha dapprima stabilito che «[w]hat amounts to "inhuman or degrading treatment or punishment" depends on all the circumstances of the case» poi ha aggiunto che «inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. As movement about the world becomes easier and crime takes on a larger international dimension, it is increasingly in the interest of all nations that suspected offenders who flee abroad should be brought to justice. Conversely, the establishment of safe havens for fugitives would not only result in danger for the State obliged to harbour the protected person but also tend to undermine the foundations of extradition. These considerations must also be included among the factors to be taken into account in the interpretation and application of the notions of inhuman and degrading treatment or punishment in extradition cases.» (*Case of Soering v. The United Kingdom*, cit., par. 89, corsivo nostro).

<sup>81</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Case of Chahal v. The United Kingdom*, ric. n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996, par. 80, corsivo aggiunto.

all'estradizione verso la Russia di un presunto terrorista ceceno<sup>82</sup>, *Saadi c. Italia*<sup>83</sup> e *Daoudi c. Francia*<sup>84</sup>.

Le conseguenze del descritto orientamento giurisprudenziale in merito all'allontanamento degli stranieri sono, com'è evidente, decisamente impegnative per gli Stati di "frontiera" del sistema CEDU, quali Spagna, Malta, Grecia e, ovviamente, l'Italia. Ecco perché la Corte, nel formulare il principio, ha cura di *circoscrivere con precisione* l'ambito di applicazione attraverso un'interpretazione restrittiva e un approccio rigidamente *casistico*. La valutazione, in sede di giudizio, del *rischio* cui è esposto il migrante oggetto di allontanamento va operata, come ribadito dalla Corte nel caso *Chahal*, impiegando dei *criteri* assai rigorosi<sup>85</sup>. In primo luogo, l'articolo 3 trova applicazione solo laddove sussistano *fondati motivi* per ritenere che l'individuo corra un *rischio reale e concreto* di essere sottoposto a trattamenti proibiti nello Stato di destinazione. Parte della dottrina<sup>86</sup> ha individuato, nella giurisprudenza della Corte, talune *categorie* di rischi suscettibili di venire in rilievo nell'applicazione dell'articolo 3: vi sono innanzitutto i rischi derivanti dalla *natura* del regime politico dello Stato di destinazione, nelle ipotesi in cui, ad esempio, detto regime pratichi violazioni massicce dei diritti fondamentali; o ancora quelli che derivano da situazioni di disordine e grave insicurezza generale dovuti alle attività di gruppi armati di vario genere; o, ancora, quelli che riguardano la situazione personale del ricorrente, ecc. La Corte esige, in altri termini, «da preuve “*au-delà de tout doute raisonnable*”»<sup>87</sup>. Proprio con riguardo all'onere probatorio, si deve evidenziare come l'originaria impostazione della Corte, per la quale spettasse anzitutto al ricorrente provare la sussistenza del rischio, sia stata progressivamente mitigata dallo stesso giudice di Strasburgo: come è stato rilevato<sup>88</sup>, è per l'appunto nei casi relativi all'allontanamento di stranieri che la Corte ha utilizzato materiale probatorio ottenuto *motu proprio*, ricorrendo, assai frequentemente, alle informazioni fornite dalle organizzazioni non governative<sup>89</sup>. V'è da dire,

<sup>82</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Affaire Chamaïev et autres c. Georgie et Russie*, ric. n. 36378/02, par. 335.

<sup>83</sup> Cfr. *Affaire Saadi c. Italie*, cit., par. 127 e par. 138, nel quale la Corte respinge in termini categorici l'argomento, avanzato dal Regno Unito in qualità di Stato interveniente, per il quale l'articolo 3 è suscettibile di bilanciamento con esigenze di sicurezza nazionale. Secondo la Corte «cette règle ne souffre aucune exception [...]», sicché «il n'est pas possible de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion afin de déterminer si la responsabilité d'un Etat est engagée sur le terrain de l'article 3, ces mauvais traitements fussent-ils le fait d'un Etat tiers».

<sup>84</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Affaire Daoudi c. France*, ric. n. 19576/08, sentenza del 3 dicembre 2009, par. 64.

<sup>85</sup> *Case of Chahal v. The United Kingdom*, cit., par. 96.

<sup>86</sup> F. SUDRE, *op. cit.*, pp. 669-677.

<sup>87</sup> *Affaire Chamaïev et autres*, cit., par. 338, corsivo nostro.

<sup>88</sup> P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 76.

<sup>89</sup> Cfr. *Affaire Saadi c. Italie*, cit., par. 131; *Affaire Daoudi c. France*, cit., par. 68.

peraltro, che in ragione della valutazione del rischio in parola, parte della dottrina ha sostenuto la natura *positiva* dell'obbligo di *non-refoulement* desumibile dall'articolo 3 CEDU. Secondo questa opinione, è possibile rintracciare nella giurisprudenza della Corte la configurazione dell'obbligo, incombente sullo Stato interessato, di svolgere un «*proper assessment*» del rischio segnalato dal ricorrente. Si delinea, così, uno specifico obbligo di *facere*, di svolgere, in altre parole, indagini adeguate al fine di escludere la sussistenza di un pericolo serio e concreto per il ricorrente<sup>90</sup>.

Vale la pena di notare, peraltro, che la valutazione del pericolo cui sarebbe esposto il migrante in ragione della situazione generale dello Stato di destinazione viene in rilievo anche laddove si applichino *altri* strumenti normativi in materia di *non-refoulement*: nel noto caso del mercantile norvegese *Tampa*<sup>91</sup>, ad esempio, pare non fosse configurabile una violazione, da parte delle autorità australiane, dell'articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951. Nel caso di specie, infatti, i migranti che si trovavano a bordo della *Tampa* non venivano ricondotti nello Stato dal quale erano partiti, l'Indonesia, ma verso due Stati (Nauru e Nuova Zelanda) che non presentavano rischi del tipo considerato<sup>92</sup>.

Nel caso *Hirsi c. Italia*, la Corte di Strasburgo, dopo avere ribadito il carattere assoluto dei diritti garantiti dall'articolo 3<sup>93</sup>, ha effettuato proprio un esame del

<sup>90</sup> A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto "assoluto" di refoulement alla luce di alcune recenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 41 ss., in part. pp. 47-50. Secondo altri, invece, l'obbligo in questione ha portata essenzialmente negativa (v. ad es. A. GIANELLI, *La sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 449 ss., p. 452).

<sup>91</sup> Il 26 agosto 2001 il mercantile norvegese *Tampa*, diretto a Singapore, intercettava e soccorreva un peschereccio battente bandiera indonesiana alla deriva e con a bordo 433 persone di nazionalità afghana, pakistana, irachena e indonesiana. L'intercettazione avveniva, su segnalazione della Guardia Costiera australiana, a 75 miglia nautiche dall'isola di Christmas: vedendosi costretto da ragioni di necessità e di estremo pericolo per la vita dei migranti, il capitano della nave decideva di entrare nelle acque territoriali australiane, venendo tuttavia bloccato dalla Guardia costiera a 13, 5 m.n. dalla costa. Violando il divieto, il comandante della nave entrava nel mare territoriale, fermando la nave a 4 m.n. La vicenda si conclude con il rifiuto da parte dell'Australia di accogliere, per parte sua, i profughi sul proprio territorio, ma solo dopo avere concluso un accordo con Nauru e Nuova Zelanda, in virtù del quale tali Stati si impegnavano a consentire ai migranti l'ingresso nel proprio territorio (sulla vicenda v., tra gli altri, R. BARNES, *Refugee Law at Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 47 ss.).

<sup>92</sup> In questo senso v. M. N. FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La Comunità internazionale*, 2002, p. 61 ss., pp. 70-71. Contra, S. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea*, cit., p. 225, per la quale la condotta australiana avrebbe dato luogo ad un *refoulement de facto*: ancorché Nuova Zelanda e Nauru siano due Stati rispettosi degli *standard* dei diritti umani, l'a. rileva che i passeggeri «intended to enter Australia» e che quest'ultimo Stato «as first country of arrival, had the duty of temporary refugee and first screening of the asylum request».

<sup>93</sup> *Affairs Hirsi c. Italia*, cit., par 122.

tipo considerato: sulla base degli elementi probatori desunti da rapporti d'inchiesta di sicura attendibilità e assai circostanziati<sup>94</sup>, risultò che la Libia rappresentava all'epoca dei fatti oggetto di doglianza il "prototipo" dello Stato in cui il migrante corre un rischio serio e concreto di subire trattamenti inumani e degradanti. Si noti, peraltro, che la difesa italiana, per la quale nello Stato di destinazione i ricorrenti non avrebbero corso alcun rischio, in considerazione della partecipazione dello stesso a taluni trattati in materia di diritti umani, veniva clamorosamente smentita... dalle stesse autorità italiane che, facendo leva *proprio* sulle massicce violazioni dei diritti umani in Libia, avevano giustificato l'intervento militare in tale Paese svoltosi, com'è noto, nel febbraio 2011<sup>95</sup>. Secondo la Corte, peraltro, questa situazione non è affatto migliorata dopo la caduta del governo di Gheddafi<sup>96</sup>. Considerazioni analoghe sembrano valere anche con riguardo agli Stati di destinazione *finale* dei migranti provenienti dall'Africa, quali Somalia ed Eritrea, rispetto ai quali il *refoulement* si configura, in tutta evidenza, *indiretto*<sup>97</sup>.

Come è stato autorevolmente rilevato<sup>98</sup>, la sentenza *Hirsi*, oltre a confermare la portata più ampia dell'obbligo di *non-refoulement* desumibile dall'articolo 3 CEDU rispetto a quella riconducibile all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, implica una *inversione* dell'onere di dimostrare la sussistenza del rischio di incorrere in trattamenti inumani: impiegando elementi probatori messi a disposizione da organizzazioni non governative, la Corte fa leva su una «presunzione di rischio» con la quale «il ricorrente viene sostanzialmente liberato dall'onere» di provare «un evento [...] non ancora realizzatosi nella sua oggettività, ma di natura prognostica e, come tale, più sfuggente e suscettibile di valutazioni soggettive». La sentenza sembra peraltro avvalorare la tesi di quanti sostengono la natura anche *positiva* degli obblighi di *non-refoulement*<sup>99</sup>, laddove, in particolare, la Corte afferma che «qu'il appartenait aux autorités nationales, face à une situation de non-respect systématique des droits de l'homme telle que celle décrite ci-dessus, de s'enquérir du traitement auquel les requérants seraient exposés après leur refoulement»<sup>100</sup>. L'esame condotto dalla Corte non poteva che condurre, dunque, ad un accertamento, invero assai agevole, della violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea ad opera dello Stato convenuto.

<sup>94</sup> V., in particolare, gli interventi, oltre che del Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa, anche i rapporti di Human Rights Watch e di Amnesty International (*Affaire Hirsi c. Italie*, cit., par. 35-41).

<sup>95</sup> U. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea nell'affare Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2012-1, p. 5 ss., p. 8.

<sup>96</sup> Cfr. *Affaire Hirsi c. Italie*, par. 124-126.

<sup>97</sup> *Ivi*, par. 146-158.

<sup>98</sup> U. VILLANI, *op. cit.*, p. 7.

<sup>99</sup> V., *supra*, nota 90.

<sup>100</sup> *Affaire Hirsi c. Italie*, par. 133, corsivo nostro.

3.1. Segue. *Cenni sugli altri parametri normativi. Il divieto di espulsioni collettive ai sensi dell'articolo 4 del IV Protocollo addizionale. L'articolo 13 della Convenzione quale disposizione strumentale alla tutela dei migranti.*

Un'altra disposizione sostanziale suscettibile di applicazione alla prassi dei respingimenti in mare è senz'altro quella contenuta nell'articolo 4 del IV Protocollo alla CEDU, in virtù del quale «le espulsioni collettive di stranieri sono vietate». La norma, che è formulata in termini decisamente stringati, va intesa in senso *estensivo*, facendovi ricomprendere qualsiasi misura di allontanamento dal territorio, ivi compresi i respingimenti alla frontiera e le intercettazioni oltre frontiera<sup>101</sup>. La condizione necessaria affinché possa configurarsi un'espulsione collettiva ai sensi della norma in esame è che l'allontanamento abbia ad oggetto una pluralità di persone *in quanto gruppo*. Come rilevato dalla Corte europea nel caso *Conka c. Belgio*, ciò che consente di ricondurre una misura di espulsione alla fattispecie vietata dall'articolo 4 è l'assenza di un ragionevole ed oggettivo esame della situazione personale di ciascun individuo del gruppo<sup>102</sup>.

La norma comporta il diritto, dunque una specifica posizione attiva, in capo al migrante di vedere trattato il proprio caso di espulsione mediante un esame individuale. È proprio una valutazione operata in esito ad un esame di questo tipo a mettere lo Stato procedente nelle condizioni di disporre la sospensione del procedimento stesso qualora dovesse risultare il rischio di danno grave e irreparabile per la persona in questione<sup>103</sup>.

È probabilmente il caso di rilevare che il divieto di espulsioni collettive risulta oggi sancito da una norma di diritto internazionale *generale*, come autorevolmente affermato dal *Rapporteur* della Commissione del diritto internazionale in materia, Maurice Kamto<sup>104</sup>. Il divieto è oggetto di una specifica previsione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che sembra, peraltro, formulato in termini più precisi ed esaustivi: da un lato, infatti, afferma, come l'articolo 4 del IV Protocollo alla CEDU, che le espulsioni collettive sono vietate, dall'altro stabilisce che nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso paesi in cui sussiste un serio rischio di essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani e degradanti.

Nel caso *Hirsi*, la Grande Camera rifiuta, in modo del tutto condivisibile, di considerare “espulsione” esclusivamente l'allontanamento dal territorio dello Stato, ritenendo, al contrario, che l'ambito di applicazione della norma sia deter-

<sup>101</sup> C. FAVILLI, *Articolo 4, Protocollo n. 4. Divieto di espulsioni collettive di stranieri*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), cit., p. 866 ss., p. 869.

<sup>102</sup> *Affaire Conka c. Belgique*, ric. n. 51564/99, sentenza del 5 febbraio 2002, par. 59.

<sup>103</sup> G. PALMISANO, *op. cit.*, p. 521.

<sup>104</sup> M. KAMTO, *Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers*, cit., p. 97 ss., par. 115..

minato dall'esercizio della giurisdizione nel caso concreto<sup>105</sup>. Anche in questo caso, è stato facile per la Corte accertare la responsabilità dell'Italia derivante dal fatto di non avere preso in esame le situazioni individuali.

Occorre, infine, svolgere un'ulteriore, sintetica, osservazione. Le due disposizioni materiali, l'articolo 3 CEDU e 4 del IV Protocollo, devono essere lette alla luce di un'altra norma, di carattere *strumentale*, contenuta nell'articolo 13 della Convenzione, che sancisce il diritto di ciascun individuo ad un ricorso effettivo dinanzi al giudice nazionale, ove far valere la violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione. La regola in questione costituisce l'anticamera della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni su cui si basa tutto il sistema della CEDU: l'individuo che si ritenga leso in uno dei diritti sanciti dalla Convenzione, deve rivolgersi, in prima battuta, al giudice interno. Ma queste vie di ricorso devono essere adeguate e accessibili.

Nel caso dei respingimenti, il migrante non ha a disposizione un ricorso effettivo dinanzi al tribunale nazionale se non altro perché, come dimostrato dal caso *Hirsi*, tra l'intercettazione e lo sbarco nel Paese di destinazione intercorre un intervallo di tempo che a volte è inferiore alle 12 ore, tale, dunque, da rendere impossibile ogni iniziativa giudiziale.

#### 4. Conclusioni

In esito alle valutazioni proposte, sembra possibile pervenire a due ordini di conclusioni. Il primo investe direttamente la posizione del giudice italiano, il quale deve sapere che i parametri normativi della Convenzione europea trovano applicazione *anche* in alto mare che, come detto, non è affatto uno spazio in cui si materializza un vuoto giuridico. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti chiarito che «la spécificité du contexte maritime ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non-droit au sein duquel les individus ne relèveraient d'aucun régime juridique susceptible de leur accorder la jouissance des droits et garanties prévus par la Convention et que les Etats se sont engagés à reconnaître aux personnes placées sous leur juridiction»<sup>106</sup>. Si osservi, inoltre, che questo giudice dovrà, nelle ipotesi in considerazione, applicare la CEDU secondo l'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo, nella consapevolezza, peraltro, che in caso di contrasto tra una fonte normativa interna di rango ordinario e il disposto della Convenzione, egli dovrà sollevare giudizio di legittimità costituzionale per violazione dell'articolo 117, primo comma Cost., secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nelle note sentenze n. 348 e 349 del 2007<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri indesiderati*, cit., p.2366 .

<sup>106</sup> *Affaire Hirsi c. Italie*, cit., par. 178, corsivo nostro.

<sup>107</sup> Sul punto v., tra gli altri, U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss., in part. pp. 11-17.

In secondo luogo, la giurisprudenza della Corte europea e, da ultimo, la sentenza resa nel caso *Hirsi* confermano che l'obbligo di *non-refoulement*, ovunque applicato, non solo ha carattere *inderogabile*, ma anche *assoluto*, non potendo essere sottoposto ad alcuna forma di bilanciamento con interessi statali, normalmente meritevoli di tutela, quali la gestione dei flussi migratori o più generiche esigenze di sicurezza nazionale<sup>108</sup>.

## EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND NON-REFOULEMENT AT SEA

by Giuseppe Puma

### Abstract

This work analyzes the praxis of the push-back operations carried out by the Italian government in order to face the arrival to its coasts of thousands of migrants. The aim of this contribution is to assess the consistency of these operations with the rules laid down in the European Convention on Human Rights. The preliminary question to be solved is to determine whether the Convention is applicable to the push back operations carried out in the high seas, given that, under article 1 of the ECHR, States are obliged to respect the rights set forth in the Convention to all individuals within their jurisdiction.

The analysis then focuses on two substantial rules of the ECHR: the first one is that of article 3, which prohibits torture or inhuman or degrading treatment. The European Court have emphasized the fundamental nature of Article 3 in holding that the prohibition is made in absolute terms irrespective of a victim's conduct. The Court has also held that States cannot deport or extradite individuals who might be subjected to torture, inhuman or degrading treatment or punishment, in the recipient State. On the basis of this provision, we can argue that the ECHR system provides a non-refoulement principle whose scope of application is broader than that contained in the 1951 Geneva Convention on the status of refugees.

The other substantial rule that could be applied to the individuals pushed back at the high seas is that contained in article 4 of the Fourth Protocol additional to the ECHR, which states that collective expulsion of aliens is prohibited.

---

<sup>108</sup> A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri indesiderati*, cit., p. 2364.



La tutela giurisdizionale degli stranieri tra sistema dualistico,  
giurisdizione “piena” del giudice ordinario  
e tendenze migratorie dalla giurisdizione amministrativa

di Rosario Papania

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La tutela concorrente: il criterio di riparto e il problema della espulsione amministrativa. 3. La giurisdizione “piena” del giudice ordinario. 4. Giudice amministrativo e diritto fondamentali dei migranti. 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il tema della tutela giurisdizionale dei migranti, per come essa è stata delineata dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, è assai complesso poiché coinvolge una serie di rilevanti questioni che, per ragioni sistematiche, non possono essere trattate in questa sede con l’approfondimento che queste meritano.

Obiettivo della presente indagine sarà, allora, quello di trattare quei profili di maggiore criticità che il criterio di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo determina in questa materia.

Anche il diritto dell’immigrazione sconta, infatti, la presenza di distinti plessi giudiziari, ciascuno dei quali è dotato di una propria autonomia, strutturale e decisionale, e di una propria esclusività, sebbene quest’ultimo carattere è riferibile al solo giudizio ordinario. In altri termini, per certi tipi di provvedimenti e per certe azioni, il processo ordinario è l’unico tipo di giudizio che il cittadino extracomunitario può attivare a difesa delle proprie posizioni soggettive; e parallelamente al riconoscimento del carattere esclusivo del giudizio ordinario è seguito l’ampliamento dei poteri rimessi all’autorità giudiziaria che dispone, tra le altre cose, della potestà di annullare gli atti adottati dalla pubblica amministrazione, in deroga alle regole consacrate dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, ma in perfetta aderenza al testo costituzionale che, come è noto, stabilisce all’art. 113, co. 3, Cost. che

la «legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione»<sup>1</sup>.

La presenza del giudice amministrativo in materia di immigrazione trova la sua ragion d'essere sul carattere autoritativo che l'azione amministrativa assume nei vari procedimenti previsti dalla normativa del '98; la sussistenza della giurisdizione ordinaria, invece, si spiega sia per la presenza di diritti soggettivi in capo all'immigrato, sia (ma forse soprattutto vista la relazione governativa al disegno di legge che è poi sfociato nel citato decreto n. 286) per l'adeguatezza delle strutture organizzative dei Tribunali civili a garantire un processo rapido, che consente al migrante di vedere tutelate nel più breve tempo possibile la propria vicenda e di realizzare l'interesse dello Stato a vedere definita velocemente la relativa questione<sup>2</sup>.

Sin dalle battute iniziali, il T.U. sull'immigrazione si preoccupa di attribuire al cittadino extracomunitario lo stesso trattamento di cui gode il cittadino italiano nella tutela dei diritti e degli interessi legittimi (art. 2, co. 5).

Tale attribuzione implica, ad esempio, che il termine per impugnare il provvedimento non decorra prima che il destinatario ne abbia piena comprensione e, dunque, è onere dell'amministrazione tradurre la decisione in una lingua che questo possa comprendere<sup>3</sup>; un'altra conseguenza che il principio di parità di trattamento comporta è di consentire all'immigrato, al pari del cittadino italiano, di beneficiare del patrocinio a spese dello Stato<sup>4</sup>.

La suddetta parità di trattamento, solennemente enunciata sin dai primi articolati, è tuttavia destinata a rimanere lettera morta nei casi di allontanamento forzato dal territorio dello Stato dello straniero che si trova sprovvisto di un valido titolo abilitativo (un visto, un permesso di soggiorno, un nulla osta, ecc.), nonostante egli abbia attivato il relativo procedimento giudiziario volto a far dichiarare illegittimo il diniego dell'amministrazione.

La dottrina ha ritenuto che tale potere di escludere gli stranieri dal territorio nazionale sia conforme al diritto internazionale consuetudinario, al quale l'art. 10, co. 2, Cost. rinvia, atteso che in questa materia opera in pieno il principio della

<sup>1</sup> Sulla doppia giurisdizione si v. M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, XIX, 1970, 231; L. VERRIENTI, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1991, VII, 462; per un commento dell'art. 113 Cost., cfr. G. BERTI, *Commento all'art. 113 Cost. - Norme sulla giurisdizione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1987, 94; V. BACHELET, *l'art. 113 Cost. e le restrizioni giurisprudenziali alla tutela giudiziaria nei confronti della p.a.*, in *Giur. Cost.*, 1971, 1744; M. NIGRO, *l'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1949, 1, 72.

<sup>2</sup> Cfr. la relazione governativa pubblicata in *Gli stranieri*, 1998, 94.

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2211, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2009, 4, 1032; Corte cass., 7 luglio 2000, n. 9078, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 1513; Corte cost., 29 gennaio 1996, n. 15, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1996, 504.

<sup>4</sup> Corte cost., ord. 14 maggio 2004, n.144, in *Giur. Cost.*, 2004, 3.

sovranità territoriale; a tal fine, è stato osservato che nel concetto di sovranità «è implicita la piena libertà dello Stato di stabilire la propria politica nel campo dell'immigrazione, permanente o temporanea che sia, e di ordinare a stranieri o a gruppi di stranieri, di abbandonare il proprio territorio»<sup>5</sup>.

Si potrebbe sostenere che per evitare gli effetti della espulsione, il cittadino extracomunitario possa chiedere al giudice di sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato; tuttavia, tale possibilità non è espressamente prevista dal T.U. del '98 che, anzi, prevede che l'espulsione debba essere disposta «in ogni caso (...) anche se sottoposta a gravame o impugnativa da parte dell'interessato» (art. 13, co. 3); l'unica eccezione è prevista nel caso in cui l'espulsione debba essere convalidata dal giudice ordinario (art. 13, co. 5 *bis*).

La ragione di questa omissione è stata spiegata dalla Corte costituzionale sulla scorta dell'estrema rapidità che caratterizza il giudizio ordinario, stante la vicinanza tra atto introduttivo e decisione finale, che rende superflua l'esigenza cautelare; secondo la Corte, la sospensione dell'espulsione è possibile soltanto in casi eccezionali e solo per ipotesi straordinarie di legittimo impedimento del giudice, di astensione o di ricasazione dello stesso, e di interruzione necessitata del giudizio<sup>6</sup>.

La posizione espressa dalla Consulta è stata criticata dalla dottrina più accorta che ha osservato, da un lato, come la mera sospensiva non esaurisca il novero delle misure cautelari previste per i giudizi impugnatori, dove non è infrequente che si renda necessaria l'adozione di provvedimenti cautelari di tipo conservativo o anticipatorio; dall'altro lato, è stato evidenziato che l'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso non contiene un riferimento diretto all'impossibilità, da parte del giudice investito della controversia, di determinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto contestato; sicché, secondo questo ragionamento, nulla impedirebbe al giudice di concedere la cautela richiesta dal ricorrente<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 5; cfr. Corte eur. Dir. Uomo, 28 maggio 1985 § 67, *Abdulaziz e altri c. Regno Unito*, id., 21 ottobre 1997, § 42, *Bonjulfia c. Francia*.

<sup>6</sup> Conclude la Corte affermando che «il procedimento di opposizione al decreto prefettizio di espulsione dello straniero, il quale versi in condizioni di irregolarità, è strutturato in modo tale che la mera proposizione del reclamo non impedisce il decorso del termine di quindici giorni stabilito dall'art. 13, comma 6, del menzionato decreto legislativo n. 286, scaduto il quale l'espulsione è eseguita, ai sensi dell'art. 13, comma 4, lettera a), coattivamente dal questore. Si che, contrariamente a quanto disposto in tema di impugnazione delle misure cautelari de libertate nel procedimento penale, il ritardo o l'impedimento da parte del giudice nella definizione del procedimento non comporta la caducazione del provvedimento impugnato, bensì la sua esecutività. In questi casi particolari ed eccezionali, venendo meno la contiguità temporale fra l'introduzione del giudizio e la sua definizione, la tutela cautelare non sarebbe superflua, per cui non è inibito al giudice dell'opposizione di individuare lo strumento più idoneo, nell'ambito dell'ordinamento, per sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato», Corte cost., 31 maggio 2000, n. 161, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2529.

<sup>7</sup> Per questi rilievi, si r. a M. SICA, *L'effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti di urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991, 226.

A favore della concessione della sospensiva si è, di recente, espressa la Direttiva 2008/115/CE che ha previsto per i giudici nazionali la possibilità «di rivedere le decisioni connesse al rimpatrio (...), compresa la possibilità di sospenderne temporaneamente l'esecuzione, a meno che la sospensione temporanea sia già applicabile ai sensi del diritto interno» (art. 13, co. 2); tale previsione legittima, dunque, le autorità nazionali a sospendere l'efficacia esecutiva del decreto di espulsione.

Ciò posto, occorre considerare che il riferimento che il citato art. 2 del d.lgs. n. 286 del 1998 fa ai diritti soggettivi ed agli interessi legittima trasforma la problematica della tutela avverso le espulsioni amministrative in una questione di riparto di giurisdizione nel senso che se, da un lato, il legislatore sembra stabilire che in queste ipotesi l'immigrato possa rivolgersi, indistintamente e contemporaneamente, al giudice amministrativo, per le questioni concernenti il rilascio del permesso di soggiorno, atto presupposto al provvedimento di espulsione, ed al giudice ordinario, per le cause concernenti il decreto di espulsione; dall'altro lato, si riscontra da parte della giurisprudenza la tendenza ad attribuire questo tipo di contenziosi alla giurisdizione ordinaria, stante la possibilità che nella questione rilevi un diritto fondamentale, vale a dire il diritto alla libertà personale del migrante.

Si badi, però, ed è questo un punto sul quale occorrerà ritornare nel corso del presente contributo, che la fattispecie viene devoluta alla magistratura ordinaria non in forza della lesione attuale di un diritto soggettivo, bensì per il fatto che il diniego possa in futuro incidere sulla libertà dello straniero, quando cioè il decreto sarà portato ad esecuzione, ovvero l'immigrato sarà trattenuto presso i centri di permanenza temporanea<sup>8</sup>.

In realtà, le norme del T.U. del '98 sono abbastanza chiare nell'ammettere una tutela binaria, ma è altrettanto evidente che, aderendo a questa impostazione, è concreto il rischio di pronunce contrastanti, in quanto entrambe le autorità giudiziarie sono chiamate ad esprimersi sulla legittimità del medesimo atto amministrativo.

Un altro profilo che occorrerà approfondire riguarda il ruolo che il giudice amministrativo svolge in materia di immigrazione.

Allo stato, l'area della giurisdizione amministrativa è limitata a poche fattispecie, fatta eccezione per le questioni in cui rilevano interessi pubblici di carattere preminente, come la sicurezza dello Stato, l'ordine pubblico, il terrorismo, la finanza; per le questioni c.d. "ordinarie" si assiste a un progressivo depauperamento

<sup>8</sup>Sull'evoluzione del criterio di riparto, si r. a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994; A. PAJINO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 419; L. MAZZAROLLI, *Quadro generale della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), Bologna, 2005, II, 351; A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della costituzione*, Napoli, 1995; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 1999.

mento dell’ambito cognitivo del giudice amministrativo e, di converso, si registra un allargamento dell’area rimessa alla giurisdizione ordinaria. Ciò è avvenuto, per esempio, in materia di ricorsi avverso i provvedimenti di diniego del riconoscimento dello *status* di rifugiato, che in vigenza dell’art. 5 della legge Martelli venivano attribuiti al giudice amministrativo e, successivamente, con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 286/98 e l’abrogazione espressa della disposizione appena citata, si è ritenuto che queste controversie debbano essere conosciute dal giudice ordinario, atteso che la situazione giuridica sottesa alla richiesta dell’immigrato gode delle garanzie previste dall’art. 2 Cost. e dall’art. 3 CEDU<sup>9</sup>.

La tecnica che si utilizza per legittimare questa operazione è quella di legare la giurisdizione non alla situazione giuridica in gioco, bensì ai motivi in base ai quali lo straniero chiede all’amministrazione il rilascio di un provvedimento. Ad esempio, se il permesso di soggiorno è richiesto per motivi di lavoro, la relativa controversia spetta al giudice amministrativo; se, invece, il permesso viene richiesto per motivi familiari o di protezione umanitaria, la questione viene devoluta alla giurisdizione ordinaria sulla base dell’assunto che soltanto il giudice ordinario possa garantire, in maniera piena ed effettiva, i diritti fondamentali dell’individuo<sup>10</sup>.

Si tratta di una preclusione di principio nei riguardi del giudice amministrativo che non trova riscontro nel testo costituzionale laddove l’art. 103 Cost. afferma che anche il giudice amministrativo ha «*giurisdizione per la tutela dei diritti*», senza che la norma distingua tra diritti fondamentali e diritti non fondamentali; ed è una posizione che viene messa in crisi dalla giurisprudenza amministrativa che, in alcune recenti pronunzie, non solo si è occupata di tutela dei diritti fondamentali, ma lo ha fatto assicurando a tali posizioni una protezione piena attraverso la rimodulazione del potere amministrativo verso un assetto che meglio garantiva l’attuazione dei diritti costituzionalmente garantiti del ricorrente<sup>11</sup>.

Questo atteggiamento di chiusura nei confronti del giudice amministrativo è difficilmente spiegabile in un momento storico come quello attuale, in cui al

<sup>9</sup> Corte cass., Sez. Un., 9 settembre 2009, n. 19393, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2009, 4, 1201; su questa evoluzione, *amplius*, M. ACIERNO, *Misure di protezione internazionale, permessi umanitari ed unicità della giurisdizione del giudice ordinario nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2010, XII, 1, 99.

<sup>10</sup> In tema di tutela dei diritti fondamentali e sociali, tra tanti, cfr. C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2000; A. BALDASSARE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, Roma, I, 1982; G. CORSO, *I diritti sociali nella costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, 757; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 1-2, 141; nonché lo studio effettuato dall’Accademia palermitana e pubblicato nell’opera collettanea dal titolo *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, in G. VERDE e A.A. GENNA (a cura di), Torino, 2012.

<sup>11</sup> Su questa tematica, S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, 741.

giudice amministrativo è stata riconosciuta piena dignità al pari del giudice ordinario ed il processo amministrativo è stato finalmente dotato di un codice di riferimento, espressione dei principi di effettività della tutela (art. 1 c.p.a.) e del giusto processo (art. 2 c.p.a.)<sup>12</sup>.

Diversamente, in materia di immigrazione si assiste a una sorta di esodo di competenze, dal giudice amministrativo al giudice ordinario, secondo una logica che sembra rispondere più a esigenze di politica-legislativa, piuttosto che basarsi su solide argomentazioni di stretto diritto. In questa prospettiva, appare opportuno verificare lo spazio di cui oggi dispone il giudice amministrativo, e ciò al fine di capire se sia possibile invertire, o quantomeno arrestare, il descritto fenomeno “migratorio” anche per intercettarne le possibili evoluzioni future.

## 2. *La tutela concorrente: il criterio di riparto e il problema della espulsione amministrativa*

Generalmente, quando si parla di tutela giurisdizionale nell’ambito del diritto pubblico la prima questione che gli addetti ai lavori devono affrontare è quella relativa al riparto di giurisdizione, quindi il problema è sostanzialmente capire qual è il giudice naturale precostituito per legge *ex* art. 25 Cost. a dirimere una controversia in cui una delle parti è una amministrazione pubblica.

Il diritto dell’immigrazione non si sottrae a questa impostazione tant’è vero che, nella suddetta materia, trova piena applicazione la tradizionale regola di suddivisione dei contenziosi che si fonda sulla consistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio; per cui, se lo straniero è portatore di una posizione di diritto soggettivo, la fattispecie deve essere conosciuta dal giudice ordinario; se lo straniero è titolare di un interesse legittimo, allora la lite spetta alla giurisdizione amministrativa<sup>13</sup>.

Va evidenziato che il d.lgs. n. 286/1998 risente delle numerose correzioni che sono state apportate alla normativa nel corso del tempo, sicché non deve

<sup>12</sup> In tema di effettività della tutela nel c.p.a., si r. ai contributi di R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. – CdS*, 2011, 5, 1707; A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all’appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 119; E.M. BARBIERI, *L’effettività della giustizia amministrativa fra giudizio di ottemperanza e risarcimento del danno*, in *Giust. Civ.*, 2001, 255. Sul giusto processo, G. CORSO, *Il nuovo artt. 111 Cost. e il processo amministrativo: profili generali*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Il giusto processo*, Roma, 28-29 marzo 2002, Roma, 2003, 51; F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 166; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 1, 100.

<sup>13</sup> Sull’evoluzione della giustizia amministrativa, tra tanti, L. MAZZAROLLI, *Quadro generale della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., 351; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 635; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 1999; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 1997, II.

stranire che accanto al criterio di riparto sancito dal più volte ricordato articolo 2, vi sia anche un altro criterio di attribuzione dei contenziosi, quello *ratione materiae*, criterio che fino alla pronuncia della Corte costituzionale n. 204 del 2004, sembrava prevalere sul criterio della *causa petendi*<sup>14</sup>.

Nel diritto dell’immigrazione, il criterio della materia subisce però un’attenuazione in quanto, ad un’attenta lettura, è possibile notare che l’individuazione della giurisdizione dipende non da una materia in senso tecnico, ma dal tipo di provvedimento di volta in volta emanato.

In questa prospettiva, accanto a una serie di provvedimenti espressamente devoluti al giudice amministrativo (provvedimenti di espulsione disposti dal Ministro per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato<sup>15</sup>; provvedimenti di espulsione degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo<sup>16</sup>; provvedimenti in materia di misure per prevenire l’uso del sistema finanziario a scopo di finanziamento del terrorismo e per attuare il congelamento dei fondi e delle risorse economiche per il contrasto del finanziamento del terrorismo e dell’attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale<sup>17</sup>; provvedimenti di rilascio, diniego, rinnovo e revoca del permesso di soggiorno e di diniego di concessione del visto di ingresso<sup>18</sup>; di riconoscimento della qualifica di profugo<sup>19</sup>; provvedimenti relativi alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati ed alla cooperazione in ambito comunitario, ad eccezione di quelli fondati su norme inerenti il ricongiungimento familiare<sup>20</sup>), ve ne sono altri che vengono attribuiti, sempre in maniera espressa, al giudice ordinario (provvedimenti di espulsione disposti dal Prefetto, inclusi i provvedimenti della medesima autorità sulle istanze di revoca dei provvedimenti di espulsione<sup>21</sup>; atti di riconoscimento dello *status* di rifugiato<sup>22</sup>;

<sup>14</sup> Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 1895,2475; in dottrina, a commento di questa pronuncia, si segnalano, tra tanti, A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2594; M. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridefinisce l’ambito*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 214; A.M. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (prima lettura a margine di Corte cost. N. 204 del 2004)*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2004, I, 1230; F. SATTÀ, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte cost. n. 204 del 2004*, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 7-8, 1903; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridesegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti, ivi*, 1908.

<sup>15</sup> Art. 13, commi 1 e 11, d.lgs. n. 286/98.

<sup>16</sup> Art. 3 d.l. n. 144/2005, conv. in legge n. 155/2005.

<sup>17</sup> Art. 14, d.lgs. n. 109/2007.

<sup>18</sup> Art. 6, d.lgs. n. 286/98.

<sup>19</sup> Art. 4, l. n. 763/1981.

<sup>20</sup> Art. 9, d.lgs. n. 85/2003.

<sup>21</sup> Art. 13, co. 8, d.lgs. n. 286/98; art. 18 d.lgs. n. 150/2011.

<sup>22</sup> Art. 35, d.lgs. n. 25/2008; art. 19, d.lgs. n. 150/2011.

provvedimenti relativi all'unità familiare, compresi quelli riguardanti il diniego di permesso di soggiorno richiesto per motivi familiari<sup>23</sup>; provvedimenti relativi ai minori stranieri<sup>24</sup>; azioni contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi<sup>25</sup>; provvedimenti con i quali viene respinta la richiesta di regolarizzazione di rapporti di lavoro subordinati non risultanti da scritture o da altra documentazione obbligatoria<sup>26</sup>; provvedimenti con cui viene riconosciuto il diritto di soggiorno sul territorio nazionale ovvero si dispone l'allontanamento di cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea)<sup>27</sup>.

La qualificazione della situazione giuridica vantata dal soggetto è rilevante non solo ai fini del riparto di giurisdizione, ma anche per determinare il luogo dove il giudizio dovrà essere incardinato sulla base delle norme processuali in tema di competenza territoriale dei Tribunali.

In questo senso, in materia di decreti prefettizi di espulsione è competente il giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione; le controversie in tema di riconoscimento dello *status* di rifugiato sono di competenza del Tribunale del capoluogo del distretto della Corte di appello in cui ha sede la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale che ha pronunciato il provvedimento impugnato; in materia di ricongiungimento familiare, la competenza spetta al Tribunale del luogo in cui il ricorrente ha la residenza; la tutela delle azioni discriminatorie è affidata al Tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio; infine, per i contenziosi relativi ai provvedimenti adottati dal Questore concernenti il permesso di soggiorno è competente il Tribunale amministrativo regionale ove ha sede la Questura che ha emanato l'atto impugnato, a meno che il decreto di espulsione non sia stato adottato dal Ministero dell'Interno, in qual caso la competenza è del giudice amministrativo della Regione Lazio, sede di Roma<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Art. 30, co. 6, d.lgs. n. 286/98; art. 20, d.lgs. n. 150/2011.

<sup>24</sup> Art. 31, d.lgs. n. 286/98.

<sup>25</sup> Art. 44, d.lgs. n. 286/98; art. 28, d.lgs. n. 150/2011.

<sup>26</sup> Art. 1, l. n. 296/2006, commi 1192 ss.

<sup>27</sup> Nel previgente regime, la giurisdizione in materia di espulsione prefettizia, unitamente al contenzioso relativo al diniego e alla revoca del permesso di soggiorno, era anch'essa attribuita al giudice amministrativo; successivamente, l'art. 11, co. 8, della legge 6 marzo 1998, n. 40, oggi trasfuso nell'art. 13, d.lgs. n. 286 del 1998, ne ha prevista la devoluzione all'autorità giudiziaria ordinaria.

<sup>28</sup> Appare opportuno precisare che il termine «*espulsione*» che qui si sta utilizzando fa riferimento all'istituto previsto dall'art. 13 del T.U. del '98; non si sta, quindi, discutendo dell'espulsione giudiziaria, disciplinata dagli articoli 15 e 16 del d.lgs. n. 286/98, che costituisce una misura di sicurezza personale ovvero viene disposta a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla pena detentiva.

In particolare, l'espulsione disposta ai sensi dell'art. 15 viene adottata nei casi previsti dall'art. 235 c.p., che prevede l'espulsione quando lo straniero viene condannato alla reclusione per un

La delineata ripartizione, è bene ribadire, pone delle interferenze fra le due giurisdizioni come quando, nella maggior parte dei casi, l'espulsione è diretta conseguenza del diniego, della revoca o dell'annullamento del permesso di soggiorno da parte dell'amministrazione, per cui la valutazione del giudice ordinario sulla legittimità dell'espulsione non potrà prescindere da un apprezzamento circa la legittimità dell'atto presupposto soggetto alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>29</sup>.

tempo non inferiore a dieci anni, e dall'art. 312 c.p., che stabilisce l'espulsione per lo straniero condannato ad una pena restrittiva della libertà personale per un delitto contro la personalità dello Stato. L'espulsione giudiziaria può essere, altresì, ordinata nei confronti dello straniero che sia stato condannato per taluno dei delitti per i quali si deve o si può procedere all'arresto in flagranza, sempre che risulti socialmente pericoloso.

L'applicabilità dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva, frutto di valutazione discrezionale dell'autorità giurisdizionale nella pronuncia di sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicazione di una pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (patteggiamento), è subordinata alle seguenti condizioni: - lo straniero deve trovarsi in una delle situazioni per cui è disposta l'espulsione amministrativa da parte del Prefetto *ex* art. 13, comma 2, d.lgs. n. 286/1998; - il giudice ritiene di dover irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni; - non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena *ex* art. 163 c.p.; - non ricorrono le cause ostative *ex* art. 14, comma 1, d.lgs. n. 298/1986.

La pena, al verificarsi di tali condizioni, può essere sostituita con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni.

L'espulsione a titolo di sanzione alternativa è disposta dal magistrato di sorveglianza nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13, comma 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni.

Entrambe le tipologie di espulsione non possono essere disposte nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. *a*) del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dallo stesso testo unico (espulsione a titolo di sanzione alternativa) se puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni (espulsione a titolo di sanzione sostitutiva). L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa, inoltre, non si applica ai casi di cui all'art. 13 del T.U. del '98, che disciplina i divieti di espulsione e di respingimento.

All'espulsione giudiziaria di cui al citato art. 16, la Corte costituzionale ha riconosciuto natura amministrativa atteso che, come l'espulsione *ex* art. 13, anche questa misura è subordinata alla condizione che lo straniero si trovi in taluna delle situazioni ivi previste.

La natura amministrativa del provvedimento di espulsione comporta che l'istituto deve essere assistito dalle garanzie che accompagnano l'espulsione amministrativa, alcune delle quali sono già espressamente previste nei commi 5 e seguenti dell'art. 16, mentre altre sono comuni con l'art. 13 (come ad esempio il divieto, previsto rispettivamente nell'art. 13, comma 12, e nell'art. 16, comma 9, di procedere all'espulsione dello straniero che si trovi nelle condizioni elencate nell'art. 19; l'impugnabilità del provvedimento di espulsione, rispettivamente prevista nel comma 8 dell'art. 13 e, con effetto sospensivo, nei commi 6 e 7 dell'art. 16; la garanzia del decreto motivato, rispettivamente richiamata nel comma 3 dell'art. 13 e nel comma 6 dell'art. 16), cfr. Corte cost., ord. 28 luglio 1999, n. 369, in *www.giurcost.it*; id., 15 luglio 2004, n. 226, in *Giur. cost.*, 2004, 4.

<sup>29</sup> Così G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 289.

Il dibattito che si è sviluppato sulla suddetta questione è stato, e continua a essere, piuttosto travagliato nonostante la Corte costituzionale sia intervenuta più volte per cercare di superare il contrasto giurisprudenziale che ne è derivato.

Secondo una parte della giurisprudenza, infatti, la pendenza di un ricorso dinanzi al giudice amministrativo è pregiudiziale alla definizione del giudizio da parte del giudice ordinario, sicché il processo ordinario deve essere sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. e il giudice può concedere le misure cautelari eventualmente richieste dal ricorrente, sempreché ne sussistano i relativi presupposti<sup>30</sup>.

Un'altra parte della giurisprudenza ha, invece, negato l'esistenza di un rapporto di pregiudizialità, logica e giuridica, tra giudizio amministrativo e giudizio ordinario<sup>31</sup>; non v'è pregiudizialità logica perché il mancato rilascio del permesso di soggiorno potrebbe essere soltanto uno dei motivi per i quali il Prefetto ha ordinato l'espulsione; non sussiste nemmeno una pregiudizialità giuridica perché sulle decisioni adottate dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario non può formarsi il giudicato *ex art.* 2909 c.c. stante la diversità delle parti in giudizio (nel processo ordinario è, infatti, parte il Prefetto; invece, nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo parte resistente è il Ministero dell'Interno)<sup>32</sup>. A questa affermazione può replicarsi come non sia del tutto esatto affermare che nel processo amministrativo il Prefetto non svolga alcun ruolo; infatti, ancorché il soggetto formalmente intimato resta il Ministero, la struttura periferica è comunque indirettamente coinvolta in giudizio attraverso la formulazione del rapporto contro-deduttivo, che deve essere inviato alla struttura centrale unitamente alla copia degli atti e dei documenti del procedimento, che costituisce la base dell'atto difensivo che il Ministero depositerà in giudizio<sup>33</sup>. Si può, pertanto, convenire che il Prefetto non è un soggetto totalmente estraneo al giudizio amministrativo.

<sup>30</sup> Corte cass., sez. I, 25 febbraio 2002 n. 2746, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 307; id., Sez. Un., 18 ottobre 2005, n. 20125, *ivi*, 2005, 7/8; id., sez. I, 21 marzo 2005, n. 6085, *ivi*, 2005, 3; id., sez. I, 1 aprile 2004, n. 6370, in *ivi*, 2004, 4; id., sez. I, 11 febbraio 2005, n. 2868, *ivi*, 2005, 2; Trib. Torino, ord. 18 settembre 2003; Tar Liguria, 25 novembre 2000, n. 1260, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Giudice di pace di Bologna, decr. 12 dicembre 2006.

<sup>31</sup> Corte cass., sez. I, 20 giugno 2000, n. 8381, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 1350; id., 9 giugno 2000, n. 7867, *ivi*, 2000, 1256; id., 21 dicembre 2001, n. 16125, *ivi*, 2001, 2192.

<sup>32</sup> Corte cass., sez. I, 1 aprile 2004, n. 6370, in *Dir. e giust.*, 2004, 33, 100.

<sup>33</sup> Nel *Massimario ragionato della giurisprudenza ad uso dello sportello unico per l'immigrazione*, 2010, 108, il Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo, ritiene infatti che «*Gli adempimenti correlati alle impugnazioni davanti ai Tribunali Amministrativi Regionali sono curati dalle Avvocature Distrettuali dello Stato, per quanto riguarda la costituzione e la difesa in giudizio; ancorché il soggetto intimato resti, di regola, il Ministero, in quanto dotato di personalità giuridica, la struttura periferica resta coinvolta per la formulazione del rapporto contro deduttivo, da redigere in analogia a quanto indicato per i ricorsi straordinari e da inviare tempestivamente all'Avvocatura richiedente ed alla struttura centrale.*».

Le ricordate tesi, oltre a divergere sul rapporto tra giudizio ordinario e giudizio amministrativo, divergono anche sul tipo di sindacato che il giudice ordinario svolge sull'atto amministrativo.

In particolare, secondo il primo orientamento, il giudice ordinario conosce *incidenter tantum* della legittimità dell'atto presupposto e ne dispone dei relativi effetti; per la seconda tesi, il sindacato del giudice ordinario non può estendersi fino a valutare la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per l'adozione del provvedimento, essendo quest'ultimo un atto dovuto dell'autorità prefettizia che è adottato al ricorrere delle circostanze previste dall'art. 13, co. 2, del T.U. del '98, sicché il giudice ordinario non può svolgere alcuna valutazione sul contenuto dell'atto amministrativo, nemmeno indiretta.

Sul tema della pregiudizialità, come si è detto, è intervenuta la Corte costituzionale, la quale ha confermato che in materia di immigrazione nessuna norma osta alla conoscibilità da parte del giudice ordinario dell'atto presupposto al provvedimento di espulsione, in relazione al quale può esercitare un sindacato incidentale di legittimità con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione<sup>34</sup>.

La Corte, dunque, salva la doppia giurisdizione in tema di espulsioni amministrative e salva, altresì, l'armonia del sistema processuale disegnato dal decreto n. 286 laddove ha ritenuto che il c.d. automatismo espulsivo – l'espulsione, cioè, disposta obbligatoriamente al ricorrere di una delle circostanze indicate dalla legge – costituisca una garanzia per l'immigrato, che si vedrebbe eliminare qualunque possibilità di valutazioni arbitrarie da parte della pubblica amministrazione.

Si è, però, condivisibilmente obiettato che tale automatismo non costituisce una vera e propria garanzia per l'immigrato che si vedrebbe costretto a lasciare il territorio dello Stato a causa di un provvedimento amministrativo che è stato successivamente dichiarato illegittimo<sup>35</sup>.

La giurisprudenza successiva alle decisioni del giudice delle leggi ha continuato a esprimere posizioni diverse dalle soluzioni indicate in precedenza.

Così, a decisioni che hanno negato che il giudice ordinario possa valutare la legittimità del provvedimento del Questore, perché tale sindacato spetta unicamente al giudice amministrativo<sup>36</sup>, si contrappongono altre tesi che ammettono il sindacato incidentale del giudice ordinario allorché la posizione dedotta

<sup>34</sup> Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 62, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1994, 1054; id., 21 novembre 1997, n. 353, in *Cons. Stato*, 1997, II, 1742; id., ord. 18 dicembre 2001, n. 414, in *Giur. Cost.*, 2001, 6; id., 23 dicembre 2005, n. 463, *ivi*, 2005, 6; id., 22 giugno 2006, n. 240, *ivi*, 2006, 3.

<sup>35</sup> Si condivide, sotto tale aspetto, quanto affermato da R. CHIEPPA, *Quale giudice per gli immigrati? Questioni di giurisdizione e competenza*, Relazione tenuta al Convegno svolto a Trento, il 25-26 novembre 2011, dal titolo *Frontiere dell'immigrazione o migrazione delle frontiere*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>36</sup> Corte cass., Sez. Un. 16 ottobre 2006, n. 22217, in *Giust. Civ.*, 2006, 10.

in giudizio è di diritto soggettivo; tale situazione, in particolare, conserva la sua natura in ragione dell'inidoneità del decreto di espulsione a degradarla a interesse legittimo, trattandosi di provvedimento vincolato a predeterminati requisiti di legge e, dunque, tale da non costituire espressione di una potestà autoritativa e discrezionale da parte della pubblica amministrazione<sup>37</sup>.

Alla luce dei richiamati orientamenti giurisprudenziali, unitamente alla lettura del dato positivo, la sensazione che emerge dalle disposizioni del d.lgs. n. 286/1998 è che la tesi della doppia tutela sia quella maggiormente preferibile.

Anzitutto perché nessuna disposizione del citato testo unico, o di altra disciplina, prevede che quando l'amministrazione adotta il provvedimento di espulsione, la controversia debba essere attratta verso la giurisdizione ordinaria; né, viceversa, nessuna norma prescrive che il sindacato del giudice amministrativo debba arrestarsi in presenza del decreto di espulsione; conseguentemente, il riparto di giurisdizione previsto dal d.lgs. n. 286/1998 non sembra essere diverso da quello stabilito dall'art. 113 Cost. e dalla legge abolitrice del contenzioso del 1865.

Diversamente, si attribuirebbe al provvedimento adottato dal Prefetto una valenza pressoché decisiva ai fini del riparto di giurisdizione, con ciò ritornando a tesi da tempo superate circa la prospettazione che il privato offre in giudizio della propria posizione soggettiva<sup>38</sup>.

Lo straniero, dunque, può contestare la legittimità dell'azione amministrativa davanti al giudice amministrativo anche se il decreto di espulsione è stato già adottato dal Prefetto, stando attento, però, che le doglianze dovranno essere dirette ad evidenziare esclusivamente i vizi della funzione amministrativa perché, in caso contrario, si darebbe gioco facile al giudice amministrativo nel declinare la propria giurisdizione in forza dell'art. 13, co. 8, d.lgs. n. 286/1998 che, per l'appunto, devolve al giudice ordinario le controversie in materia di provvedimenti di espulsione.

Il sindacato che il giudice ordinario svolge sull'atto presupposto è poi pieno, nel senso che il giudice non incontra limiti di conoscibilità del provvedimento amministrativo, potendo egli valutare la legittimità dell'atto sotto ogni profilo, nei limiti della domanda introduttiva del giudizio.

Sono considerati appartenenti al *genus* dei provvedimenti di espulsione per omogeneità contenutistica e funzionale anche i decreti di respingimento con accompagnamento alla frontiera<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Corte cass., sez. III, 22 febbraio 2002, n. 2588, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 287; id., 10 settembre 2004, n. 18263, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 2505.

<sup>38</sup> B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del seminario di studi e ricerche parlamentari "Silvano Tosi"*, 2010, 20, 133. Per una ricostruzione dell'evoluzione del sistema di riparto, cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2002, 137.

<sup>39</sup> Tar Puglia, Bari, sez. III, 11 febbraio 2013, n. 210, in *Red. Amm. - Tar*, 2013, 2; Tar Lazio, Roma, sez. I, 3 febbraio 2009, n. 996, in *Foro amm. - Tar*, 2009, 2, 419.

Il T.U. sull’immigrazione distingue il respingimento immediato, che viene disposto dalle Forze di Polizia nei confronti degli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera privi dei requisiti richiesti dalla legge, ed il respingimento differito che è adottato dal Questore nei confronti di coloro che, entrati nel territorio sottraendosi ai controlli, «sono fermati all’ingresso o subito dopo», e di coloro che pur privi dei requisiti per entrare regolarmente nel territorio dello Stato sono stati «temporaneamente ammessi per necessità di pubblico soccorso»<sup>40</sup>.

Non mancano pronunzie di segno opposto in cui si è affermato che «il provvedimento di respingimento alla frontiera è un provvedimento autoritativo, che dev’essere impugnato dinanzi al Giudice Amministrativo, in quanto soggetto alla disciplina propria degli atti amministrativi»<sup>41</sup> e, perciò idoneo a degradare «il diritto di ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, di cui all’art. 4, d.lg. n. 286/1998, a interesse legittimo»<sup>42</sup>.

La vaghezza delle espressioni usate dal legislatore lascia intendere che, in queste ipotesi, l’amministrazione abbia margini di apprezzamento più ampi rispetto a quelli previsti nei procedimenti di rilascio dei permessi di soggiorno, ma ciò non sembra sufficiente per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo perché, anche in questi casi, è possibile che l’amministrazione si ritrovi a fronteggiare diritti fondamentali (migranti titolari di asilo politico, rifugiati oppure soggetti che godono di misure di protezione temporanea per motivi umanitari ai sensi dell’art. 10, co. 4, del T.U.), sicché la controversia deve essere devoluta alla giurisdizione ordinaria.

### 3. La giurisdizione “piena” del giudice ordinario

Accanto alle ipotesi di doppia giurisdizione, delle quali si è già discusso, il d.lgs. n. 286/1998 disciplina altri casi nei quali la posizione soggettiva del cittadino extracomunitario assume la consistenza del diritto fondamentale, casi che dunque vengono devoluti alla giurisdizione ordinaria.

In tali ipotesi, il giudice ordinario è dotato di poteri maggiori rispetto alle potestà usualmente riconosciutegli dalla legge, poteri mediante i quali è in grado di incidere in modo assai più significativo sull’azione dell’autorità pubblica; in particolare, detti poteri consentono all’autorità giudiziaria di annullare e modificare le determinazioni amministrative, finanche di sostituirsi alla pubblica amministrazione per adottare le decisioni ritenute più idonee a reintegrare la posizione

<sup>40</sup> Questa misura non trova applicazione nei confronti dei migranti titolari dell’asilo politico, del riconoscimento dello *status* di rifugiato o di misure di protezione temporanea per motivi umanitari *ex* art. 10, co. 4, d.lgs. n. 286/98.

<sup>41</sup> Trib. Palermo, sez. I, 13 maggio 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2006.

<sup>42</sup> Tar Friuli Venezia Giulia, 23 agosto 2002, n. 610, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. I, 4 febbraio 2011, in *Foro it.*, 2011, 12, III, 654.

soggettiva del migrante lesa da provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione e/o di stabilimento.

Non si tratta di poteri “nuovi”, che vengono aggiunti nell’armamentario della magistratura ordinaria, dal momento che già in altri settori è prevista la possibilità per il giudice ordinario di adottare pronunzie costitutive nei confronti della pubblica amministrazione come avviene, ad esempio, in materia di opposizione a sanzioni amministrative, di rapporto di lavoro privatizzato, di protezione di dati personali, di obiezione di coscienza.

A differenza dei casi di doppia giurisdizione, l’esistenza di una giurisdizione piena del giudice ordinario sembra basarsi sulla necessità di avere una pronunzia che sia in grado di assicurare l’integrale riparazione di un diritto ritenuto fondamentale<sup>43</sup>. In altre parole, non potendo il diritto fondamentale essere degradato dal potere amministrativo, si è scelto di affidare la cura di queste posizioni non al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, ma alla giurisdizione del giudice ordinario, i cui poteri sono stati notevolmente ampliati secondo una tendenza che, peraltro, è data riscontrarsi negli ultimi venti anni di legislazione<sup>44</sup>.

La giurisdizione piena del giudice ordinario è prevista, innanzitutto, in tema di unità familiare<sup>45</sup>.

La garanzia della convivenza del nucleo familiare dello straniero trova fondamento nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia oltre che dal carattere fondamentale del diritto di mantenere, istruire e educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e del diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell’unità della famiglia<sup>46</sup>.

Il procedimento amministrativo di riconoscimento del diritto alla vita familiare del cittadino extracomunitario ha natura complessa ed è a formazione progressiva, nel senso che coinvolge oltre alla valutazione dell’amministrazione di volta in volta competente anche l’attività valutativa dell’autorità diplomatica o

<sup>43</sup> E’ questo un aspetto messo in evidenza da M. CLARICH, *Immigrazione: il legislatore perde la bussola sui confini delle competenze giurisdizionali*, in *Guida al diritto*, 1998, 8, 13.

<sup>44</sup> Sul punto, R. URSI, *La tutela innanzi al giudice ordinario nei confronti della p.a.*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 206.

<sup>45</sup> Per una prospettiva comparatistica del diritto alla vita familiare si v. A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’unione europea*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2011, 1, 5.

<sup>46</sup> Corte cost. 12 gennaio 1995, n. 28, in *www.giurcost.it*. Il principio contenuto nell’art. 29 Cost., che richiede la possibilità del ricongiungimento dello straniero con il coniuge e i figli minori, non ha però una portata così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori. Poiché i figli maggiori si sono allontanati dal nucleo di origine, nel rapporto con i genitori l’unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito sicché il legislatore può bilanciare “l’interesse all’affetto” con altri interessi di rilievo, così Corte cost., 19 gennaio 2005, n. 24, in *Giur. Cost.*, 2005, 1.

consolare: la prima sfocia in un nulla osta, la seconda nel visto di ingresso o nel suo diniego.

Gli articoli 28 e 29 del T.U. del '98 disciplinano, rispettivamente, l'ingresso dell'immigrato per ricongiungimento familiare e i permessi di soggiorno per motivi di coesione familiare.

Al primo comma l'art. 28 riconosce all'immigrato «*il diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nei confronti dei familiari stranieri*» in presenza di determinati presupposti di carattere sostanziale, tali da assicurare ai congiunti normali condizioni di vita (alloggio, reddito, assicurazione sanitaria, ecc.).

Verificata la sussistenza dei requisiti di legge, l'amministrazione deve adottare, senza alcun margine di opinabilità e previa acquisizione, da parte dell'autorità consolare italiana, della documentazione comprovante i presupposti di parentela, coniugio, minore età o inabilità al lavoro e di convivenza, il relativo nulla osta (comma 2).

Ricevuto il nullaosta ovvero se sono trascorsi novanta giorni dalla presentazione della domanda e acquisita la documentazione comprovante i presupposti di legge, la rappresentanza diplomatica rilascia o nega il visto di ingresso (comma 3).

Avverso il provvedimento negativo è possibile esperire il ricorso previsto dagli artt. 702 *bis* e seguenti del c.p.c., giusti gli articoli 3 e 20, co. 1, d.lgs. n. 150/2011 ai quali rinvia l'art. 30, co. 6, d.lgs. n. 286/1998.

Tali disposizioni qualificano la procedura da seguire come «*rito sommario di cognizione*», il che pone fine al dibattito che era sorto in ordine alla natura cautelare o, appunto, sommaria del relativo procedimento giudiziario. La differenza tra i due giudizi è che nella fase cautelare, il giudizio di merito è eventuale, invece nel processo sommario, il giudice dispone il mutamento del rito se l'istruttoria è complessa.

Prevede, infine, la legge che con l'ordinanza che accoglie il ricorso il giudice può disporre il rilascio del visto anche in assenza del nulla osta, confermando in questo modo quanto detto all'inizio, vale a dire la possibilità per il giudice ordinario di valutare il merito dell'istanza presentata dal privato, di sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione precedente, e di adottare, ove lo ritenga opportuno, il provvedimento che meglio realizza il diritto dello straniero<sup>47</sup>.

La presenza irregolare in Italia del migrante ricongiungendo impedisce l'inizio del procedimento e la positiva conclusione dello stesso; infatti, «*il diritto al*

---

<sup>47</sup> Cfr. Corte cass., Sez. Un., ord. 19 maggio 2009, n. 11535, in *Giur. Amm.*, 2009, 469; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2011, n. 4218, in *Foro amm. - CdS*, 2011, 7-8, 2356; Tar Umbria, 25 marzo 2004, n. 127, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 689; id., 22 maggio 2007, n. 466, *ivi*, 2007, 5, 1627; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 30 agosto 2010, n. 4425, *ivi*, 2010, 7-8, 2306; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 febbraio 2010, n. 1414, in *Red. Amm. - Tar*, 2010, 02; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 15 dicembre 2009, n. 872, in *Red. Amm. - Tar*, 2009, 12.

*mantenimento dell'unità della propria famiglia è in via generale riconosciuto (...) soltanto ai cittadini stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato italiano, e in tale categoria non rientrano i soggetti colpiti da provvedimento di espulsione, onde l'esistenza di un nucleo familiare non è di per sé sufficiente a far ritenere legittima la permanenza in Italia di cittadini stranieri al di fuori delle regole che disciplinano il loro ingresso nel territorio dello Stato»<sup>48</sup>.*

Tale regola subisce una parziale deroga in presenza di soggetti minorenni che dall'allontanamento del familiare possono subire una menomazione dello sviluppo psicofisico, tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute.

La temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998 in presenza di gravi motivi, non richiede l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla salute del minore, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico, deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto.

Devono, però, trattarsi di situazioni non di lunga o indeterminabile durata e non caratterizzate da tendenziale stabilità che, pur non prestandosi a essere catalogate o standardizzate, si concretino in eventi traumatici e non prevedibili che trascendano il normale disagio dovuto al proprio rimpatrio o a quello di un familiare.

La *ratio* di questa disposizione, che consente la permanenza in Italia del genitore straniero di un minore per gravi motivi, viene individuata in una incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori. Per un minore subire l'allontanamento di un genitore costituisce un sicuro danno che può porre in serio pericolo uno sviluppo psicofisico, armonico e compiuto<sup>49</sup>.

Per le medesime ragioni, l'art. 30, comma 1, lett. d), prevede che il permesso di soggiorno per motivi familiari è rilasciato «al genitore straniero, anche naturale, di minore italiano residente in Italia. In tal caso il permesso di soggiorno per motivi familiari è rilasciato anche a prescindere dal possesso di un valido titolo di soggiorno, a condizione che il genitore richiedente non sia stato privato della potestà genitoriale secondo la legge italiana».

L'amministrazione deve sempre negare il provvedimento di soggiorno ove lo straniero rappresenti una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, tale da rendere recessiva la valutazione degli ulteriori elementi normativamente previsti. In questo senso è stato ritenuto che «l'esistenza

<sup>48</sup> Corte cass., sez. I, 25 novembre 2005, n. 25026, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 7/8; id., 24 novembre 2004, n. 22206, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 11; id., 20 agosto 2003 n. 12226, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 12.

<sup>49</sup> Corte cass., sez. I, 19 gennaio 2010, n. 823, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2010, 3, 918.

*di un presupposto di pericolosità sociale ai sensi di legge costituisce un preciso e insuperabile impedimento alla concessione del permesso di soggiorno al cittadino extracomunitario anche in presenza di circostanze familiari e sociali altrimenti meritevoli di tutela»<sup>50</sup>.*

Tale affermazione fa comprendere come il permesso di soggiorno per motivi familiari rappresenti, in realtà, il momento finale di un procedimento di contemperamento tra contrapposte esigenze, venendo in contrasto, in ipotesi di soggetti clandestini, da un lato interessi di ordine pubblico e di sicurezza nazionale, e dall'altro lato istanze di tutela familiare<sup>51</sup>.

Il giudizio di pericolosità sociale ha ad oggetto il riscontro dell'esistenza dei presupposti di appartenenza dello straniero ad una delle categorie indicate nell'art. 1 l. 27 dicembre 1956 n. 1423, così come sostituito dall'art. 2 l. 3 agosto 1988 n. 327. In particolare, detto riscontro deve essere compiuto sulla base degli stessi criteri applicati per le misure di prevenzione, ovvero tenendo presente: a) il carattere oggettivo degli elementi, che giustificano sospetti e presunzioni; b) l'attualità della pericolosità; c) la necessità di un esame globale della personalità del soggetto, attraverso una verifica *ab estrinseco* effettuata in base alla completezza, logicità e non contraddittorietà delle valutazioni operate dall'amministrazione.

Secondo una parte della giurisprudenza, in presenza di condanne per uno dei reati previsti nell'art. 4, comma 3, del T.U. n. 286/1998, il giudizio di pericolosità deve sempre concludersi sfavorevolmente per il richiedente; in questi casi, l'effetto negativo viene fatto discendere direttamente dalla legge, per cui la semplice circostanza di aver riportato una condanna per determinati reati è indice di pericolosità sociale del soggetto o, quanto meno, di riprovevolezza – nel senso di non meritevolezza alla permanenza in Italia – del comportamento tenuto dallo straniero all'interno del Paese<sup>52</sup>.

Diversamente, un'altra parte della giurisprudenza ha ritenuto che il giudizio di pericolosità deve fondarsi su una valutazione complessiva dei precedenti dello straniero che coinvolga la tipologia dei reati commessi e l'entità della risposta sanzionatoria contenuta nelle sentenze pronunciate dal giudice penale, elementi tutti che influiscono nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi di cui la pubblica amministrazione è tenuta a farsi carico, unitamente alla considerazione degli interessi socio-familiari del soggetto<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2012, n. 2423, in *Foro amm.* – *CdS*, 2012, 4, 861.

<sup>51</sup> Corte cass., Sez. Un., 25 ottobre 2010, n. 21799, in *Guida al diritto*, 2010, 45, 30.

<sup>52</sup> Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 6 dicembre 2012, n. 361, in *Foro amm.* – *Tar*, 2012, 12, 3809.

<sup>53</sup> «L'odierna previsione dell'art. 9 d.lg. 286/1998, come sostituito dall'art. 1 d.lg. 3/2007, in attuazione della normativa comunitaria, richiede che l'eventuale diniego di rilascio del “permesso per lungo soggiornanti” (prima carta di soggiorno) sia sorretto da un giudizio di pericolosità sociale dello straniero, con una motivazione articolata non solo con riguardo alla circostanza dell'intervenuta condanna, ma su più elementi, e in particolare con riguardo alla durata del soggiorno nel territorio nazionale e all'inserimento sociale, familiare e lavorativo dell'interessato, escludendo l'operatività di ogni “automatismo” in conseguenza di condanne penali riportate», cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2012, n. 3095, in *Guida al diritto*, 2012, 24, 109.

A favore dell'accoglimento di quest'ultima posizione milita la considerazione per cui nei casi di ricongiungimento familiare è stato superato l'automatismo espulsivo previsto dalla legislazione anteriore, in forza delle modifiche apportate dall'art. 2, co. 1, lett. *a*) e *b*), del d.lgs. n. 5 del 2007 agli artt. 4, co. 3, e 5, co. 5, d.lgs. n. 286/98 e l'introduzione in quest'ultima disposizione del comma 5 *bis*.

Con la novella, pur rimanendo ferma la valenza di sintomo della pericolosità sociale delle condanne previste dalle suddette norme, il legislatore ha voluto subordinare la mancata ammissione, o il diniego alla permanenza in Italia, all'accertamento che lo straniero rappresenti una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, ovvero di uno dei Paesi indicati nell'art. 4, comma 3, occorrendo poi anche tenere conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale *ex art.* 5, co. 5, d.lgs. n. 286/98.

Da quanto si è appena detto, appare evidente come la tutela della famiglia in materia di immigrazione non gode di protezione incondizionata dal momento che la stessa va armonizzata con la normativa in tema di regolamentazione dell'ingresso e della permanenza dello straniero nel territorio dello Stato.

Particolarmente significativi, per questi aspetti, risultano essere anche gli arresti della giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, la quale ha fissato alcuni criteri orientativi utili per vagliare le singole istanze presentate dall'immigrato, come la durata e la stabilità dei rapporti, il radicamento dei nuclei familiari e dei figli minori e la situazione reddituale<sup>54</sup>.

Nella stessa prospettiva si è posta anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo che ha negato natura assoluta al diritto alla famiglia e alla vita privata, sancendo la sacrificabilità degli stessi sulla base di politiche statali sull'immigrazione col limite della proporzionalità e della necessità<sup>55</sup>.

Un altro ambito in cui è prevista la giurisdizione piena del giudice ordinario è quello della tutela contro gli atti discriminatori dettati per motivi di razza o ragione etnica (artt. 43 e 44, d.lgs. n. 286/1998 e d.lgs. n. 215/2003).

Costituisce atto discriminatorio *«qualsiasi tipo di violazione posta in essere sia da privati che dalla p.a., senza che assuma rilievo, a tal fine, che la condotta lesiva sia stata attuata nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento, da parte della p.a., di utilità rispetto a cui il privato fruisca di posizioni di interesse legittimo, restando assicurata una tutela secondo il modulo del diritto soggettivo»*<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Corte gius. C.E., dec. 4 marzo 2010, C-578/2008, *Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*.

<sup>55</sup> Tra i precedenti, v. Corte eur. Dir. Uomo, 24 novembre 2009, *Omojudi*; id., 22 marzo 2007, *Maslor*.

<sup>56</sup> Corte cass., Sez. Un., 30 marzo 2011, n. 7186, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2011, 6, 1612; sempre in tema di attribuzione della giurisdizione, cfr. Corte cass., Sez. Un., ord. 15 febbraio 2011, n. 3670, in *Foro it.*, 2011, 4, I, 1101; id., 26 gennaio 2011, n. 1778, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 1, 112.

Il giudizio in tema di azione contro la discriminazione ha natura cautelare e allo stesso si applicano le norme sul procedimento cautelare «*uniforme*» regolato dal Capo III del Titolo I del Libro IV del codice di procedura civile, in forza dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. e seguenti, in quanto compatibili<sup>57</sup>.

All'esito del giudizio, il giudice condanna l'amministrazione al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, ed ordina all'amministrazione la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole; può, altresì, adottare nei confronti della pubblica amministrazione ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti dell'atto impugnato (art. 44, co. 1)<sup>58</sup>.

Anche la fase relativa al merito del giudizio è di competenza del giudice ordinario, competenza che secondo la Corte di cassazione discende da «*incontestabile scelta normativa, coerente alla natura delle situazioni tutelate*»<sup>59</sup>.

#### 4. *Giudice amministrativo e diritti fondamentali dei migranti*

Dopo avere analizzato le ipotesi di tutela concorrente, i poteri del giudice ordinario in tema di espulsioni amministrative, in materia di unità familiare e di atti discriminatori, appare opportuno soffermarsi sul ruolo che il giudice amministrativo ha in materia di immigrazione.

Dal punto di vista procedimentale, il sindacato del giudice amministrativo investe l'integrale regolarità dell'azione amministrativa in termini di rispetto delle garanzie che la l. 7 agosto 1990, n. 241 s.m.i. ha posto in favore dei privati<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Sulla natura cautelare del procedimento previsto dall'art. 44 del T.U. del 1998, cfr. Corte cass., Sez. Un., 7 marzo 2008, n. 6172, in *Foro it.*, 2008, 7-8, I, 2168.

<sup>58</sup> È stata ritenuta discriminatoria la previsione di un Comune relativa ad una prestazione assistenziale (nella specie, assegno per i nuovi nati) riservata ai figli di genitori italiani; qui il giudice ha ordinato all'amministrazione di rimuovere la delibera *in parte qua* e l'estensione dell'erogazione a tutti gli stranieri, così Trib. Milano, 29 settembre 2010, in *Riv. Critica dir. Lav.*, 2010, 3, 875; similmente, Trib. Bergamo, sez. Lav., 17 maggio 2010, in *Resp. Civ. E prev.*, 2010, 12, 2541.

Secondo il Tribunale di Novara, nella sentenza dell'1 marzo 2010, in *Redazione Guffrè* 2010, «*Va annullato il decreto con il quale il Questore abbia rigettato la richiesta di rilascio, a vantaggio di cittadina extracomunitaria coniuge di cittadino italiano, della carta di soggiorno a tempo indeterminato sulla base del solo venir meno della convivenza di fatto tra i coniugi, indipendentemente dall'accertamento delle ragioni di questa cessazione, nel caso di specie riconducibili alla reclusione del marito per violenze sulla moglie, ciò determinando un'evidente discriminazione della cittadina extracomunitaria rispetto alla cittadina italiana che pone la prima, diversamente dalla seconda, nell'inammissibile condizione di avere davanti a sé l'alternativa o di subire gli abusi familiari del coniuge senza reagire, ovvero di correre il rischio, dopo aver innescato una reazione sul piano giuridico con la denuncia delle violenze subite, di essere allontanata dallo Stato.*

<sup>59</sup> Corte cass., Sez. Un., ord. 15 febbraio 2011, n. 3670, cit.

<sup>60</sup> Di recente, Tar Lazio, Roma, sez. II, 7 maggio 2012, n. 4103, in *Foro amm. – Tar*, 2012, 5, 1621, «*l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi (vincolati e non), la cui valenza primaria è stata affermata*

L'amministrazione è, quindi, tenuta a motivare i provvedimenti che adotta ai sensi dell'art. 3 della predetta legge n. 241; in particolare, la motivazione non può esaurirsi nella riproduzione del testo di una norma, o del parere degli organi consultivi attestante l'insussistenza dei requisiti di legge, senza che risultino esplicitate le considerazioni svolte a supporto del diniego<sup>61</sup>.

In questo senso, è stata dichiarata illegittima la motivazione del diniego di un nulla osta che riportava l'espressione «*visto il parere negativo della Direzione provinciale del lavoro per incapacità economica*» senza nulla aggiungere sulle specifiche circostanze che rendevano il reddito inadeguato per l'assunzione, né tantomeno la ragione giuridica posta a fondamento dell'atto<sup>62</sup>.

E' ammessa la motivazione *per relationem* purché l'atto richiamato sia indicato in modo specifico e prelude alla messa a disposizione dello stesso<sup>63</sup>.

Altro onere che la legge prevede a carico delle amministrazioni riguarda il rispetto del termine di conclusione del procedimento amministrativo.

Prima ancora delle modifiche apportate all'art. 2, l. n. 241/1990, il giudice amministrativo aveva ritenuto che «*l'irragionevole protrazione della durata del procedimento, oltre la previsione normativa, determina la fissazione di un breve ulteriore termine da parte del giudice e l'eventuale successiva nomina di un commissario ad acta, a spese dell'inadempiente*»<sup>64</sup>.

L'inerzia ingiustificata da parte dell'amministrazione costituisce fatto idoneo a integrare la responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale, in relazione al pagamento delle spese del giudizio relativo all'annullamento del silenzio-rifiuto, oltre che la responsabilità penale per il reato di cui all'art. 328 c.p.; inoltre, a partire dall'entrata in vigore della l. 18 giugno 2009, n. 69, soccorre la eventuale responsabilità risarcitoria per il danno da ritardo in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 2 *bis*, legge n. 241/1990)<sup>65</sup>.

---

*anche a livello comunitario dalla Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea (art. 41) e dall'art. 296 comma 2, trattato UE, sia pure con riferimento agli "atti giuridici", non è volto soltanto a consentire il sindacato in sede giurisdizionale sul modo in cui l'Amministrazione ha esercitato i suoi poteri, discrezionali o vincolati, ma è anche rispondente al più generale dovere di trasparenza dell'amministrazione in modo che il suo agire sia comunque intelligibile da parte dei destinatari. Di contro, il mero rinvio ad un atto inconoscibile nel suo contenuto finisce per rendere solo apparente l'adempimento dell'obbligo di motivazione e di trasparenza dell'azione amministrativa».*

<sup>61</sup> Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 5 giugno 2009, n. 1185, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); cfr., altresì, sul punto, la circolare n. 617 del 6 febbraio 2009, adottata dal Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione.

<sup>62</sup> Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 giugno 2009, n. 2519, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>63</sup> Corte cass., sez. I, 20 settembre 2007, n. 19447, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 9.

<sup>64</sup> Tra le altre, Tar Puglia, Bari, sez. II, 24 luglio 2008, n. 2035, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Corte conti, Abruzzo, sez. giurisd., 2 ottobre 2007, n. 799, in [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it).

<sup>65</sup> Tar Puglia, Bari, sez. II, 17 settembre 2009, n. 2100, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 11, 2362; da qui è seguito l'invito del Ministero degli Interni rivolto alle amministrazioni periferiche a non sottovalutare la prassi seguita dai Collegi giudicanti nel disporre d'ufficio l'invio degli atti al giudice contabile per

Ancora, l'amministrazione è tenuta a comunicare i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza *ex art. 10 bis* e, in caso di violazione della predetta disposizione, l'amministrazione non potrà sanare il vizio in sede di giudizio ai sensi dell'art. 21 *octies*, in quanto detta norma «non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice circa il fatto che il provvedimento non poteva essere diverso»<sup>66</sup>.

Errano, dunque, le amministrazioni «che intendono l'art. 21-*octies* come introduzione della facoltà per la p.a. di non rispettare le regole procedurali; in tal modo, verrebbe violato il principio di legalità, mentre, al contrario, le amministrazioni non debbono tenere conto della disposizione in sede amministrativa, limitandosi ad utilizzarla in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l'esercizio del potere di autotutela» previsto dall'art. 21 *nonies*<sup>67</sup>.

Ovviamente il giudice amministrativo non ha soltanto il compito di tutelare le ragioni del cittadino extracomunitario, ma assolve anche alla funzione di ribadire la legittimità degli atti amministrativi.

È stata, ad esempio, confermata la legittimità del diniego opposto al migrante già destinatario di provvedimento di espulsione sotto false generalità<sup>68</sup>; è altrettanto corretta la decisione di negare il permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare ad una coppia riconosciuta di fatto in altri Stati<sup>69</sup>; è stato, infine, legittimamente negato il visto richiesto dallo straniero irregolare che è stato segnalato come soggetto pericoloso per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o le relazioni internazionali di una delle parti contraenti ai sensi dell'art. 5, co. 1, lett. e) della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen<sup>70</sup>.

Passando dal piano procedimentale a un profilo più marcatamente processuale, si è già rilevata la tendenza della giurisprudenza a devolvere alla giurisdizione ordinaria le controversie in cui l'azione della pubblica amministrazione incide sui diritti fondamentali del migrante.

Una parte della giurisprudenza ha ritenuto che la devoluzione al giudice ordinario derivi dalla mancata qualificazione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione esclusiva.

È stato, ad esempio, sostenuto che «in tema di respingimento, poiché il provvedimento del Questore incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo, in mancan-

---

l'instaurazione del giudizio di responsabilità, a fronte di una ritenuta ipotesi di pregiudizio a carico dell'erario, cfr. circolare n. 4615 del 13 agosto 2009; sulla trasmissione degli atti alla Corte dei conti, cfr. Trib. reg. giust. amm., Trento, 14 marzo 2002, n. 163/2002, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763, in *Foro amm. - CdS*, 2006, 5, 1528; id., 7 luglio 2006, n.4307, in *Dir. e giust.*, 2006, 38, 83.

<sup>67</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 552, in *Foro amm. - CdS*, 2009, 2, 472.

<sup>68</sup> Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2005, n. 2199, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>69</sup> Corte cass., sez. I, 17 marzo 2009, n. 6441, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, 464.

<sup>70</sup> Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4894, in *Foro amm. - CdS*, 2009, 7-8, 1845.

*za di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione della impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, proprio in ragione della inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'amministrazione, spetta al giudice ordinario»<sup>71</sup>; nella medesima prospettiva è stato osservato che «la giurisdizione sui diritti umani fondamentali, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, spetta al g.o.»<sup>72</sup>; infine, è stato precisato che «rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il diniego di rilascio del permesso di soggiorno per asilo politico, trattandosi di controversia che coinvolge diritti soggettivi dell'istante, rientranti nella categoria dei diritti umani fondamentali»<sup>73</sup>.*

Nulla impedirebbe al legislatore, in forza del disposto contenuto all'art. 7, co. 5, del Codice del processo amministrativo, di integrare il catalogo delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva ex art. 133 c.p.a. (come, del resto, è già avvenuto con la segnalazione certificata di inizio attività), tuttavia sembra che, allo stato, l'immigrazione non sia una materia che susciti l'interesse degli operatori. Al riguardo, è stato evidenziato che «durante i lavori preparatori all'approvazione del Codice del processo amministrativo si era ipotizzato in sede di Commissione istituita presso il Consiglio di Stato di modificare il criterio di riparto in questa materia, individuando un giudice unico. Non se ne è fatto nulla e questo può essere indice di una considerazione minore della questione da parte di entrambe le giurisdizioni»<sup>74</sup>.

Il mancato inserimento dell'immigrazione tra le materie di giurisdizione esclusiva riflette sullo sfondo il dibattito sulla capacità del giudice amministrativo di difendere in maniera adeguata i diritti fondamentali del cittadino extracomunitario.

Come è noto, uno dei caratteri che contraddistingue questi particolari diritti soggettivi è la loro inviolabilità nei confronti del potere discrezionale della pubblica amministrazione: l'amministrazione, cioè, non può perseguire l'interesse pubblico comprimendo le libertà civili, in relazione alle quali soggiace ad un vero e proprio obbligo giuridico di astensione<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Corte cass., Sez. Un., 17 giugno 2013, n. 15115, in *Dir. e giust.*, 17 giugno 2013.

<sup>72</sup> Corte cass., Sez. Un., 9 settembre 2009, n. 19393, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2009, 4, 1201.

<sup>73</sup> Cons. Stato, sez. III, 14 settembre 2011, n. 5125, in *Foro amm. - CdS*, 2011, 9, 2725.

<sup>74</sup> Così si esprime R. CHIEPPA, *op.ult.cit.*, il quale auspica il raggiungimento di una giurisdizione unica in materia di immigrazione. Secondo l'Autore, infatti, nel diritto dell'immigrazione «il giudice amministrativo è chiamato ad applicare una disciplina, soggetta a frequenti cambiamenti anche ad opera della Corte Costituzionale, a fattispecie che attengono a diritti fondamentali della persona. Alle connaturali difficoltà nel giudicare questioni, in cui a volte l'aspetto giuridico si fonde con quello umano, si aggiunge il problema di vicende unitarie "spezzate" sotto il profilo del riparto di giurisdizione».

<sup>75</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo I*, Milano, 1970, 537; l'inviolabilità dei diritti fondamentali fa comprendere il particolare significato riconosciuto a tali diritti, «nei quali si esprimono immediatamente i valori dell'uomo come singolo, cioè quei valori che costituiscono la prima pietra del complesso edificio dei diritti inviolabili», A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma, XII, 38.

Il medesimo dovere sussiste anche con riguardo allo straniero che si trova in Italia.

Tali diritti, in particolare, sono contemplati all'art. 2 del d.lgs. n. 286 del 1998 che, al comma 1, riconosce allo straniero «*comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato (...) i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti*»<sup>76</sup>; il comma 2, attribuisce all'immigrato il godimento degli stessi «*diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano*», salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il medesimo decreto dispongano diversamente; al comma 3, viene garantito a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio italiano e alle loro famiglie «*parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani*», in attuazione della convenzione dell'O.I.L. n. 143 del 24 giugno 1975; il comma 4 garantisce al cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante in Italia «*la partecipazione alla vita pubblica locale*»; al comma 5, viene attribuita al migrante, come si è già detto, «*parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge*»; al comma 6, viene garantito che i provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione «*siano tradotti anche sinteticamente in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato*».

Altri diritti fondamentali sono, poi, rinvenibili, agli articoli 34 ss. del citato decreto del 1998 che prevedono l'estensione a tutti gli stranieri delle prestazioni di assistenza sanitaria, dell'obbligo scolastico per i minori stranieri, del diritto allo studio, dell'accesso alle università, dell'esercizio professionale e dell'accesso all'abitazione, del diritto alle cure gratuite per gli indigenti<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> La dottrina ritiene che la norma possa trovare applicazione anche con riguardo agli stranieri non regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato; da una parte, infatti, l'art. 2, d.lgs. n. 286/1998 «*riflette il disposto dell'art. 10 Cost. (la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali)*»; dall'altra parte, «*isola, nell'ambito dei diritti, i diritti fondamentali della persona, ossia i diritti che spettano alla persona in quanto tale, a prescindere dallo status di cittadino o di straniero, e che vengono riconosciuti dal diritto interno*», G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 24.

<sup>77</sup> Parte della dottrina ha tentato di ricostruire i diritti inviolabili dell'uomo spettanti allo straniero sulla base delle sentenze della Corte costituzionale; ne è derivato un lungo elenco di diritti: il diritto alla vita (sent. n. 54 del 1979), il diritto alla salute e all'integrità psico-fisica (sentt. nn. 88 del 1979, 561 del 1987, 455 del 1990); il correlativo diritto al risarcimento dei danni subiti (sent. n. 132 del 1985), il diritto al proprio decoro, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione (sentt. nn. 38 del 1973 e 1150 del 1988), la libertà di manifestazione anche con riguardo alle opinioni politiche (sentt. nn. 85 del 1965, 122 del 1970, 168 del 1971), il diritto di agire e difendersi in giudizio (sentt. nn. 11 del 1956, 29 del 1962, 98 del 1965, 37

Secondo alcuni autori, ogni qual volta l'azione amministrativa incide su un diritto fondamentale, in quel momento l'amministrazione sta agendo non come soggetto autoritativo ma in una condizione di carenza assoluta di potere; il che consente di attribuire la relativa questione al giudice ordinario<sup>78</sup>.

Questa teoria, meglio conosciuta come teoria dei diritti indegradabili (o incomprimibili), si fa usualmente risalire a un orientamento della Corte di cassazione inaugurato alla fine degli anni Settanta, in cui viene affermata l'esistenza di diritti primari ed assoluti dell'individuo, «fondamentali per natura costituzionali», che sono suscettibili di una tutela completa in quanto sovrastanti rispetto all'amministrazione, «di guisa che questa non ha potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo ma neanche di pregiudicarlo nel fatto, indirettamente»<sup>79</sup>.

Tale teoria è stata variamente criticata da un'altra parte della dottrina.

In particolare, è stato sostenuto che se si considerano alcuni diritti come indegradabili, ciò renderebbe prevalenti le esigenze e le prerogative del singolo individuo a discapito della comunità a cui quello stesso individuo appartiene. In altre parole, secondo questo orientamento, affermare l'esistenza di valori preminenti per l'ordinamento paralizzerebbe l'esercizio di attività poste in essere per il soddisfacimento di interessi generali, sicché in un'ottica

---

del 1969, 122 del 1970, 11 del 1971, 177 del 1974, 125 del 1979, 18 del 1982, 50 del 1972, 188 del 1980), il diritto alla riparazione degli errori giudiziari (sent. n. 1 del 1969), il diritto alla revisione del giudicato penale (sent. n. 28 del 1969), il rispetto della dignità umana (sent. n. 159 del 1973); la presunzione di non colpevolezza nel processo penale (sent. n. 120 del 1977); la libertà di contrarre matrimonio (sentt. nn. 27 del 1969 e 587 del 1988); i diritti della famiglia (ivi incluso il diritto alla riunificazione del gruppo familiare) (sentt. nn. 181 del 1976 e 132 del 1985), la libertà personale (sent. n. 766 del 1988), la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (sentt. nn. 77 del 1982, 122 del 1970, 366 del 1991), la libertà di circolazione quale proiezione della libertà personale (sent. n. 6 del 1962), la libertà di associazione (sentt. nn. 40 del 1982, 239 del 1984), il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa (sentt. nn. 14 del 1973, 188 del 1975, 239 del 1984), il diritto di libertà sessuale (sent. n. 561 del 1987), il diritto sociale all'abitazione (sent. n. 404 del 1988). A tale elenco, fondato sulla giurisprudenza costituzionale, il medesimo Autore ne aggiunge un secondo basato sull'interpretazione di normative internazionali: l'inviolabilità del domicilio, l'esercizio dei diritti immobiliari, la libertà di ricerca scientifica, di manifestazione artistica, la libertà di riunione, di insegnamento universitario, di promuovere una riunione, la libertà di associazione sindacale, il diritto all'assistenza ospedaliera, il godimento dei diritti disciplinati nel titolo dei rapporti economici, cfr. G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo-condizione giuridica-estradizione*, Padova, 1992, 240 e 284.

<sup>78</sup> Così A. DI MAJO, *Giurisdizione esclusiva e diritti soggettivi "non inclusi"*, in *Corr. Giur.*, 2003, 655.

<sup>79</sup> Il testo che è stato riportato è della sentenza delle Sezioni unite della Suprema Corte del 20 febbraio 1992, n. 2092, in *Foro it.*, 1992, I, 2123; l'orientamento, invece, è quello inaugurato dalle pronunzie della Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro amm.*, 1979, 2412; id., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 357; in dottrina, E. CANNADA BARTOLI, *Affievolimento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 670.

pubblicistica, l'accoglimento di una visione ultrapersonale e comprensiva delle istanze di natura sociale consentirebbe di evitare detta paralisi, senza con ciò restringere il carattere inviolabile del diritto che si assume essere stato leso dall'azione dei pubblici poteri<sup>80</sup>.

Del resto, si soggiunge, è estremamente difficile configurare diritti non soggetti ad interventi autoritativi della pubblica amministrazione, soprattutto ove gli stessi abbiano una «*intrinseca dimensione collettiva*» che, «*per questo loro modo di essere, possono essere meglio tutelati con tecniche di partecipazione dei loro titolari all'azione spettante ad una autorità pubblica, che con tecniche di garanzia ed esclusione di interventi pubblici*»<sup>81</sup>. Per tale motivo, risolvere la tutela degli interessi individuali, appartenenti al novoro dei diritti fondamentali, attraverso la tecnica garantistica del diritto soggettivo «*significherebbe negare tutela a tutti o assicurarla solo al più forte, e quindi o negare la libertà o negare l'uguaglianza*»<sup>82</sup>, in quanto «*se fosse vero che esistono diritti inviolabili della persona tutelabili ad oltranza (...) in favore di ciascuno, non si verrebbe mai a capo di nulla, perché ognuno pretenderebbe di vedere tutelato in assoluto il proprio diritto inviolabile*»<sup>83</sup>.

In realtà, occorre considerare che almeno sino al 2000 il giudice amministrativo non aveva strumenti processuali idonei a proteggere i diritti, soprattutto in ambito cautelare, quindi appariva ragionevole attribuire la difesa di queste posizioni soggettive a quel giudice che meglio avrebbe potuto garantire il loro soddisfacimento, ossia il giudice ordinario<sup>84</sup>.

L'argomento “processuale” sembra, però, oggi perdere il suo vigore originario, soprattutto a seguito della riforma del processo amministrativo, sicché

<sup>80</sup> F. BASSI, *Diritti fondamentali e art. 4, secondo comma, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, 163.

<sup>81</sup> F.G. SCOCA, *Riflessioni sul riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 549.

<sup>82</sup> V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento e più anni di giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. Soc.*, 1989, 596.

<sup>83</sup> V. CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali in materia ambientale*, in *Foro amm.*, 1987, 1321.

<sup>84</sup> S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 609. A ciò si aggiunga come la dottrina immediatamente successiva all'entrata in vigore della Costituzione abbia cercato di ridimensionare la portata rivoluzionaria delle disposizioni costituzionali; come è stato riportato da A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 1, 60-61, «*emblematico in questo senso è l'approccio di uno dei fondatori della scienza del diritto amministrativo, V.E. Orlando, che vedeva nel processo di attuazione della Costituzione una potenziale minaccia per la stabilità dell'ordinamento giuridico. La stessa preoccupazione era espressa anche da Ranelletti che nel dibattito che si sviluppò in dottrina sul progetto redatto in Assemblea Costituente interveniva a ribadire la priorità logica dello Stato sulla Costituzione, tanto da riconoscere a quest'ultima unicamente la qualità di «legge di organizzazione fondamentale dello Stato». E' ancora Orlando nel 1951, aprendo il primo numero della Rivista trimestrale di diritto pubblico, ad auspicare una «maggiore cautela» del legislatore nell'adottare le norme che necessitano per l'attuazione della Costituzione, come se in questa operazione fosse insito un pericolo del quale era bene essere consapevoli.*»

i tempi appaiono maturi per rivisitare la teoria dei diritti incompressibili e per riconsiderare il contributo che il giudice amministrativo può apportare in questa materia.

Innanzitutto, per quanto riguarda il riparto di giurisdizione, sembrano cogliere nel segno le osservazioni svolte da quegli studiosi che hanno messo in evidenza che il carattere fondamentale di un diritto non è determinante ai fini dell'individuazione del giudice competente<sup>85</sup>.

La regola di riparto dipende, come si è visto, dalla natura della situazione giuridica di cui si chiede tutela, nel senso che giudice dei diritti soggettivi è il giudice ordinario e giudice degli interessi legittimi è il giudice amministrativo; affermare, come fanno i sostenitori della teoria dell'indegradabilità, l'esistenza di diritti intangibili al potere amministrativo, e diritti che, invece, possono essere affievoliti, significherebbe creare una sotto-regola di ripartizione con cui verrebbe a restringersi, in modo ingiustificato, l'area della giurisdizione amministrativa alle posizioni di interesse legittimo e a quelle dei diritti non fondamentali<sup>86</sup>, con ciò contravvenendo a quanto affermato dalla Corte costituzionale per la quale non esiste alcun principio, o norma, che riserva al giudice ordinario la tutela dei diritti fondamentali, escludendo il giudice amministrativo<sup>87</sup>.

Non può, pertanto, essere apprezzata una tesi come quella dell'indegradabilità dei diritti fondamentali che, muovendo dalla categoria dei diritti soggettivi incompressibili, sancisce in maniera aprioristica limiti assoluti e non costituzionalmente posti alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>88</sup>.

A favore del superamento della tesi della indegradabilità milita, in secondo luogo, anche il dato positivo.

Da un lato, rilevano l'art. 55, co. 2, c.p.a., che ha affermato il principio secondo cui «*la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale*», e l'art. 133, co. 1 lett. r) ed s), c.p.a., che ha attribuito

<sup>85</sup> Sembrano, dunque, cogliere nel segno le riflessioni di A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Palo Barile)*, Padova, 1990, 117.

<sup>86</sup> In dottrina, ad esempio, si pone la distinzione tra diritti fondamentali, che hanno la consistenza di diritti assoluti e non sono rinunciabili, diritti soggettivi *tout court*, rinunciabili, ed interessi legittimi che si fondano su provvedimenti discrezionali dell'amministrazione, cfr. A. POLICE, *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 11/12, 1186. In giurisprudenza, un'evoluzione della teoria della incompressibilità si coglie nella distinzione tra diritti costituzionali a nucleo variabile, i quali possono essere "affievoliti" a seguito delle valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, e diritti costituzionali a nucleo forte o rigido, non compressibili e soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario, così Corte cass., Sez. Un., 1 agosto 2006, n. 17461, in *Dir. e giust.*, 2006, 39, 18.

<sup>87</sup> Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Giur. Cost.*, 2007, 2.

<sup>88</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2007, 4-5, I, 1359.

alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alcune controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti che potrebbero incidere su diritti di primario rilievo costituzionale, quali il diritto alla salute o il diritto all'integrità dell'ambiente; dall'altro lato, l'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990, nel prevedere tra le ipotesi di nullità dell'atto amministrativo il difetto assoluto di attribuzione, consente di contestare l'assunto della teoria dei diritti inviolabili secondo cui, a fronte di diritti fondamentali, l'amministrazione si troverebbe priva di potestà.

Come è stato acutamente osservato, soltanto la mancanza originaria di una norma di legge darebbe vita ad una situazione di carenza assoluta di potere; viceversa, in presenza della norma attributiva del potere, ove non ricorrano le altre ipotesi di nullità previste dal citato art. 21 *septies* ed a fronte di un diritto fondamentale, il potere amministrativo non regredisce, né scompare ma si dispiega fino al punto di comprimere le posizioni dei singoli, con le medesime caratteristiche e i medesimi contenuti che possiede quando va a scontrarsi, limitandole, con posizioni soggettive non assunte al rango di diritti fondamentali, essendo in questo modo pienamente in grado di produrre l'effetto degradatorio da diritto soggettivo a interesse legittimo<sup>89</sup>.

Ed anche se non si è d'accordo sul fatto che il potere amministrativo riesca ad affievolire il diritto fondamentale, l'idea della permanenza del potere consente di ribaltare la premessa iniziale del ragionamento sinora condotto, in ordine all'idoneità del giudizio amministrativo a preservare i diritti inviolabili, e di ritenere, invece, che non sia piuttosto il potere di disapplicazione del giudice ordinario inidoneo a tutelare efficacemente queste posizioni soggettive; in altri termini, a fronte della potestà autoritativa della pubblica amministrazione riemerge il divieto previsto dall'art. 4, co. 2, All. E, l. n. 2248/1865 circa l'impossibilità per il giudice ordinario di adottare pronunce costitutive nei confronti dell'amministrazione.

Come è noto, attraverso la disapplicazione, il giudice ordinario può soltanto evitare che l'atto produca i suoi effetti nel caso concreto e, in caso di lesione di diritti della persona, tale soluzione è molto spesso inidonea a soddisfare la pretesa del privato che, invece, richiede l'adempimento di specifici obblighi comportamentali da parte della pubblica amministrazione, obblighi che il giudice dovrà modellare sulla base delle esigenze del singolo<sup>90</sup>. Come è stato sottolineato, non è infatti infrequente che «*la definizione dell'esatto contenuto della prestazione che realizza la*

<sup>89</sup> Per questi aspetti, *amplius*, R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. E app.*, 2005, 10, 1162. In giurisprudenza, di recente, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 25 settembre 2009, n. 1526, in *Foro amm. – Tar*, 2009, 9, 2599.

<sup>90</sup> Sul potere di disapplicazione, oltre alla breve bibliografia già citata per la giustizia amministrativa, appare doveroso rinviare ai contributi di R. VILLATA, «*Disapplicazione*» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano, 1980; A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo nel giudizio civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22.

*pretesa non sia predeterminabile in modo astratto e tecnico, ma sia frutto proprio del rapporto fra il singolo individuo e l'amministrazione*<sup>91</sup> anche perché «*la tutela effettiva di alcuni diritti costituzionali richiede all'amministrazione adempimenti che la legge non è in grado di prevedere o che comunque è bene che non preveda in maniera astratta ed uniforme*»<sup>92</sup>.

In questa prospettiva, la tutela del diritto fondamentale dell'immigrato non potrà che realizzarsi attraverso la previsione di una giurisdizione unica, indipendentemente se quella "piena" del giudice ordinario o quella esclusiva del giudice amministrativo, con cui realizzare il bene della vita oggetto della pretesa del privato; del resto, ciò che conta in questi casi è la difesa della persona umana, cittadino o migrante che sia, a prescindere dal tipo di giudizio che occorrerà azionare.

Sicuramente, il giudice che sarà investito della questione dovrà essere dotato di tutti gli strumenti all'uopo necessari per decidere i casi che gli saranno prospettati, i quali non potranno essere predeterminati a monte dal legislatore, e le cui soluzioni non potranno che essere affidate al prudente e sensibile apprezzamento dell'autorità giudiziaria adita.

## 5. Conclusioni

Al termine di questa breve indagine, appare opportuno svolgere qualche considerazione conclusiva al fine di tracciare un bilancio delle norme che sono state oggetto del presente studio.

Come si è visto, il d.lgs. n. 286/1998 offre al migrante un ampio ventaglio di strumenti a difesa delle proprie posizioni lese da una azione amministrativa illegittima e gode, pertanto, delle medesime garanzie procedurali e processuali di cui dispone il cittadino italiano contro la pubblica amministrazione, delle quali ne condivide inevitabilmente pregi e difetti.

Quanto ai primi, la possibilità che lo straniero ha di potere incidere sull'attività valutativa dell'amministrazione lascia pensare che possano evitarsi giudizi non solo inutili ma soprattutto costosi per la collettività atteso che, nella maggior parte dei casi, il cittadino extracomunitario viene ammesso al patrocinio statale gratuito, sicché la collaborazione tra i soggetti interessati al procedimento più che un auspicio dovrebbe costituire la prassi nei rapporti tra amministratori ed amministrati. In questa prospettiva, la legge n. 241 del 1990 rappresenta un formidabile strumento di collaborazione tra le parti, di prevenzione dei giudizi e di realizzazione degli interessi in gioco.

Per quanto riguarda i difetti che il T.U. sull'immigrazione manifesta, balza subito agli occhi il numero elevato di azioni che il migrante può azionare davanti

<sup>91</sup> A. PIOGGIA, *op.ult.cit.*, 74.

<sup>92</sup> A. PIOGGIA, *op.ult.cit.*, 78.

ad autorità giudiziarie diverse, numero che è esattamente proporzionale al numero dei procedimenti previsti per il rilascio di provvedimenti differenti che, a loro volta, è strettamente correlato al numero delle amministrazioni di volta in volta competenti. In un’ottica di semplificazione dell’azione amministrativa, appare ragionevole attribuire la gestione di tutti questi procedimenti ad un unico soggetto, e ciò anche al fine di rendere il procedimento il momento fisiologico di definizione di istanze contrapposte.

Allo stesso modo, sarebbe altrettanto ragionevole e conveniente attribuire a un unico giudice il momento patologico delle contestazioni avverso le decisioni adottate dall’amministrazione, sì da superare sia la problematica delle espulsioni disposte dal Prefetto come conseguenza delle valutazioni negative del Questore, che è una problematica propria del diritto dell’immigrazione, sia quella miriade di riti e di azioni che il d.lgs. n. 286 del 1998 prevede e che, in fin dei conti, non sembra produrre vantaggi ulteriori o diversi rispetto alla possibile previsione di un unico rito, di carattere speciale, da svolgersi davanti ad un giudice unico, in un’ottica di concentrazione dei giudizi, come peraltro è già avvenuto in passato per altre fattispecie (appalti, impiego pubblico, sanzioni amministrative, ecc.).

## **THE JUDICIAL PROTECTION OF FOREIGNERS BETWEEN DUALISTIC SYSTEM, JURISDICTION “FULL” OF THE ORDINARY COURTS AND MIGRATION TRENDS BY THE ADMINISTRATIVE COURT**

by Rosario Papania

### **Abstract**

Different solutions to the issue of the judicial protection of the migrants could be found in the d.lgs. n. 286/1998.

The fact that the migrant is the holder of subjective rights and legitimate interests involves, on the side of the case, the distribution of disputes between ordinary courts and administrative courts, with all the problems that this distribution involves, especially when related acts are given to different judges.

The author pauses to describe the powers that the ordinary courts in the context of the so-called full jurisdiction within which fall a large number of cases relating to the protection of fundamental rights of the human person, it is also analyzed the role that performs the administrative judge in immigration, both from the procedural point of view, both in terms of the case.

Finally, it seeks to enhance the contribution that an administrative court can give to the defense of the inviolable rights of foreigners.



# La condizione esistenziale del migrante e la privazione della libertà personale

di Laura Verduci

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La parola-concetto immigrato. - 3. Meccanismi di rimozione e colpe originarie. - 4. Limbo esistenziale e limbo giuridico. - 5. Il migrante e il denaro. - 6. Libertà personale e sicurezza degli Stati. - 7. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

L'analisi che si vuole qui condurre concerne la condizione esistenziale propria del migrante in relazione alla comunità di appartenenza e di accoglienza. Nello specifico, l'analisi verterà sulle relazioni del migrante con il lavoro, il mercato ed il denaro. Nell'ultimo capitolo verrà trattato il tema della libertà personale connessa alla sicurezza dello Stato.

## 2. *La parola-concetto "immigrato"*

Lungi dal costituire un mero dato scientifico, o ciò che viene relegato nella sfera dell'assodato, il termine immigrato serba al suo interno un coacervo di idee e stereotipi che indirizzano e strutturano le relazioni tra questi e la società accogliente a più livelli: dalle relazioni umane alla sfera culturale, fino alla creazione di un immaginario collettivo. Il termine immigrato fa riferimento al punto di vista di chi accoglie (la società, la comunità, gli Stati) e insieme alla fine del viaggio da parte di chi migra. Illuminanti a tal proposito le parole di Sayad: "Ogni studio dei fenomeni migratori che dimentichi le condizioni d'origine degli emigrati si condanna a offrire del fenomeno migratorio solo una versione al contempo *parziale* ed *etnocentrica*: da una parte, come se la sua esistenza cominciasse nel momento in cui arriva in Francia, è *l'immigrante* – e lui solo – e non *l'emigrante* a essere preso in considerazione".

ne”<sup>1</sup>. Chi migra lascia il proprio Paese, intraprende un viaggio, giunge (se è fortunato) a destinazione. Chi accoglie non ha contezza del viaggio, chi accoglie concepisce il punto di arrivo, la fine del viaggio: “Soltanto la ricostruzione integrale delle traiettorie degli emigrati – afferma il sociologo algerino – può rivelare il sistema completo delle determinazioni che hanno condotto l’emigrato all’attuale punto conclusivo”<sup>2</sup>. La definizione di immigrato dunque è indice di una visione monca, incentrata su una prospettiva etnocentrica, cieca rispetto al fenomeno pensato nella sua specificità, problematicità e interezza.

Su questo sfondo si colloca la proposta teorica del sociologo algerino, volta a riabilitare la storia e il vissuto della persona introducendo il binomio “emigrato-immigrato”. Non si tratta tuttavia soltanto di una superficiale correzione delle categorie sociologiche che vada incontro a una sensibilità più moderna. Alla base di questa operazione teorica emerge l’esigenza di ricostruire la genesi di un intreccio profondo e originario tra l’individuo e la sua storia. Affinché questo compito non resti affidato allo sforzo del singolo di confrontarsi con le sue radici individuali, mi sembra efficace strumento epistemologico la “sospensione del giudizio”<sup>3</sup> esercitata in campo fenomenologico per ricollocare le analisi da un piano strettamente empirico a uno trans-individuale. Soltanto attraverso un costante e attento decentramento dalle categorie cognitive e culturali e attraverso un sforzo di ascolto e di sguardo non impositivo è possibile infatti dispiegare parte delle condizioni necessarie alla conoscenza dell’alterità rappresentata dall’immigrato. L’analisi del termine ha rivelato un atteggiamento comportamentale preciso, una relazione subalterna<sup>4</sup> e un rapporto di forza costringitivo tra i soggetti coinvolti. Tali elementi non solo inquinano l’osservazione, ma hanno importanti implicazioni sociali e morali sovente deleterie. Il modo di relazionarsi con i migranti da parte della collettività di accoglienza assume forme di subalternità e si manifesta in due espressioni antitetiche tra loro ma

<sup>1</sup> A. SAYAD, *La double absence*, Edition du Seuil, Paris 1999, trad. it. di D. BORCA e R. KIRCHMAYR, *La doppia assenza*, Raffaello Cortina, Milano 2002, p. 44.

<sup>2</sup> Ivi, p. 45.

<sup>3</sup> L’esercizio dell’epoché come sospensione del giudizio viene introdotta in campo epistemologico già nello scetticismo antico a opera di Pirrone ma viene ripresa e fatta oggetto di una esplicita riflessione metodologica da HUSSERL nel ‘900 (Cfr. E. HUSSERL, *Ricerche logiche*, a cura di G. PIANA, 2 voll., Il Saggiatore, Milano, 1968; E. HUSSERL, *Zur phänomenologischen Reduktion. Texte aus dem Nachlass (1924-35)*, Hrsg. S. LUFT, KLUVER, DORDRECHT/Boston/London, 2002; A. PUGLIESE, *La dimensione dell’intersoggettività. Fenomenologia dell’estraneo nella filosofia di Edmund Husserl*, Mimesis, Milano 2004).

<sup>4</sup> La categoria di subalternità deriva da Gramsci e viene ripresa in maniera tematica dalla corrente dei subaltern studies; a tal riguardo, cfr. E. SAID, *Orientalismo. L’immagine europea dell’Oriente*, 2a ed., trad. it. di S. GALLI, Feltrinelli, Milano 2002.

che in realtà hanno la stessa radice. La posizione razzista e quella antirazzista svelano una comune attitudine relazionale. Pur nelle evidenti diversità, è possibile ravvisare in entrambe un atteggiamento di profonda distanza e di asimmetria. Il migrante è qualcuno da condannare ovvero da aiutare e salvare per natura, per ciò che è in quanto tale. L'alterità è concepita come carnefice o come vittima e svilita nella sua umanità e dignità. Il migrante non è un uomo, ma attraverso un processo di reificazione, diventa un elemento da categorizzare entro definizioni precostituite, già date e contraddistinte da una valenza morale. Il migrante è buono o cattivo, da attaccare o da difendere, da allontanare o accogliere, da esorcizzare o "convertire"<sup>5</sup>. Per quanto centrale nei dibattiti e nelle dispute, il suo punto di vista è raramente tenuto in considerazione e ciò al di là di un'intenzione esplicita. Relegato in questo schema percettivo predefinito, il migrante si ritrova ad assumere implicitamente tali posizioni e sviluppa forme di ritrosia, asocialità, regressione e dipendenza. Entrambi gli atteggiamenti sociali di "gestione" dello straniero inducono quest'ultimo a un progressivo e sempre più accentuato sentimento di deresponsabilizzazione con conseguenze pericolose per sé stesso e per il contesto sociale.

### 3. *Meccanismi di rimozione e colpe originarie*

Le difficoltà inerenti a un giusto approccio alla comprensione del "fenomeno migratorio" non si limitano alle problematiche interne all'osservatore "occidentale", ma riguardano, tra le altre, le resistenze di natura psicologica, culturale, sociale proprie del migrante. La letteratura sociologica a riguardo ha sovente manifestato il limite scaturito dalle interviste a soggetti che per svariate ragioni obliano, trasformano anche in maniera involontaria la propria storia, la provenienza e grazie a un meccanismo di menzogne collettive accettate dalla comunità di appartenenza, creano un immaginario legato alla migrazione e all'esistenza più facile da sopportare. Un tratto significativo dell'esistenza del migrante consiste nell'essere sospeso tra due mondi, e di conseguenza nella frustrazione di non poter vivere due spazi e due luoghi contemporaneamente: non appartenere a nessuno dei due luoghi; non fare più parte della comunità natia né riuscire a sentirsi appieno parte di quella nuova. Vi è quindi

<sup>5</sup> L'idea di integrazione o assimilazione muove dalla pretesa di un'adesione dell'immigrato ai valori della società di accoglienza. Anche se in modo velato e dietro le spoglie di una presunta laicità, l'immigrato è invitato ad abbracciare ideali, diritti, costumi nuovi e ad abbandonare pratiche e riti considerati superati e cruenti dalle società accoglienti. Sebbene mosso da buona fede, l'atteggiamento di integrazione si rivela impositivo e in un certo senso missionario. Il sistema sociale accogliente concepisce se stesso come perfetto, e si rivela fondato su una struttura autoreferenziale. L'altro non costituisce una risorsa ma può solo limitarsi ad un'adesione tacita al sistema complessivo.

una doppia oscillazione, spaziale e temporale, che agisce negativamente sulla salute psicofisica della persona provocando, tra gli altri, sensi di colpa. La percezione di non aderenza alla comunità che chiede perentoriamente un'assimilazione di costumi e abitudini determina fenomeni d'ansia, stress, frustrazioni. A questa percezione si unisce la sensazione di sgretolamento della propria identità, data dalla diminuzione delle interazioni con il Paese d'origine. La questione dell'identità è centrale nel vissuto del migrante e le svariate e possibili rielaborazioni si manifestano nelle condotte che questi assume. L'identità necessaria alla stabilità personale diviene allo stesso tempo paradossale fonte di senso di colpa poiché agisce come elemento separatore ed escludente rispetto alla società accogliente. Asserire di far parte della nuova collettività significa tradire quella originaria, d'altro canto non accettare l'assimilazione non permette un'integrazione indispensabile all'agognata serenità. Si tratta di un'aporia che connota intrinsecamente la condizione esistenziale del migrante<sup>6</sup>.

Nel saggio *Noi profughi* del 1983 poi inserito in *Ebraismo e Modernità*, H. ARENDT descrive la difficoltà e la frustrazione degli ebrei scaturenti dalla speranza di assimilazione allo Stato di residenza: “Un giorno qualcuno scriverà la vera storia di questa emigrazione ebraica dalla Germania e dovrà partire dalla descrizione di quel tale Sig. Cohn di Berlino che era sempre stato un tedesco al 150%, un super-patriota tedesco. Nel 1933 questo Sig. Cohn trovò asilo a Praga e divenne rapidamente un convinto patriota ceco – tanto sincero e tanto fedele quanto lo era stato in Germania”<sup>7</sup>. Pur con dovute distinzioni rispetto alle specificità inerenti alla questione ebraica, è pur vero che il migrante si trova incastrato nella tensione duale tra la propria identità e la necessità del riconoscimento esterno. Continua la filosofa ebrea: “é la storia di centocinquanta anni di ebrei assimilati, i quali hanno compiuto un'impresa senza precedenti: nonostante abbiano sempre dimostrato la loro non-ebraicità, sono comunque riusciti a restare ebrei”<sup>8</sup>. Le proprie origini sono inalienabili, qualsiasi tentativo di occultamento o recisione può soltanto rivelarsi fallimentare e il migrante è costretto suo malgrado, nonostante gli innumerevoli sforzi volti all'accettazione, a rimanere in un limbo incerto e ambiguo, sia a livello esistenziale sia giuridico. L'incertezza agisce sulla progettualità e struttura una relazione ansiogena nei confronti del futuro. Questo provoca sovente problemi legati a depressioni gravi e impossibilità di radicamento. Dal punto di vista della percezione e del vissuto, il tempo è bloccato in un presente vuoto, sospeso tra un passato lontano e un futuro impossibile<sup>9</sup>. É

<sup>6</sup> Cfr. S. FICARRA, *Immigrazione e patologia psichiatrica*, in “Anteprima” 2004.

<sup>7</sup> H. ARENDT, *Ebraismo e modernità*, trad. it. di G. Bettini, Feltrinelli, Milano 2009, p. 44.

<sup>8</sup> Ivi, p. 45.

<sup>9</sup> La relazione che si istaura tra la persona e il tempo vissuto è affrontata in modo approfondito da Maurice Merleau-Ponty. Cfr. M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, Paris 1945; tr. it. di BONOMI A., *Fenomenologia della percezione*, Il Saggiatore, Milano 1965.

comprensibile che in una situazione contraddistinta da una predominante precarietà, la qualità della vita della persona sia fortemente a repentaglio. Ancor di più questo vale quando la persona è responsabile di una famiglia da tutelare. La chiusura verso l'esterno, la diffidenza nel chiedere aiuto, per paura di una denuncia o per vergogna, si palesano come ulteriori ostacoli a una possibile interazione e integrazione con la società. Sovente in tali contesti, le comunità immigrate tendono ad abbarbicarsi alle proprie usanze e alla propria cultura. Molte storie di italiani all'estero mostrano questo atteggiamento<sup>10</sup>. Tuttavia mentre il migrante è convinto di perpetuare e ricordare il Paese d'origine, quest'ultimo è già diverso da quello che egli ha lasciato. Le dimensioni fondamentali dell'esistenza umana sono messe radicalmente in crisi incidendo sul vissuto profondo del migrante. Spazio e tempo, come limiti e condizione di possibilità della percezione, sono connaturati ai gruppi sociali e culturali di riferimento (la loro concezione cambia notevolmente dall'Africa all'Italia, ad esempio). Cambiando il proprio luogo di residenza si produce rispetto alle nuove coordinate un riallineamento non privo di rischi: nella tensione tra i due contesti la percezione del mondo rischia di essere fortemente compromessa. La nostalgia, *la saudade* per il luogo perso per sempre incide sulle percezioni spaziali, fomentando sentimenti di ostilità rispetto al luogo in cui si risiede. Il tempo, d'altro canto, perde il carattere fluido che lo contraddistingue per cristallizzarsi in segmenti temporali separati agendo sulla percezione della storia personale.

#### 4. *Limbo esistenziale e limbo giuridico*

“La società ha scoperto che la discriminazione è la grande arma con cui uccidere gli uomini e senza spargere sangue; perché i passaporti o i certificati di nascita, e qualche volta persino le ricevute dell'imposta sul reddito, non sono più documenti ufficiali, ma questioni di differenziazione sociale.”<sup>11</sup> I documenti hanno perso la loro funzione strumentale, imponendosi come portatori di verità. L'identità stessa delle persone si fonda sul loro possesso perdendo la sua inviolabilità. Si attua un'implicita inversione tra il fine e il mezzo: il documento non è più semplice certificazione di un'identità pre-esistente e indiscussa, ma diventa luogo della sua stessa istituzione e discrimine tra il vero e il falso. Non avere documenti significa non essere, con effetti catastrofici sulla percezione personale. Non si tratta più solo di una questione giuridica, ma di una minaccia volta alle trame profonde della personalità.

Lo strumento di misura e controllo amministrativo produce inequivocabili spostamenti nelle posizioni di forza o di debolezza che l'individuo ha nel contesto na-

<sup>10</sup> Cfr. E. MELFA, *Migrando a sud. Coloni italiani in Tunisia (1881-1939)*, Aracne, Roma 2008.

<sup>11</sup> H. ARENDT, *Ebraismo e modernità*, op. cit., p. 47.

zionale e internazionale. Non possedere documenti significa appartenere ai livelli più bassi della scala sociale e rappresentare un pericolo per la collettività. Nell'immaginario collettivo l'accostamento tra immigrazione irregolare e reato penale ha sempre più presa. Non è difficile immaginare allora che i passaporti siano, appunto perché agognati e contesi, difficili da ottenere, così come visti e permessi di soggiorno. Le lunghe code alle Ambasciate dei Paesi meta di immigrazione sono una spia di quanto le procedure di accesso ai visti d'ingresso siano complicate e restino per molti inaccessibili. Resta soltanto una lontana eco del principio espresso nell'articolo 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, principio che esprime il diritto di ogni individuo alla libertà di movimento. In realtà, nella maggior parte dei casi, il rilascio del visto trova la sua applicabilità solo se sono adeguate e conformi le capacità economiche del singolo. Si tratta di un'amministrazione del diritto su base censuale: l'accesso alla circolazione è regolata dalla capacità economica individuale. La povertà fa da discriminare. Le persone meno abbienti non hanno il diritto di circolare liberamente. Si tratta di una contraddizione palese e di un circolo vizioso in quanto è indubbio che una delle motivazioni che soggiacciono alla scelta di emigrare consiste nel tentativo di migliorare la propria condizione economica ed in molti casi di uscire dalla povertà<sup>12</sup>.

Sia che l'accesso sia documentato sia che il migrante entri illegalmente, la relazione tra quest'ultimo e il diritto di rimanere nel Paese di accoglienza rimarrà precaria. Lo stretto nesso tra contratto di lavoro e permesso di soggiorno è la chiave di tale precarietà. L'accesso farraginoso ai documenti e l'impossibilità di una costanza nel possesso di essi, creano inevitabilmente un mondo sommerso, costituito da persone che vivono nell'irregolarità ed esposte a rischi di molteplice natura. I migranti si trovano spesso in situazione di non regolarità, sono quindi categorie vulnerabili, altamente ricattabili e per questa ragione intercettati dalla malavita e da ricattatori in generale. Il passaporto, il visto, il permesso di soggiorno non possono quindi essere considerati alla stregua di strumenti, ma sono espressione di politiche nazionali e internazionali precise incentrate sul controllo dei flussi migratori e sulla sicurezza degli Stati.

##### 5. *Il migrante e il denaro*

In diversi momenti della storia personale e con valenze diverse, il denaro assume peculiarità precise nella struttura dell'esistenza del migrante. Forse in ma-

---

<sup>12</sup> Resta da interrogarsi sui motivi per cui un rifugiato abbia diritto ad essere tutelato più di un migrante economico. Se un profugo scappa dal Paese di origine per mettersi in salvo, da cosa si distingue da un migrante che si sposta per provvedere al proprio sostentamento? Non stanno forse entrambi cercando di mettere in salvo la loro vita? Di garantire dignità alla propria esistenza? Tali questioni, sebbene centrali nel dibattito sociale, non incidono sulle differenze di trattamento reali tra rifugiati e immigrati economici.

niera ancora più radicale, è possibile affermare che le valenze che il denaro assume, nelle modulazioni di possesso/mancanza diviene principio fondante della personalità ed insieme della percezione di sé. Dal denaro dipenderanno le molteplici tipologie delle relazioni mantenute sia in loco che con il Paese d'origine. Per molti migranti la diaspora trova la sua *ratio* nel miglioramento delle condizioni di vita (proprie, della famiglia, della collettività), ragione così imponente da legittimare almeno in parte il vuoto lasciato nella comunità d'origine<sup>13</sup>. La decisione di emigrare, pur muovendo da ragioni oggettive è una scelta dolorosa, di distacco, di *déchirement* che trova la sua spinta nella menzogna collettiva: “Si comprende perciò come emigrare non sia un atto facile, contrariamente a ciò che si preferisce credere. Per comprendere come l'emigrato finisca nell'“inferno” dell'emigrazione e lo sopporti, occorre postulare che egli, in quanto emigrante, pensasse di correre verso un qualche “paradiso” creato dai fantasmi e dalla serie di “menzogne sociali” con cui gli immigrati “pagano” la loro condizione”<sup>14</sup>.

La partenza ha dunque un costo affettivo importante che raramente il migrante riesce a dipanare e risolvere. Spesso chi è scelto per partire è il più robusto, forte, intelligente, la persona della famiglia o del gruppo sociale più consona a intraprendere il viaggio. La persona ha quindi l'onere di non disattendere le speranze e aspettative del clan e di rendere l'investimento fatto su di lui quanto più munifico possibile. La trama relazionale che si istaura tra la persona e il gruppo che si lascia si basa su precisi scambi; spesso la famiglia si indebita per garantire la partenza: il denaro e l'immaginario a esso correlato entrano sin dall'inizio a far parte della condizione esistenziale del migrante. Egli è prolungamento della comunità di origine e non può, pena le recisione di qualsiasi legame affettivo e della sua identità, agire se non per far confluire tutti i benefici verso il gruppo originario: “Allora gli immigrati trasferivano tutti i loro risparmi mediante spedizioni

<sup>13</sup> A riguardo è interessante l'analisi di Sayad in *Una emigrazione esemplare* poi inserito ne *La doppia assenza*: “Occorre insistere su questa caratteristica originaria, caratteristica inedita nel caso dell'immigrazione algerina, perché si tratta di un'emigrazione di uomini che rimangono o che sono rimasti a lungo uomini “comunitari”, fortemente segnati dall'*habitus* comunitario e che (idealmente) esistono solo come membri del gruppo. È per questo che all'origine della massiccia identificazione di ciascuno con il suo gruppo di appartenenza e all'origine della forte integrazione del gruppo si trovano di certo il lavoro contadino o, meglio, la condizione contadina così come l'arte di vivere, il modo d'essere, di pensare e di agire, la percezione del mondo. In breve, un *ethos* per il quale appartenere alla propria comunità e alla sua terra (che formavano una cosa sola) è stato per ciascuno di quegli uomini il solo modo d'essere e il modo d'essere *per eccellenza*. Portando senza dubbio a compimento l'azione perturbatrice di numerosi fattori (trasformazioni di ogni tipo, demografiche, economiche, sociali e morali, di cui si può dire che tendono tutte quante, grosso modo, all'*individuazione*), l'emigrazione-immigrazione consacra la rottura col gruppo, con i suoi ritmi spaziali temporali, con le sue attività. In breve, con il sistema di valori e di regole della comunità che sono a fondamento del gruppo” (A. SAYAD, *La double absence*, cit., p. 96).

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 97.

postali (più che mediante vaglia) di somme relativamente elevate. Infatti l'idea di conservare nelle proprie mani una parte dei loro averi sembrava loro scandalosa<sup>15</sup>. Nel caso in cui il migrante non riesca a racimolare il denaro da inviare, questi sopperisce alla propria inadempienza attraverso un prestito. Per orgoglio, per il desiderio di non disattendere pretese, ambizioni proprie e altrui, mentire costituisce un *escamotage* che risolve almeno apparentemente il disequilibrio creatosi.

La tensione esistenziale del migrante non è tuttavia ridicibile al carico di aspettative legate al luogo d'origine. Insieme al bisogno di continuare ad appartenere al proprio gruppo, egli è spinto da sentimenti individualistici e di affrancamento. Per questa ragione molti reagiscono sviluppando una personalità ambiziosa. Quest'ultima però collide con la condizione di minoranza e subordinazione in cui egli si trova: da una parte egli non ottiene riconoscimento della dignità e di parità rispetto ai non immigrati, dall'altra egli non può spesso esercitare la propria professione. Ciò riguarda un tratto distintivo di molte emigrazioni: le specificità della persona non sono riconosciute né a livello sociale né giuridico. Tale fenomeno, che può trovare una sua giustificazione nella conservazione dei mestieri e posti di lavoro nazionali, si aggiunge agli altri elementi che rallentano e rendono farraginoso l'ingresso del migrante nella società. Ignorando le capacità insite della persona, riducendo quest'ultima alla sfera del bisogno e dell'immediatezza, la società di accoglienza non ne permette l'affrancamento, relegandola nella marginalità. La possibilità di carriera diviene difficile e a volte i migranti ricorrono al delinquere come occasione per sottrarsi a condizioni di vita degradanti e non dignitose. Ma tali alternative, per quanto affascinanti e apparentemente ben remunerate si rivelano un baratro. Il migrante entra in un circolo di vessazioni, ricatti e illegalità tale da ridurlo a schiavo della stessa criminalità. Le frustrazioni e l'abbruttimento legati ai contesti della droga, dei traffici, delle carceri, conducono alla disintegrazione della persona. Le aspettative sociali globali del luogo vengono disattese e un legame di fiducia già estremamente fragile viene reciso con scarse possibilità di recupero.

Così come la società d'origine, anche le società d'accoglienza hanno delle aspettative e delle regole impositive nei confronti dei migranti. Questi non devono gravare né costituire un pericolo: "Fa parte della natura "stessa" dell'immigrazione suscitare dibattiti, anche accesi, su quanto essa "costi" e su quanto "frutti". Questa problematicità s'impone da sé, al punto tale che sembra andare da sé come la sola possibile"<sup>16</sup>. La rimodulazione del fenomeno dell'immigrazione in termini di costi, benefici, forza lavoro diviene l'unico modo delle società di trattare un fenomeno estremamente complesso. Nel sentire comune il migrante è associato al suo potenziale valore economico. Vi è dunque una riduzione del-

---

<sup>15</sup> Ivi, p. 61.

<sup>16</sup> Ivi, p. 108.

la persona a denaro, numero, quantità<sup>17</sup>. Riduzione violenta che recide e oblia l'interezza e la complessa tessitura esistenziale della persona, riduzione strumentale volta a camuffare semplificando il fenomeno migratorio: "La disputa per la rappresentazione dell'immigrazione e degli immigrati in termini economici di "costi" e "profitti" è in realtà l'esempio stesso del lavoro politico che si cela dietro quella che appare come una semplice operazione di ordine economico. Razionalizzare nel linguaggio dell'economia un problema che non è (o non è soltanto) economico ma politico significa trasformare in argomenti puramente tecnici argomenti tecnici e politici"<sup>18</sup>.

Le modalità di sfruttamento agiscono a più livelli e possono riguardare le relazioni tra persone, tra persone e Stato così come le relazioni tra Stati. La monetarizzazione del migrante non è un fenomeno limitato alla sfera delle relazioni sociali, ma viene coerentemente assunto nelle politiche istituzionali nel momento in cui è lo Stato stesso a vedere il migrante come oggetto di tassazione e sanzione più che come soggetto da tutelare.

#### 6. *Libertà personale e sicurezza degli Stati*

Inscindibilmente connessa alla condizione esistenziale del migrante è la libertà personale e la minaccia costante che incombe su essa. La persona sa di non poter disporre della propria libertà, ne percepisce l'essere profondamente subalterno a poteri e dinamiche più potenti e determinanti e al contempo comprende i limiti della sua stessa volontà. La perdita della libertà si realizza già prima dell'"approdo" nel Paese di arrivo, nei casi cioè di migranti costretti a lunghi e rischiosi viaggi. Diverse tipologie di detenzione riguardano il migrante già nei territori di transito. Secondo le testimonianze riportate, si tratta di prigionie atroci con l'aggravante di rischi sanitari per la persona<sup>19</sup>. Violenze, situazioni disumane e degradanti, stupri, omicidi caratterizzano le violazioni nelle prigioni africane, ad esempio. La limitazione della libertà personale riguarda inoltre i migranti sprovvisti di documenti e visti necessari, intercettati in frontiera. Scatta in queste circostanze la detenzione amministrativa finalizzata al riconoscimento e all'eventuale espulsione. Tale misura restrittiva della libertà personale, che, a sua volta, si declina secondo diverse modalità a seconda del luogo ove questa venga attuata, è divenuta a partire dagli anni '70 il *modus operandi* proprio dei controlli dei flussi migratori. L'Europa come

<sup>17</sup> Cfr. C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Morcelliana, Brescia 2008.

<sup>18</sup> A. SAYAD, *La double absence*, op. cit., p. 108.

<sup>19</sup> Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapporto annuale 2013*, Fandango, Roma 2013; B. FRELICK, *Italy/Libya: Pushed Back, Pushed Around - Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers*, Human Rights Watch, 2009.

gli Stati Uniti legittimano questa forma di carcerazione preventiva reputandola necessaria al fine di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico. Se si analizza in profondità tale atteggiamento di protezione è possibile riscontrare, a mio avviso, il presupposto teorico da cui tale atteggiamento trae origine. Alla legittimità, ormai pressoché tacitamente accettata, accordata alla detenzione amministrativa in funzione del controllo dei flussi migratori e la sicurezza che ne deriva, sottende la convinzione che il migrante sia a priori colpevole. La presunzione di colpevolezza del migrante ovvero il presunto pericolo che serba in sé soltanto per il fatto di essere quel che è, costituisce la presupposizione teorica forte da cui derivano le politiche attuali<sup>20</sup>. A sua volta questo sistema di credenze è carico di valenze discriminatorie<sup>21</sup>. Alla luce di tali considerazioni, risulta evidente a livello di percezione sociale il nesso tra immigrazione e colpevolezza e il moltiplicarsi delle ragioni addotte finalizzate a limitare la libertà del migrante. Sulla persona incombe infatti una doppia minaccia: la detenzione amministrativa insieme a quella penitenziaria. Il “pacchetto sicurezza” del 23 maggio 2008, poi convertito nella legge n. 125 del 2008, con l'introduzione del reato di clandestinità, ha segnato un momento di aggravamento delle politiche nazionali rispetto alla tutela della libertà della persona: “La massima commistione tra sanzioni penali e misure amministrative si è realizzata poi con l'aggravamento del reato di inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio e con l'introduzione del reato di immigrazione clandestina”<sup>22</sup>. A causa di un *vulnus* nelle procedure di riconoscimento dei migranti nelle carceri, effetto di una mancanza di gestione tra Ministero degli Interni e Ministero della Giustizia, il migrante, dopo aver scontato la sua pena in carcere, invece di essere rimesso in libertà, viene condotto direttamente in un CIE (Centro di Identificazione ed

---

<sup>20</sup> Rilevante in questo contesto l'analisi condotta da G. Verde: “La libertà personale è un diritto costituzionale la cui natura deriva dal concorso degli articoli 2, 3 e 13 della Costituzione. In particolare, la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare che “il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione. [...] è necessario ricordare che la responsabilità penale è personale ed essa immagina un accertamento della colpevolezza che non può presumersi in ragione della semplice condizione di clandestinità che è subita dalla persona indipendentemente dalla sua volontà”. , cit., AA. VV., *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. VERDE e A. GENNA, Giappichelli, Torino 2012, p. X.

<sup>21</sup> Degno di rilievo a tal riguardo le parole di Campesi: “Negli ultimi decenni, almeno a partire dagli anni '70 del secolo scorso, i principali paesi occidentali hanno manifestato una spiccata tendenza a ricorrere allo strumento della detenzione degli stranieri nel quadro delle politiche di controllo delle migrazioni. Tale peculiare forma di detenzione è in genere di natura amministrativa ed applicata a discrezione dell'autorità di pubblica sicurezza, e della polizia di frontiera, senza necessità di formalizzare un'imputazione penale”. G. CAMPESI, *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, “Politica del Diritto”, XLIII, n. 2-3, 2012, p. 333.

<sup>22</sup> F. VASSALLO PALEOLOGO, *Allontanamento forzato degli stranieri irregolari e stato di diritto alla luce della direttiva 2008/115/CE*, in AA. VV., *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, cit., p. 226.

Espulsione) per procedere all'identificazione, lì il migrante potrà essere trattenuto per un periodo molto lungo, fino a 18 mesi. I tempi della restrizione della libertà personale si allungano notevolmente a causa di una inedia burocratica. Si viene a creare una circolarità tra carceri e CIE, una sorta di doppia pena per il migrante in assenza di una reale colpevolezza, resa ancor più onerosa dal Decreto Legge 23 giugno 2011, n.89 che prolunga fino a 18 mesi la durata della detenzione amministrativa<sup>23</sup>. Le norme vigenti e le prassi attuate agiscono sfavorevolmente sulla salute psico-fisica. La permanenza in carcere lacera le relazioni con la società e la famiglia eventualmente presente in Italia. Molti, principalmente uomini, affermano di mentire ai figli e far loro credere che si trovano lontano da casa per motivi di lavoro<sup>24</sup>. La vita è nel suo insieme messa in crisi, i lunghi periodi di reclusione precludono alla persona il perpetuarsi di una quotidianità, di un lavoro, di una sfera affettiva. La restrizione della libertà incide inesorabilmente sulla persona e si assiste a una sorta di logoramento lento e irreversibile della dignità<sup>25</sup>.

Privare della libertà significa ledere profondamente la dignità della persona. L'oculatazza e la parsimonia della misura restrittiva della libertà personale nel caso dei migranti rimangono ancorate alla sfera del dover essere e della morale, ben lontani dalle pratiche vigenti contraddistinte da abuso di potere e lesione dei diritti umani fondamentali: "Libertà ed uguaglianza sono i valori che stanno a fondamento della democrazia. [...] La maggiore o minore democraticità di un regime si misura proprio dalla maggiore o minore libertà di cui godono i cittadini e dalla maggiore o minore eguaglianza che esiste tra loro"<sup>26</sup>. La restrizione della libertà personale per accertamenti amministrativi è ormai una prassi, sovente discrezionale e ambiguamente arbitraria sempre più accettata sia dall'opinione pubblica che dalle istituzioni. Sebbene diverse sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo siano indirizzate a monitorare le modalità detentive, la detenzione amministrativa come *modus* ha acquisito nel tempo una sempre più allargata accettazione implicita.

Nelle politiche finalizzate al controllo dei flussi migratori, le migrazioni sono sovente affrontate in quanto eventi eccezionali, inaspettati, destabilizzanti cui oc-

<sup>23</sup> Ho affrontato questo tema in L. VERDUCI, *La detenzione affittiva. Dal CIE al carcere, castigo senza delitto*, Terrelibere, 1 giugno 2012, <http://www.terrelibere.org/4534-la-detenzione-affittiva-dal-cie-al-carcere-castigo-senza-delitto>.

<sup>24</sup> Su questo tema, cfr. L. VERDUCI, *Report visita CIE Serraino Vulpitta 11 Maggio 2012*, in <http://siciliamigranti.blogspot.it/>; E. MONTALBANO e L. VERDUCI, *CIE: Detenzioni arbitrarie*, RAINNEWS24, 2012.

<sup>25</sup> A tal proposito, si rivelano illuminanti le parole di Foucault: «Il castigo è passato da un'arte di sensazioni insopportabili a un'economia di diritti sospesi. [...] Senza dubbio la pena non è più centrata sul supplizio come tecnica per far soffrire, e ha preso come oggetto principale la perdita di un bene o un diritto, tra queste la privazione della libertà?». M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris 1975; trad. it. di A. TARCHETTI, *Sorvegliare e Punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 1976, pp. 13-14.

<sup>26</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino 2009, p. VIII.

corre far fronte con mezzi efficaci. Di contro, esse sono un evento naturale, connaturato agli esseri viventi, e gli Stati dispongono di strumenti adeguati per la gestione di situazioni più eterogenee. Sebbene disequilibri interni dovuti a guerre o rivoluzioni (si pensi alle recenti guerre e rivoluzioni avvenute in Tunisia, Libia ed Egitto nel 2011) possano comportare stravolgimenti a livello internazionale e migrazioni di massa, sarebbe d'uopo una certa cautela nel proclamare lo stato d'emergenza. O meglio su situazioni critiche, ma non di certo emergenziali, i governi trovano un evidente vantaggio nel proclamare lo stato di emergenza. Vantaggio che si traduce in attuazione di pratiche e di politiche in bilico tra legalità e illegalità<sup>27</sup>.

Una sorta di *mise-en-scène*<sup>28</sup> sembra essere creata per direzionare l'opinione pubblica e portare avanti strategie che, andando oltre i luoghi primariamente coinvolti, riguardano assetti di spessore internazionale. La dichiarazione dello stato di emergenza<sup>29</sup> nell'ambito delle politiche migratorie consente la sospensione della legalità, allarga il margine di discrezionalità, implementando il potere dello Stato. In molti casi non si tratta di un'emergenza reale, ma di un *escamotage* congegnato *ad hoc* per attuare in una condizione di diritto sospeso, pratiche che in uno stato di diritto risulterebbero palesemente illegittime e in antitesi con la tutela dei diritti umani<sup>30</sup>. La presunzione di colpevolezza delle persone sprovviste di documenti e visti provenienti dal Sud del Mondo e la detenzione amministrativa, sebbene stridano con i diritti fondamentali, riescono ad agire e costituire un sistema di credenze comuni tale da legittimarne l'esistenza. Le credenze che supportano questo sistema retrocedono nella sfera dell'ovvio e dell'implicito evitando qualsiasi messa in discussione e diventando parte dello sfondo culturale della società. I rischi che ne conseguono sono molteplici: l'inacerbirsi delle discriminazioni e delle ineguaglianze a discapito della tutela dei diritti umani e il prevalere di un sistema di privilegi destinati a pochi.

<sup>27</sup> Su questo argomento, cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Diritti sotto sequestro. Dall'emergenza umanitaria allo stato di eccezione*, Aracne, Roma 2012.

<sup>28</sup> Riguardo la gestione dell'immigrazione a Lampedusa e la sua spettacolarizzazione, cfr. P. CUTTITA, *Lo spettacolo del confine. La produzione e messa in scena della frontiera*, Mimesis, Milano 2012.

<sup>29</sup> Rispetto lo stato di emergenza e la legalità eccezionale nel contesto migratorio, afferma Campesi: "Pur essendo stata ormai chiarita la natura detentiva dei centri per stranieri, il legame con la prerogativa sovrana sembra ancor oggi collocare la detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo in una sfera di legalità eccezionale dove i limiti ordinari all'uso del potere detentivo previsti dalle principali costituzioni democratiche non si applicano (G. CAMPESI, *Le libertà degli stranieri*, cit., pp. 348-349).

<sup>30</sup> A tal proposito afferma Agamben: "Ma l'aporia estrema, contro la quale naufraga in ultima istanza tutta la teoria dello stato di necessità, concerne la natura stessa della necessità, che gli autori continuano più o meno inconsapevolmente a pensare come una situazione oggettiva. [...] Il concetto di necessità è un concetto tutto subiettivo, relativo allo scopo che si vuole raggiungere". (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, pp. 40-41).

Ma ancor più grave e dalle conseguenze imprevedibili è l'istaurarsi di un regime di verità fondato sull'esclusione e sul diritto di poter limitare la libertà delle persone per ragioni soltanto presunte e slegate da una reale colpevolezza. Avviene uno slittamento illegittimo dall'azione presumibilmente punibile alla persona punita in quanto appartenente ad un presunto gruppo<sup>31</sup>. Si aprono scenari inaspettati e per molti versi inquietanti: le politiche volte a controllare l'immigrazione e soprattutto le pratiche messe in atto perdono la loro iniziale valenza strumentale per divenire luoghi concettuali di fondazione di verità, sfondi culturali a partire dai quali si strutturano credenze, si dispiegano verità. La denuncia costante di tale processo è dunque indispensabile per la tutela delle vite e della dignità delle persone migranti ma apre a una questione ontologica, politica e sociale insieme: la tutela dell'umanità nella sua interezza.

## 7. Conclusioni

Il percorso analitico che ci ha condotto attraverso le categorie del denaro, della libertà e dell'identità ha fatto emergere la condizione esistenziale del migrante come una dimensione unitaria anche se articolata su più livelli. La scelta di questi tre elementi costitutivi non ha alcuna pretesa di esaustività ma vale come approccio alla complessità di questa particolare espressione di alterità. Come abbiamo visto il denaro non va interpretato come mero strumento, ma, collocato in un più ampio quadro esistenziale, diventa simbolo di aspettative, la libertà appare nella sua fragilità e l'identità, perdendo la sua unicità, assume una valenza burocratica e strumentale.

Alla luce di tale analisi la problematica dei diritti assume una connotazione più ampia. Non si tratta più soltanto di delineare da un punto di vista giuridico una sfera specifica di diritti dei migranti o da un punto di vista sociologico di descrivere le violazioni del diritto cui il migrante va incontro. La condizione esistenziale del migrante vale piuttosto come punto d'osservazione privilegiato per far emergere una determinata dinamica sociale in cui i diritti umani risultano indivisibili e non contrattabili.

---

<sup>31</sup> La questione dell'esclusione connessa al cambiamento di paradigma da un punto di vista storico-sociale è riletto da Foucault attraverso l'introduzione del termine veridizione: «Quando infatti, la pratica penale sostituisce alla domanda “che cosa hai fatto?” la domanda “chi sei?” da quel momento si comprende come la funzione giurisdizionale del penale stia cominciando a trasformarsi, o stia per essere superata, o forse minata dalla questione della veridizione”. (M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours de Collège de France 1978-1979*, Seuil, Gallimard, Paris 2004; trad. it. di M. Bertani e V. Zini, *Nascita della biopolitica. Corsi al Collège de France 1978-1979*, Feltrinelli, Milano 2012, p. 42).

**THE EXISTENTIAL CONDITION OF MIGRANTS  
RELATED TO HUMAN RIGHTS**

by Laura Verduci

**Abstract**

The analytical path that led us through the categories of money, freedom and identity let the immigrant's existential condition emerge as a unitary condition, though it is structured on many levels. The choice of these three constitutive points doesn't claim itself to be exhaustive but stands as an approach to this particular otherness' expression. As already seen, money is not to be interpreted as a mere tool but, considered in a wider existential frame, it becomes an expectations' symbol; freedom shows its vulnerability; identity, once its uniqueness is lost, gets a bureaucratic and instrumental value.

Considering this analysis, the rights' issues take on a wider connotation. The matter isn't just to outline an immigrants' rights specific field from a juridical point of view or, from a sociological one, to give an account of the infringements of their rights. The immigrants' existential condition is rather an advantaged point of view in order to let a particular social dynamics emerge, where human rights turn out as indivisible and non-negotiable.

## Politica dell'immigrazione e tutela dei migranti (una disciplina positiva in corso di evoluzione)<sup>1</sup>

di Vincenzo Cerulli Irelli

SOMMARIO: 1. La politica dell'immigrazione e il controllo dello Stato sul proprio territorio. - 2. Lo statuto dell'immigrato extracomunitario nel contesto nazionale. - 3. L'ingresso nel territorio dello Stato ed il permesso di soggiorno. - 4. Il respingimento alla frontiera e l'espulsione amministrativa. - 5. Il diritto di asilo.

### 1. *La politica dell'immigrazione e il controllo dello Stato sul proprio territorio*

Costituisce principio di diritto internazionale consuetudinario, quello per cui la sovranità territoriale comporta la piena libertà dello Stato di stabilire la propria politica nel campo dell'immigrazione, permanente o temporanea, e di ordinare agli stranieri di abbandonare il proprio territorio. Principio che ha trovato conferma anche nella giurisprudenza internazionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ne ha espressamente riconosciuto la natura consuetudinaria (cfr. sentenze del 28 maggio 1985 § 67, Abdullaziz c/ Regno Unito, e 21 ottobre 1997, § 42, Bonjulifa c. Francia). Al riguardo, la Corte costituzionale ha espressamente affermato che “*lo Stato non può [...] abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno dunque rispettate, e non eluse [...], essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali*» (sentenza n. 353 del 1997)” (sentenza cit. 250/2010).

L'importanza che il fenomeno migratorio ha assunto nei Paesi industrializzati, in conseguenza della crescita costante dei flussi migratori nel corso degli

---

<sup>1</sup> A conclusione del Convegno su “Diritto dell'Immigrazione e Diritti dei Migranti” (Agrigento 22-23 maggio 2013) e tenendo conto delle relazioni a carattere giuridico ivi presentate, si delineano nelle pagine seguenti i tratti più salienti della disciplina vigente nella materia ed i suoi profili problematici.

ultimi decenni, ha indotto gli Stati europei a sviluppare una politica migratoria comune, sia pure con le cautele dovute al rispetto della sovranità statale in ordine al controllo dei confini e della popolazione.

In una prima fase gli Stati membri hanno agito con gli strumenti tradizionali della cooperazione intergovernativa e, quindi al di fuori del quadro giuridico comunitario (i cui sviluppi più significativi si sono avuti con gli accordi di Shengen del 1985, aventi l'obiettivo dell'eliminazione dei controlli fisici alle frontiere interne e della disciplina comune dei controlli alle frontiere esterne). Con il Trattato di Maastricht del 1992 la cooperazione in materia di immigrazione è stata inserita nel terzo pilastro (cooperazione in materia di giustizia e affari interni) e successivamente, con il Trattato di Amsterdam del 1997, la materia relativa a visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse è stata trasferita nel titolo IV del TCE, ed è stata disposta l'incorporazione degli accordi di Shengen, unitamente a tutti gli atti adottati nell'ambito della cooperazione da essi prevista, nel sistema dell'Unione (come previsto dal "*Protocollo relativo all'acquis di Shengen*").

Una vera e propria politica dell'Unione sull'immigrazione ha cominciato a delinearsi soltanto con l'adozione di alcune importanti Direttive aventi ad oggetto il diritto al ricongiungimento familiare (n. 2003/86/CE del Consiglio), lo *status* dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo (n. 2003/109/CE del Consiglio), nonché il contrasto all'immigrazione irregolare, con la previsione di procedure comuni negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti (cd. direttiva rimpatri 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio).

Con il Trattato di Lisbona del 2009 si è successivamente inteso rafforzare la realizzazione di uno spazio europeo comune, e cioè uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui "*sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima*" (art. 3, par. 2, TUE). È attribuito espressamente all'Unione (competenza di tipo concorrente) il compito di sviluppare una "politica comune" in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi; una politica volta a eliminare i controlli alle frontiere interne e a garantire i controlli alle frontiere esterne (art. 77, par. 1, TFUE); ad adottare misure in materia di visti e altri titoli di soggiorno di breve durata (art. 77, par. 2, TFUE) e in materia di asilo, nel rispetto del principio di non respingimento e della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 (art. 78, TFUE); in materia di gestione dei flussi migratori, assicurando l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani (art. 79, TFUE).

Rimangono espressamente riservate alla competenza esclusiva degli Stati membri la "*delimitazione geografica delle rispettive frontiere, conformemente al diritto inter-*

*nazionale*” (art. 77, par. 4 TFUE), e la determinazione del numero degli ingressi di lavoratori provenienti da Paesi terzi (art. 79, par. 5, TFUE).

In sostanza, sulla base di tali norme, la gestione dei flussi migratori da un punto di vista quantitativo rimane una prerogativa degli Stati membri, ma le regole in base alle quali i cittadini degli Stati terzi entrano e soggiornano all'interno dell'Unione è oggetto di una politica comune.

A livello nazionale, la disciplina in materia di regolamentazione dei flussi di ingresso di cittadini extracomunitari e di apolidi è dettata dal d.lgs. 286/1998 (T.U. Immigrazione).

In particolare, è prevista la predisposizione ogni tre anni da parte del Governo, di un documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato, che indica le azioni e gli interventi dello Stato italiano, anche in cooperazione con gli altri Stati e con le istituzioni internazionali e comunitarie e con organizzazioni non governative, in materia di immigrazione, anche mediante la conclusione di accordi con i Paesi di origine, e indica le misure di carattere economico e sociale nei confronti degli stranieri soggiornanti nel territorio dello Stato. Il documento individua inoltre i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato, delinea gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia e prevede ogni possibile strumento per un positivo reinserimento nei Paesi di origine.

Sulla base del predetto documento programmatico vengono individuate le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio nazionale per lavoro subordinato, anche stagionale, e per lavoro autonomo, tenuto conto dei ricongiungimenti familiari e delle misure di protezione temporanea (art. 3, comma, 4 T.U. Immigrazione). I visti di ingresso ed i permessi di soggiorno per lavoro subordinato sono quindi rilasciati entro il limite delle predette quote.

Nello stabilire le quote di ingresso possono essere previste restrizioni numeriche all'ingresso di cittadini di Stati che non collaborano nel contrasto all'immigrazione clandestina o nella riammissione di cittadini destinatari di provvedimenti di rimpatrio; possono essere riservate quote a favore di lavoratori di origine italiana o a favore di lavoratori cittadini di Stati terzi che abbiano concluso accordi bilaterali con l'Italia (art. 21, comma 1, T.U. Immigrazione).

## 2. *Lo statuto dell'immigrato extracomunitario nel contesto nazionale*

2.1. La Costituzione contiene soltanto scarse disposizioni sul tema della posizione giuridica degli stranieri, che viene rimessa in sostanza alla disciplina del diritto internazionale. L'art. 10 si limita infatti a stabilire, al comma 2, che “*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati*

*internazionali*”, e a prevedere, al comma 3, il riconoscimento del diritto di asilo allo straniero “*al quale sia impedito nel suo paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana*”, oltre al divieto di estradizione dello straniero per reati politici.

La materia “immigrazione” con la riforma del titolo V della Costituzione del 2001 è stata riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. b)).

Come è noto, a livello di legislazione ordinaria la disciplina dell’immigrazione e della condizione giuridica dello straniero è dettata dal T.U. Immigrazione, che trova applicazione con riferimento ai cittadini di Stati non appartenenti all’Unione Europea (extracomunitari) e agli apolidi (art. 1).

Il legislatore ha previsto che allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato (e quindi anche agli immigrati che si trovano in posizione di irregolarità, perché entrati abusivamente o perché privi di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno) siano riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti (art. 2, comma 1, T.U. Immigrazione).

Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode poi dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano (art. 2, comma 2) - salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l’Italia e il medesimo T.U. dispongano diversamente, e sempre che, laddove richiesta dalla normativa italiana e dalle convenzioni internazionali, sia accertata la condizione di reciprocità - e partecipa alla vita pubblica locale (art. 2, comma 4).

Inoltre a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio nazionale e alle loro famiglie devono essere garantiti - in attuazione della Convenzione dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) del 1975 sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti - parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani (art. 2, comma 3).

È poi previsto il riconoscimento allo straniero - indipendentemente dalla regolarità o meno della sua posizione - della parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell’accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge (art. 2, comma 5).

A fronte di tali diritti, lo straniero presente nel territorio italiano è ovviamente tenuto all’osservanza degli obblighi previsti dalla normativa vigente (art. 2, comma 9).

Gli stranieri in possesso di regolare permesso di soggiorno (sia per motivi di lavoro che per motivi familiari, di asilo politico, asilo umanitario ecc.) sono soggetti all’obbligo di iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale (SSN) e hanno parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e di doveri rispetto ai cittadini

italiani per quanto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza erogata in Italia dal medesimo SSN (che si estende anche ai familiari a carico regolarmente soggiornanti) e alla sua validità temporale (art. 34, commi 1 e 2).

Ai sensi dell'art. 35 T.U. Immigrazione, agli immigrati irregolari devono essere comunque assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio, e i medesimi accedono ai programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva. Sono, in particolare garantiti la tutela sociale della gravidanza e della maternità, la tutela della salute del minore, le vaccinazioni, gli interventi di profilassi internazionale e la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventuale bonifica dei relativi focolai.

Gli immigrati regolari hanno poi il diritto di accesso all'istruzione universitaria e agli interventi per il diritto allo studio (art. 39) e, se temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza, possono essere ospitati in centri di accoglienza regionali (art. 40); sono destinatari di politiche di integrazione e tutelati contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Inoltre ai minori stranieri presenti nel territorio dello Stato, anche se irregolari, è riconosciuto il diritto/obbligo all'istruzione scolastica, oltre all'accesso ai servizi educativi e alla partecipazione alla vita della comunità scolastica, alle medesime condizioni previste per i cittadini italiani (art. 38 T.U. Immigrazione e art. 45 del D.P.R. 31.8.1999, n. 394, che stabilisce espressamente che "*i minori stranieri presenti sul territorio nazionale hanno diritto all'istruzione indipendentemente dalla regolarità della posizione in ordine al loro soggiorno, nelle forme e nei modi previsti per i cittadini italiani?*"). L'effettività del diritto allo studio è garantita dallo Stato, dalle Regioni e dagli Enti locali anche mediante l'attivazione di appositi corsi ed iniziative per l'apprendimento della lingua italiana (art. 38, comma 2).

2.2. La Corte costituzionale è stata chiamata ripetutamente a pronunciarsi sulla normativa recante la disciplina della condizione giuridica degli stranieri e degli apolidi, sul territorio nazionale, ed ha chiarito quali siano i diritti ad essi spettanti.

Già nel 1967 la Corte ha affermato che anche agli stranieri deve essere garantito il rispetto dei diritti fondamentali: il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 Cost. riferito ai soli cittadini, deve ritenersi esteso anche agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, in conformità dell'ordinamento internazionale (cfr. sentenza n. 120/1967). In particolare, la Corte ha affermato che è "*ovvio che, per quanto attiene ai diritti inviolabili della personalità, che rappresentano un minus rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino, la titolarità di quei diritti, comune al cittadino e allo straniero nell'ambito di quella sfera, non può non importare, entro la stessa, una loro posizione di eguaglianza?*" (sentenza n. 104/1969).

La Corte ha però ammesso che esiste una “differenza basilare” tra il cittadino e lo straniero, ravvisata nel fatto che *“il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo”* (sentenza n. 104/1969 cit.), ciò che legittima l’assoggettamento dello straniero, in via di principio, a diverse discipline legislative e regolamentari. In materia, la Corte riconosce al legislatore ampia discrezionalità, con il solo vincolo della non manifesta irragionevolezza delle proprie scelte (come già riconosciuto nelle sentenze nn. 144 del 1970 e 104 del 1969 cit.). Discrezionalità fondata sulla considerazione che la regolamentazione dell’ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato rappresenta un corollario della stessa nozione di sovranità statale, come affermato ripetutamente dalla Corte Costituzionale (la quale nella sentenza n. 250/2010 ha chiarito che si tratta di *“un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio”*), ed è *“collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione”* (sentenze n. 148/2008, n. 206/2006 e n. 62/1994).

Ogni qualvolta le norme che riguardano gli stranieri incidano sulla libertà personale (art. 13 Cost.) o su principi fondamentali del diritto e del processo penale (artt. 25 e 27 Cost.) o sul diritto di difesa (art. 24 Cost.), la giurisprudenza della Corte si è dimostrata assai rigorosa nel riconoscere minori ambiti di discrezionalità al legislatore (come rilevato da G. CORSO, *La disciplina dell’immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 26.10.2012). Il presupposto da cui muove la Corte è infatti quello per cui le garanzie della libertà personale non subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti: *“per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulturne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani* (sentenza n. 105/2001). Così, sono state dichiarate incostituzionali le norme che prevedevano l’espulsione mediante accompagnamento alla frontiera senza previa convalida dell’autorità giudiziaria (sentenza n. 222/2004), l’arresto obbligatorio per lo straniero che avesse violato l’ordine di lasciare il territorio dello Stato (sentenza n. 223/2004), l’esclusione dai benefici dell’affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà per lo straniero entrato illegalmente (sentenza n. 78/2007).

Insomma, secondo la giurisprudenza costituzionale lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce come spettanti alla persona (si vedano, per tutte, le sentenze n. 203/1997, n. 252/2001, n. 432/2005 e n. 324/2006).

Più di recente, la Corte ha affermato la necessità di riconoscere agli immigrati anche ulteriori diritti, principalmente di natura sociale, partendo dal pre-

supposto che in materia di immigrazione l'intervento pubblico non può limitarsi al controllo degli ingressi, ma investe anche la tutela della salute, l'istruzione, il diritto all'abitazione, materie che intersecano competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente (sentenza n. 300/2005).

La giurisprudenza della Corte ha in particolare affermato che ove si versi in tema di prestazioni sociali destinate a far fronte al "sostentamento" della persona, e quindi a un bisogno primario ed essenziale, qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finisce per risultare in contrasto con il divieto di trattamenti discriminatori sancito dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla Corte di Strasburgo (sentenza n. 187/2010, che ha dichiarato illegittima, perché discriminatoria, la subordinazione del diritto alla concessione dell'assegno di invalidità in favore degli extracomunitari alla titolarità della Carta di soggiorno, che presuppone la presenza nel territorio italiano da oltre 5 anni).

In particolare, ad avviso della Consulta, non sono ammissibili discriminazioni irragionevoli tra le posizioni del cittadino e dello straniero regolarmente soggiornante, in quanto *"è possibile subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni - non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza - alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini?"* (sentenza n. 306/2008, che ha dichiarato illegittime le norme che escludevano l'attribuzione dell'indennità di accompagnamento per inabilità agli stranieri extracomunitari che non risultassero in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno; cfr. anche sentenza n. 4/2013, che ha dichiarato illegittime le norme della Regione Calabria che stabiliscono interventi per il sostegno di persone non autosufficienti, che richiedono il possesso della Carta di soggiorno per poterne beneficiare).

La Corte ha poi riconosciuto l'illegittimità dell'esclusione degli immigrati dal godimento di altri diritti, come quello alla indennità di frequenza per gli immigrati minorenni che necessitano di trattamenti terapeutici o riabilitativi e che non possono svolgere le funzioni della propria età, anche a prescindere dal rilascio della carta di soggiorno (sentenza n. 329/2011); e quello al trasporto di linea gratuito in caso di invalidità (sentenza n. 432/2005).

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha riguardato anche gli stranieri extracomunitari irregolarmente presenti nel territorio dello Stato, riconoscendo ai medesimi alcuni diritti sociali, posti a tutela di beni primari, ed in particolare quello alla salute e all'istruzione (che costituiscono diritti fondamentali, come affermato da A. ZITO, in questo volume).

In particolare, con riguardo al diritto all'assistenza sanitaria la Corte ha precisato che esiste “*un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto. Quest'ultimo deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso*” (sentenza n. 252/2001; n. 269/ 2010). La sentenza n. 252/2001 ha quindi affermato che non si può procedere all'espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio al diritto alla salute.

Sulla base di tale principio, la Consulta ha affermato la legittimità delle norme regionali che riconoscono anche agli stranieri irregolari le fondamentali prestazioni sanitarie ed assistenziali atte a garantire il diritto all'assistenza sanitaria, anche più ampie di quelle garantite dal citato art. 35 del T.U. Immigrazione, nonché ulteriori diritti. Così, ad esempio, la Corte ha avuto modo di riconoscere legittime le norme dettate dalla Regione Campania (l.r. 8 febbraio 2010, n. 6), che prevedono una serie di interventi volti a garantire l'assistenza socio-sanitaria, l'integrazione sociale e la formazione professionale, applicabili anche in favore degli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno, perché finalizzate a tutelare diritti fondamentali, come quello ad una (sebbene precaria e temporanea) sistemazione alloggiativa, che peraltro la Corte ha ritenuto riconducibile «fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione» (cfr. sentenza n. 61/2011).

### 3. *L'ingresso nel territorio dello Stato ed il permesso di soggiorno*

L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido (o documento equipollente) e del visto d'ingresso - rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane nello Stato di origine o di stabile residenza dello straniero - e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti (art. 4, comma 1, T.U. Immigrazione).

In particolare, l'Italia, in armonia con gli obblighi assunti con l'adesione a specifici accordi internazionali, consente l'ingresso nel proprio territorio allo straniero che dimostri di essere in possesso di documentazione idonea a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno stesso e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza (art. 4 comma 3, T.U.).

Non è invece ammesso lo straniero che costituisca una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o che risulti condannato, anche con sentenza

non definitiva, per reati per cui sia previsto l'arresto in flagranza (obbligatorio o facoltativo), ovvero per reati in materia di traffico di stupefacenti, di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione, etc. (art. 4, comma 3).

Lo straniero regolarmente entrato nel territorio italiano può soggiornarvi legittimamente se in possesso di carta di soggiorno o permesso di soggiorno regolari e in corso di validità (art. 5, che ne disciplina il procedimento).

3.1. Avverso il diniego di concessione del visto di ingresso è ammesso ricorso al giudice amministrativo: *“essendo il visto d'ingresso subordinato, al pari del permesso di soggiorno, alla valutazione della sussistenza di requisiti soggettivi o di condizioni internazionali, la P.A. dispiega, nella sua emanazione, una specifica ed ampia discrezionalità, il che esclude la configurabilità, in capo allo straniero, di una posizione di diritto soggettivo al relativo ottenimento”* (Cass., Sez. Unite, sent. n. 6426 del 25.3.2005).

In tema di diniego del permesso di soggiorno, il riparto di giurisdizione è effettuato sulla base dei motivi per cui il permesso è richiesto.

Se il permesso di soggiorno è richiesto per il ricongiungimento familiare (*ex art. 30 T.U. Immigrazione*) o per motivi umanitari (*ex art. 5, comma 6, T.U. Immigrazione*), la giurisdizione è del giudice ordinario, e la posizione giuridica è necessariamente di diritto soggettivo; in caso di mancato rilascio del permesso di soggiorno richiesto per altri motivi, la giurisdizione è del giudice amministrativo.

La Cassazione, in particolare, ha ritenuto che la situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari *“gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'art. 2 Cost., sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate (che, sulla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dovrebbe escludersi nell'ipotesi in cui venga in considerazione il divieto di cui all'art. 27 Cost., comma 3, sostanzialmente corrispondente all'art. 3 CEDU), esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali?”* (Cass., Sez. Un., 9.9.2009, n. 19393). Pertanto, secondo la Corte, la situazione giuridica dello straniero che richieda il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ha consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti fondamentali, con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., esclude che dette situazioni possano essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservate al legislatore. E la giurisdizione sui diritti umani fondamentali, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, spetta al giudice ordinario.

Alle medesime conclusioni è pervenuta la giurisprudenza della Corte rispetto alle analoghe situazioni del diritto di asilo e di quello al riconoscimento dello status di rifugiato, rispetto alle quali il provvedimento giurisdizionale non ha natura costitutiva, ma dichiarativa (cfr. Cass. n. 907/1999, secondo cui “*la qualifica di rifugiato politico ai sensi della convenzione di Ginevra del 29 luglio 1951 costituisce, come quella di avente diritto all’asilo, una figura giuridica riconducibile alla categoria degli “status” e dei diritti soggettivi, con la conseguenza che tutti i provvedimenti assunti dai competenti organi in materia hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva, e le controversie riguardanti il riconoscimento della posizione di rifugiato (così come quelle sul riconoscimento del diritto di asilo) rientrano nella giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria*”; in termini Cass. nn. 5055/2002, 8423/2004 e 11441/2004).

Anche il Consiglio di Stato ha rilevato che sussiste la giurisdizione dell’A.G.O. in ordine ad una controversia relativa ad un provvedimento del Questore di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari, richiesto ex art. 5, comma 6, T.U. Immigrazione, all’esito del rigetto, da parte della Commissione territoriale competente, della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato, “*atteso che (...) le Commissioni territoriali sono espressamente tenute, quando non accolgano la domanda di protezione internazionale, a valutare, per i provvedimenti di cui all’art. 5, comma 6, cit., le conseguenze di un rimpatrio alla luce degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali. Ne consegue che al Questore (...) non è più attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all’adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari, coerentemente con la definitiva attribuzione alle predette Commissioni di tutte le competenze valutative in ordine all’accertamento delle condizioni del diritto alla protezione internazionale, definitivamente affermata nell’art. 32, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, di attuazione della direttiva Ce 2005/85 del 1° dicembre 2005*” (Cons. Stato, Sez. III, 5.6.2012, n. 3309).

Ancora, il Consiglio di Stato ha affermato che a differenza del permesso di soggiorno disciplinato in generale dall’art. 5 T.U. Immigrazione, che è connotato da ampi spazi di discrezionalità da parte della P.A., cui si correlano posizioni di mero interesse legittimo tutelabili dinanzi al giudice amministrativo, il permesso di soggiorno per motivi familiari, contemplato dall’art. 30 dello stesso T.U., “*è atto dovuto, in presenza delle specifiche situazioni tassativamente elencate, e, dunque, integra oggetto di diritti soggettivi, con conseguente devoluzione della relativa controversia al Giudice ordinario*” (Cons. Stato, Sez. VI, 3.5.2007 n. 1940).

Tuttavia, è stato messo in luce come in conseguenza di tale criterio di riparto siano riservate alla cognizione del giudice ordinario, dal legislatore e dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, alcune posizioni giuridiche, qualificate in termini di diritti soggettivi, che in realtà hanno contenuto e consistenza molto simili a quelle attribuite alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (R. CHIEPPA, “*Quale giudice per gli immigrati? Questioni di giurisdizione e competenza*”, in AA. VV., *Frontiere dell’immigrazione o migrazione delle frontiere?*, Atti del Convegno di Trento, 25-26 novembre 2011).

#### 4. *Il respingimento alla frontiera e l'espulsione amministrativa*

4.1. La mancanza dei requisiti per l'ingresso da parte dello straniero comporta il respingimento immediato ai valichi di frontiera da parte della polizia di frontiera (art. 10, comma 1).

Il respingimento è differito, e si attua con accompagnamento alla frontiera da parte del Questore, quando gli stranieri: *a)* siano entrati nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e siano fermati all'ingresso o subito dopo; *b)* siano stati ammessi temporaneamente nel territorio per necessità di pubblico soccorso, seppur privi dei requisiti per l'ingresso (art. 10, comma 2).

Il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti per l'ingresso, o che deve essere comunque respinto a norma del presente articolo, è tenuto a prenderlo immediatamente in carico ed a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero (art. 10, comma 3).

Non può tuttavia attuarsi il respingimento laddove lo straniero versi nelle condizioni per il riconoscimento dell'asilo politico, dello *status* di rifugiato ovvero per l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari (art. 10, comma 4 T.U.).

In ogni caso, allo straniero respinto deve essere assicurata l'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera.

Il provvedimento che dispone il respingimento (così come il decreto di espulsione e quello di revoca o rifiuto del permesso di soggiorno), deve essere scritto e motivato, deve indicare le modalità della sua impugnazione, e deve essere comunicato allo straniero mediante consegna a mani proprie o notificazione (art. 3, D.P.R., 394/1999). Se lo straniero non comprende la lingua italiana, il provvedimento deve essere accompagnato da una sintesi del suo contenuto in una lingua a lui comprensibile, o, in caso di impossibilità, in una delle lingue veicolari (inglese, francese o spagnolo).

4.2. Attualmente la materia delle espulsioni dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea è disciplinata dalla Direttiva 2008/115/CE, cd. "Direttiva rimpatri", che ha dettato un quadro di norme uniformi per tutti gli Stati membri dell'UE, e che è stata attuata in Italia con il d.l. 23.6.2011 n. 89, conv. l. 2.8.2011 n. 129, che ha modificato in parte *qua* la disciplina del T.U. Immigrazione.

L'art. 13 T.U. disciplina due differenti fattispecie di espulsione amministrativa, prevedendo che essa possa essere disposta con provvedimento del Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, o con provvedimento del Prefetto, per motivi inerenti alla carenza dei presupposti per l'ingresso o il soggiorno nel territorio dello Stato.

L'art. 13 prevede che l'esecuzione dell'espulsione possa avvenire mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica disposta dal Questore (nei casi specificamente indicati dalla norma) ovvero mediante partenza volontaria da parte dello straniero, con la concessione di un termine prefissato (se non ricorrono le condizioni per l'accompagnamento immediato).

Il provvedimento che dispone l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera (ex art. 13, comma 4 cit.) deve essere comunicato dal Questore al Giudice di Pace competente entro 48 ore dall'adozione, e la sua esecuzione rimane sospesa sino alla decisione sulla convalida, che deve intervenire entro le 48 ore successive alla comunicazione, pena la perdita di efficacia del provvedimento stesso. La convalida è disposta con decreto motivato, avverso il quale può essere proposto ricorso in Cassazione; ricorso che non ne sospende l'esecuzione (art. 13, comma 5-*bis*).

Se non ricorrono le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera, lo straniero può chiedere al Prefetto la concessione di un termine per allontanarsi volontariamente dal territorio nazionale e il Prefetto, valutando caso per caso, può concedere, con lo stesso provvedimento di espulsione, all'uopo un termine compreso tra 7 e 30 giorni. Al riguardo sussiste un preciso obbligo delle Questure di dare adeguata informazione allo straniero della facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria, "*mediante schede informative plurilingue*" (art. 13, comma 5.1.), e solo in caso di mancata richiesta del termine da parte dello straniero, l'espulsione è eseguita mediante accompagnamento alla frontiera.

Laddove sia concesso un termine per la partenza volontaria, il Questore chiede allo straniero di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso e può disporre alcune misure, che devono essere oggetto di convalida da parte del Giudice di Pace, tra cui la consegna del passaporto, da restituire al momento della partenza; l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente (art. 13, comma 5.2.).

Si è evidenziato come, in realtà, l'accompagnamento alla frontiera rappresenti tuttora la modalità normale di esecuzione dell'espulsione, nonostante la "direttiva rimpatri" preveda espressamente che la concessione di un termine per la partenza volontaria debba essere modalità esecutiva da preferirsi (v. C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, Roma, 26.10.2012). Il legislatore italiano infatti ha previsto che possa essere concesso un termine per la partenza volontaria soltanto in ipotesi particolarmente restrittive, ove non sussistano i presupposti per l'accompagnamento coattivo alla frontiera e soltanto qualora vi sia una specifica richiesta in tal senso da parte dell'espellendo. Peraltro si dubita della coerenza dell'attribuzione in capo al Questore dell'obbligo di informare lo straniero di tale facoltà, considerato che il suo ruolo dovrebbe essere limitato alla sola fase esecutiva dell'espulsione.

Recentemente vi è stato un caso di espulsione di una donna e di una bambina di sei anni di nazionalità kazaka (il caso Shalabayeva), rispettivamente moglie e figlia di un importante uomo di affari e dissidente politico in quello Stato, che ha avuto grandissimo rilievo sulla stampa nazionale e internazionale e che ha messo in grave imbarazzo le Autorità italiane. La donna, prelevata a forza nella propria abitazione in piena notte da un commando di una cinquantina di agenti, è stata espulsa con decreto prefettizio (ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. a)), sul presupposto che la stessa sarebbe entrata clandestinamente nel territorio dello Stato, sottraendosi ai controlli di frontiera ed avrebbe esibito un passaporto diplomatico ritenuto dalla Polizia alterato e/o contraffatto. L'espulsione è stata poi eseguita dalle Autorità italiane mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, e appena due giorni dopo l'adozione del provvedimento del Prefetto la donna e la figlia sono state imbarcate su un aereo appositamente affittato dalle autorità kazake e condotte in Kazakistan.

Soltanto a seguito del ricorso promosso innanzi al Giudice di Pace di Roma, le Autorità italiane hanno revocato il provvedimento di espulsione (ormai già eseguita), riconoscendo che i presupposti per l'adozione di un provvedimento di espulsione *ex art. 13, comma 2, lett. a)*, d.lgs. n. 268/1998, mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, non sussistevano. Quindi, il decreto di revoca ha riconosciuto che il provvedimento di espulsione era illegittimo in quanto la donna era in possesso di un permesso di soggiorno rilasciato in un Paese appartenente all'area Shengen, e che per tale motivo avrebbe potuto essere allontanata soltanto con le diverse procedure di cui all'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 268/1998, e cioè con la concessione di un termine per la partenza volontaria.

Nel caso Shalabayeva la confusione tra le diverse procedure amministrative applicabili, nonché tra le competenze delle diverse autorità giurisdizionali e di polizia è emersa in misura eclatante, ed è all'attenzione della stampa internazionale. Ciò che potrebbe indurre il legislatore ad una risistemazione della materia.

4.3. Se il provvedimento di accompagnamento alla frontiera non può essere eseguito immediatamente, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il Questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il CIE più vicino (art. 14, comma 1). Tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre al rischio di fuga (*ex art. 13, comma 4-bis*), anche la necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo. In luogo del trattenimento presso il CIE possono essere disposte misure alternative, se lo straniero è in possesso di passaporto in corso di validità.

Lo straniero è trattenuto nel centro con modalità che siano idonee ad assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità, e, in ogni caso, la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno (art. 14, comma 2).

Il provvedimento del Questore che dispone il trattenimento presso il CIE deve essere trasmesso al Giudice di Pace territorialmente competente, per la convalida, entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento (art. 14, comma 3). Lo straniero è assistito da un legale di fiducia e ove necessario da un interprete. Il giudice provvede alla convalida con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 13 e 14, e sentito l'interessato, se comparso. Il provvedimento cessa di avere ogni effetto qualora non sia osservato il termine per la decisione. La convalida può essere disposta anche in occasione della convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera, nonché in sede di esame del ricorso avverso il provvedimento di espulsione (art. 14, comma 3).

La convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni, eventualmente prorogabili (art. 14, comma 5); ma anche prima di tale termine, il Questore può eseguire l'espulsione o il respingimento, dandone comunicazione senza ritardo al giudice.

Sono state evidenziate diverse problematiche relativamente al trattenimento degli immigrati presso i centri di accoglienza e di identificazione (v. C. CELONE, in questo volume). In particolare, si è messo in luce il fatto che il provvedimento del Questore che dispone il trattenimento presso il CIE rappresenta un provvedimento di natura amministrativa gravemente limitativo della libertà personale, che consente di trattenere lo straniero per periodi di tempo assai prolungati, che possono raggiungere, mediante diverse proroghe, una durata complessiva di 18 mesi.

Tale forma di restrizione della libertà dell'individuo è disposta con provvedimento dell'autorità amministrativa e non giurisdizionale, ed è slegata da qualsiasi forma di incriminazione o condanna di natura penale. Proprio per l'assenza di un qualunque reato si discute sulla legittimità di tale forma di trattenimento degli immigrati irregolari in centri aventi indubbio carattere detentivo, mediante la quale gli stessi vengono privati, si ribadisce indipendentemente da una incriminazione, anche per diversi mesi, della libertà, e cioè di un diritto fondamentale ed inviolabile della persona, riconosciuto e protetto dalla Costituzione italiana e dal diritto internazionale.

Peraltro, i presupposti legittimanti il trattenimento non sono individuati dal legislatore in modo rigoroso.

L'art. 13, comma 6, prevede poi che il decreto di espulsione e il provvedimento che dispone il trattenimento presso il CIE, nonché ogni altro atto concernente l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, devono essere *“comunicati all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola”*.

Con riferimento a tale disposizione, la giurisprudenza si è a lungo espressa nel senso di ritenere che la presenza sul provvedimento di una attestazione di impossibilità di traduzione costituisca condizione necessaria e sufficiente per il passaggio alla traduzione in una delle tre lingue veicolari (cfr. Cass. civ. [ord.], sez. I, 27.7.2010, n. 17558). Si è tuttavia recentemente affermato un indirizzo interpretativo della Corte di Cassazione, secondo cui *“ad eccezione dei casi in cui la lingua dello straniero sia rara e non facilmente conoscibile sul territorio nazionale, l'Amministrazione dell'interno deve predisporre testi informatizzati dei provvedimenti di espulsione nelle lingue straniere più comunemente parlate dagli immigrati stranieri (arabo, cinese, albanese, russo, ecc.), in modo tale che, pur garantendosi le esigenze dell'Amministrazione di governare con celerità fenomeni complessi, si assicuri tuttavia una informazione effettiva ed immediata allo straniero a garanzia dei suoi diritti”* (Cass. civile, sez. VI, [ord.] 10.9.2012, n. 15129; Sez. VI, 8.3.2012, n. 3678). Alla luce di tale nuovo indirizzo interpretativo non può dunque ritenersi un'ipotesi di impossibilità di traduzione l'indisponibilità di personale idoneo quando si tratta di contenuto standardizzato in una lingua comune a molti immigrati.

Lo straniero espulso, se non sussistono condizioni ostative *ex art. 19*, T.U. sull'immigrazione, è rinvio allo Stato di appartenenza, ovvero, quando ciò non sia possibile, allo Stato di provenienza (art. 13, comma 12).

L'espulsione comporta il divieto per lo straniero di rientrare nel territorio dello Stato per un periodo di tempo compreso tra 3 e 5 anni, salvo che non vi sia una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno.

L'art. 19 del T.U. Immigrazione individua alcune fattispecie di divieto di espulsione, prevedendo anzitutto che *“in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione”* (art. 19, comma 1). In tali casi, lo straniero ha diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, ai sensi dell'art. 5, comma 6, secondo le modalità previste dall'art. 28, comma 1, D.P.R. n. 394/1999.

Inoltre, non è consentita l'espulsione degli stranieri minorenni di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana, e delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono (art. 19, comma 2).

4.4. Circa la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di respingimento emergono diversi orientamenti giurisprudenziali, sia nella giurisprudenza amministrativa che in quella ordinaria.

Secondo un primo orientamento, le controversie relative ai respingimenti con accompagnamento alla frontiera adottati dal Questore ai sensi dell'art. 10,

comma 2, sarebbero devolute al giudice ordinario in ragione di una omogeneità “*contenutistica e funzionale*” con i provvedimenti di espulsione adottati dal Prefetto, rispetto ai quali si porrebbero in un rapporto di *species a genus*, sì che dovrebbe ritenersi applicabile anche ai respingimenti l’art. 13, comma 8, del T.U. Immigrazione, che riserva le opposizioni all’espulsione alla cognizione del giudice ordinario (per la giurisprudenza amministrativa v. TAR Sicilia, 9.9.2010, n. 1036 - che trae argomento anche dal rapporto con la disciplina del diritto di asilo e, in generale, del diritto alla protezione umanitaria - e 17.3.2009, n. 510; TAR Campania, 3 luglio 2007, n. 6441; TAR Calabria, 23.2.2007, nn. 112 e 113; TAR Sicilia, 7.11.2006, n. 2706; TAR Calabria, 26.4.2006, n. 432; per la giurisprudenza ordinaria v. giud. pace Agrigento 8.7.2011, n. 478 e 26.9.2008, n. 555).

Altro orientamento radica in capo al giudice amministrativo l’impugnazione di tali atti, affermandone la natura di atto autoritativo, che lo ricondurrebbe *naturaliter* nella giurisdizione generale di legittimità ai sensi dell’art. 103 Cost., comma 1 (v. per la giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, parere 4.2.2011, n. 571/11; TAR Lombardia, 16.2.2009, n. 1312; TAR Friuli Venezia Giulia 29.1.2007, n. 102; t.r.g.a. Bolzano, 23.9.2006, n. 119; TAR Piemonte 19 luglio 2005, n. 2561; TAR Lazio 28.5.2003, n. 4830; per la giurisprudenza ordinaria v. Trib. Agrigento 26.3.2009; Trib. Palermo 13.5.2005).

Con una recentissima sentenza è intervenuta sulla questione la Corte di Cassazione, che ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, la quale deriva non dall’applicazione analogica dell’art. 13, comma 8, T.U. (ritenuta norma speciale), ma da ragioni di carattere sistematico. In particolare, la Corte ha affermato che “*spetta al giudice ordinario, in mancanza di norma derogatrice al criterio generale, la cognizione dell’impugnazione dei respingimenti, incidendo il relativo provvedimento su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo, in quanto rivolto, senza margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell’Amministrazione, all’accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge ed a quello negativo della insussistenza dei presupposti per l’applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale*” (Cass. civ., Sez. Unite, 17.6.2013, n. 15115).

La medesima Corte ha infatti chiarito che il predetto accertamento negativo circa l’insussistenza dei presupposti costituisce requisito di legittimità del provvedimento di respingimento del Questore, sia pur sulla base di valutazioni necessariamente sommarie, stante l’intrinseca urgenza, e del tutto incidentali.

La Corte Cedu, nella recente sentenza 23 febbraio 2012 (Hirsi Jamaa e altri c. Italia), ha confermato la sussistenza di un preciso obbligo per lo Stato di verificare la sussistenza di condizioni per la concessione della protezione internazionale, ed ha dichiarato illegittimi i respingimenti, effettuati in mare, verso la Libia, per violazione, tra l’altro, dell’art. 3 della Convenzione sui diritti dell’uomo, affermando che “*le difficoltà nella gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso, da parte degli Stati, a pratiche che sarebbero incompatibili con i loro obblighi derivanti*

*da convenzioni*". E, in particolare che *"l'Italia non è dispensata dal dovere di rispettare i propri obblighi derivanti dall'art. 3 della Convenzione per il fatto che i ricorrenti avrebbero omesso di chiedere asilo o di esporre i rischi cui andavano incontro"*.

4.5. La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di espulsione è attribuita rispettivamente al giudice amministrativo ovvero al giudice ordinario, a seconda che il provvedimento sia adottato dal Ministro dell'Interno ovvero dal Prefetto.

Il provvedimento di espulsione di competenza del Ministro dell'Interno presenta aspetti di forte discrezionalità (motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato), ciò che giustifica, secondo diffusa opinione, l'impugnabilità davanti al giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16.1.2006, n. 88, che ha anche affermato che esso è sindacabile dal giudice soltanto sotto il profilo della adeguatezza della motivazione o sul profilo del travisamento, illogicità o arbitrarietà).

Avverso il provvedimento di espulsione prefettizio è previsto il ricorso al giudice ordinario, e segnatamente al Giudice di pace (art. 13, comma 8), trattandosi di provvedimento avente (nella maggior parte dei casi) natura vincolata.

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di tale criterio di riparto. Con la sentenza n. 414/2001 ha affermato che è rimesso ad una scelta discrezionale del legislatore ordinario il conferimento al giudice ordinario o al giudice amministrativo del potere di conoscere un atto della Pubblica Amministrazione (richiamando sul punto la sentenza n. 275/2001), nonché di pronunciarne l'annullamento (v. ord. n. 165/2001). E ha ritenuto non irragionevole la scelta discrezionale del legislatore di attribuire la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione alla giurisdizione del giudice ordinario, per le implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione dello straniero (sent. n. 105/2001; ord. n. 297/2001).

Tale impostazione è stata confermata anche nella successiva sentenza n. 240/2006, in cui la Corte ha confermato la legittimità dell'attribuzione al giudice ordinario della tutela avverso i provvedimenti di espulsione, anche alla luce del principio affermato nella nota sentenza n. 204/2004 in tema di riparto di giurisdizione, sulla base della considerazione che *"il provvedimento di espulsione dello straniero con accompagnamento alla frontiera può incidere sul suo diritto alla libertà personale (sentenze n. 105 del 2001 e n. 222 del 2004)"*.

In relazione a detta sentenza si è evidenziato che proprio il riferimento al diritto alla libertà personale ha permesso alla Corte di *"ancorare il riparto di giurisdizione in materia di immigrazione alla dicotomia diritti soggettivi/interessi legittimi in conformità alle indicazioni espresse nella sentenza n. 204 del 2004, che ha stabilito che la giurisdizione amministrativa è strettamente collegata all'esercizio del potere amministrativo"* (v. R. PAPANIA, in questo volume).

Tuttavia, permangono alcune perplessità sul riparto di giurisdizione così delineato, considerando che a seguito della modifica dell'art. 13 T.U. Immigrazione

intervenuta nel 2011 (d.l. 89/2011, conv. l. 129/2011), sono stati introdotti alcuni elementi di valutazione discrezionale in capo al Prefetto nello stabilire le modalità esecutive dell'espulsione. In particolare, ai sensi dell'art. 13, comma 4-*bis*, il Prefetto deve ora valutare "caso per caso", con un certo margine di discrezionalità, l'effettiva sussistenza del pericolo di fuga dell'espellendo ai fini dell'accompagnamento coattivo alla frontiera.

Peraltro, la scelta di attribuire la competenza in materia al Giudice di Pace, pur rispondente alle esigenze di celerità proprie dei procedimenti espulsivi, suscita dubbi in relazione alla delicatezza degli interessi coinvolti (la libertà personale e i diritti umani fondamentali), per la tutela dei quali il Giudice di Pace non sembra offrire le stesse garanzie dei giudici togati.

## 5. *Il diritto di asilo*

5.1. La Costituzione riconosce alle persone che non posseggono lo *status* di cittadini italiani il diritto di asilo in presenza di alcuni presupposti, e segnatamente l'impedimento nel Paese di origine dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite nella Costituzione italiana (art. 10, comma 3).

La posizione prevalente in dottrina e giurisprudenza è orientata al riconoscimento del diritto di asilo, laddove ricorrono le condizioni di cui all'art. 10, comma 3, Cost., quale diritto soggettivo perfetto ad essere ammesso e a soggiornare nel territorio dello Stato italiano, i cui destinatari sono tutti coloro che, nel proprio Paese, non godono delle garanzie fondamentali assicurate dalla Costituzione italiana (cfr., sul punto, A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 532). E ciò in quanto si ritiene che la Costituzione delinea in modo sufficientemente preciso la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo "*considerando l'impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche come causa giustificativa dell'ottenimento della protezione e l'effettività di tale situazione come criterio di accertamento*" (cfr. E. CANNIZZARO e A. CALIGIURI, *Art. 10*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milanofiori Assago (MI), 2006, 253 ss.).

La posizione soggettiva dei richiedenti asilo, in possesso di dette condizioni, si differenzia da quella degli altri stranieri, cui è riconosciuto soltanto un interesse legittimo ad entrare nel territorio italiano (cfr. Corte Cost., ord. 503/1987, secondo cui "*lo straniero non ha di regola un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno nello Stato e pertanto le relative libertà ben possono essere limitate a tutela di particolari interessi pubblici, quale quello attinente alla sicurezza intesa come ordinato vivere civile*").

5.2. In materia di diritto di asilo sono stati adottati diversi trattati internazionali (tra cui la convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato) e si è radi-

cata la competenza concorrente tra l'Unione Europea e gli Stati membri, ai sensi dell'art. 78 TFUE, che prevede lo sviluppo di una politica comune in materia di "asilo europeo", di "protezione sussidiaria" e di "protezione temporanea", e cioè le tre componenti in cui si articola la protezione internazionale, nel rispetto del principio di non respingimento, degli altri trattati internazionali.

La disciplina europea in materia di protezione internazionale è stata dettata con la direttiva n. 2004/83/CE (successivamente abrogata dalla recente direttiva n. 2011/95/UE, con effetto a partire dal prossimo 21 dicembre 2013) che ha stabilito le norme comuni circa i requisiti per il riconoscimento della qualifica di "rifugiato" a favore dei richiedenti asilo (artt. 9-13) e per il riconoscimento della "protezione sussidiaria" (art. 15), nonché circa i diritti e le prerogative che tali *status* comportano (artt. 20-34); e con la direttiva n. 2001/55/CE, che ha dettato norme comuni per la concessione della "protezione temporanea", nei casi di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi che non possono rientrare nei Paesi di origine, stabilendone il contenuto, nonché per la promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

La predetta normativa comunitaria non riguarda invece (per espressa previsione del considerando n. 9 della direttiva n. 2004/83/CE) il rilascio di permessi di soggiorno per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale.

5.3. A livello nazionale, la disciplina comunitaria in materia di asilo e protezione internazionale è stata attuata con il d.lgs. n. 251/07, riguardante lo *status* di "rifugiato" e la "protezione sussidiaria", e con il d.lgs. n. 85/03, riguardante la "protezione temporanea".

Lo *status* di "rifugiato" è concesso allo straniero che, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese. In particolare, gli atti di persecuzione (ai sensi della Convenzione di Ginevra), devono essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali (il diritto alla vita, la proibizione della tortura, la proibizione della schiavitù e il principio del *nulla poena sine lege*; art. 7, d.lgs. n. 251/07; v. anche art. 8 sui tipi di atti ritenuti persecutori ai fini della concessione dell'asilo). Ad esempio, si è ritenuto idoneo ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato il rischio di persecuzione politica perpetrata nel Paese d'origine consistente nella "*illegittima persecuzione ad opera di funzionari statali durante le operazioni elettorali (...), la distruzione del domicilio nonché la carcerazione ingiustificata del padre e la sua morte in carcere; rileva inoltre la possibilità per il richiedente asilo, di ottenere un processo equo per i reati ascrittigli e di subire una carcerazione ritenuta sicura*" (Cass. civ. [ord.], sez. VI, 11.10.2011, n. 20912). Ancora,

si è ritenuta idonea *“la circostanza per cui l’omosessualità sia considerata un reato dall’ordinamento giuridico del paese di provenienza (...), costituendo una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini omosessuali, che compromette grandemente la loro libertà personale e li pone in una situazione oggettiva di persecuzione, tale da giustificare la concessione della protezione richiesta”* (Cass. civ. [ord.], sez. VI, 20.9.2012, n. 15981).

Sono poi previste specifiche cause di cessazione dello *status* di rifugiato (art. 9) e di esclusione dello stesso (art. 10).

Il riconoscimento dello *status* di rifugiato, all’esito della valutazione positiva della domanda, esclude la possibilità dell’espulsione (art. 20, d.lgs. n. 251/07), salvo che lo straniero rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato o la sicurezza pubblica e comporta il rilascio di un permesso di soggiorno di durata quinquennale. Esso assicura poi il diritto all’unità del nucleo familiare (i familiari del rifugiato hanno i medesimi diritti spettanti a quest’ultimo; art. 22) etc.; l’accesso all’istruzione (art. 26) e all’assistenza sanitaria (art. 27) secondo le modalità previste per i cittadini italiani; la libertà di circolazione nel territorio nazionale (art. 29).

La “protezione sussidiaria” è concessa agli stranieri che, pur non possedendo i requisiti per lo *status* di rifugiato, non possono tornare nei Paesi di origine per il rischio effettivo di subire un grave danno, integrato dalla condanna alla pena di morte, dalla tortura o da altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, e/o dalla minaccia grave e individuale alla vita o all’incolumità di un’altra persona, nelle situazioni di conflitto armato interno o internazionale (art. 14, d.lgs. n. 251/07). Essa comporta il rilascio di un titolo di soggiorno stabile (triennale) e l’accesso ad un ampio quadro di diritti e facoltà (accesso al lavoro, allo studio, alle prestazioni sanitarie).

La domanda per la concessione dello *status* di rifugiato o per la protezione sussidiaria deve essere presentata personalmente dal richiedente presso l’ufficio di polizia di frontiera all’atto dell’ingresso nel territorio nazionale o presso l’ufficio della Questura competente (art. 6, d.lgs. 28.1.2008, n. 25). Sulla domanda si pronunciano le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale. Fino alla decisione della Commissione territoriale competente, il richiedente asilo è autorizzato a rimanere nel territorio dello Stato, in un luogo di residenza individuato dal Prefetto, e a circolare all’interno di un’area geografica delimitata (art. 7, d.lgs. cit. n. 25/2008).

Secondo la giurisprudenza anche lo straniero giunto clandestinamente in Italia e trattenuto per accertamenti presso l’aerostazione di arrivo, ha il diritto di presentare contestuale domanda di asilo e di permanere nello Stato fino alla definizione della procedura avente ad oggetto la verifica delle condizioni per beneficiare dello “*status*” di rifugiato ovvero della protezione umanitaria (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 15.12.2009, n. 26253, secondo cui è *“illegittimo il rifiuto da parte della polizia aeroportuale di ricevere detta istanza in sede di svolgimento dei primi controlli, avendo l’Amministrazione l’obbligo di inoltrarla al questore per le determinazioni di competenza, astenendosi*

*da alcuna forma di respingimento e dall'adozione di misure di espulsione che impediscano il corso e la definizione della domanda presso le commissioni designate*").

Il rigetto della domanda comporta l'obbligo per il richiedente di lasciare il territorio nazionale alla scadenza del termine per l'impugnazione (salvo che gli sia stato rilasciato un permesso di soggiorno ad altro titolo), attraverso un provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera o mediante concessione di un termine per la partenza volontaria (art. 32, comma 4, d.lgs. cit. n. 25/2008).

Avverso le decisioni sul diniego di concessione dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria, e avverso i provvedimenti di revoca, è ammesso ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Il ricorso è possibile anche nel caso in cui l'interessato abbia richiesto il riconoscimento dello *status* di rifugiato e sia stato ammesso esclusivamente alla protezione sussidiaria (art. 35).

La "protezione temporanea" è una procedura di carattere eccezionale, nei casi di afflusso massiccio di stranieri provenienti da Stati terzi, che hanno dovuto abbandonare il loro Paese d'origine e non possono rientrarvi, che garantisce agli stranieri stessi una tutela immediata e temporanea, in particolare qualora sussista il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso (art. 2, d.lgs. n. 85/2003).

Le misure di protezione temporanea possono avere durata massima di un anno (prorogabile per una sola volta di un ulteriore anno) e sono stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che individua le categorie di sfollati ammessi a protezione, la disponibilità ricettiva, le procedure per il rilascio di visti di ingresso e permessi di soggiorno, le misure assistenziali, etc. (artt. 3 e 4). E' previsto il diritto di ricongiungimento dei familiari dello straniero ammesso alla protezione temporanea.

Avverso i provvedimenti di diniego della protezione temporanea può essere presentato ricorso al giudice amministrativo, salvo che il ricorso si fondi sul diritto di ricongiungimento, nel qual caso competente è il giudice ordinario (art. 9).

5.4. Accanto a tali istituti di protezione internazionale, nell'ordinamento italiano vi è anche l'istituto del permesso di soggiorno per motivi umanitari *ex* art. 5, comma 6, del T.U. Immigrazione, che è rilasciato dal Questore previo parere delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello status di rifugiato, o previa acquisizione di documentazione riguardante i motivi della richiesta, relativi ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale.

Con riferimento ai rapporti tra le forme di protezione internazionale e il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, la giurisprudenza ha chiarito che quest'ultimo rappresenta una "*tutela residuale (...) non casualmente correlata ad un predeterminato arco di tempo, [che] spetta quando le gravi ragioni di protezione accertate, ed aventi gravità e precisione pari a quelle sottese alla tutela maggiore, siano sol temporalmente*

*limitate (ad esempio per la speranza di una rapida evoluzione del paese di rimpatrio o per la stessa posizione personale del richiedente, suscettibile di un mutamento che faccia venir meno l'esigenza di protezione)*" (Cass. cit. n. 10686/2012; in termini n. 3491/2012 - Cass. n. 4130/2011 - ved. anche n. 4139/2011).

A fronte della disciplina ordinaria sopra illustrata, di derivazione internazionale ed europea, si discute se il diritto di asilo si esaurisca in queste prescrizioni o permanga tuttora un ulteriore margine di applicazione della disciplina costituzionale, anche per fattispecie non previste da quelle norme, ma riconducibili alla più generale previsione di cui all'art. 10, comma 3, Cost.

La giurisprudenza più recente sembrerebbe escludere tale possibilità. La Corte di Cassazione ha infatti affermato il principio che il diritto di asilo è oggi disciplinato compiutamente dalla legislazione ordinaria in vigore, attraverso gli istituti sopra menzionati (*status* di rifugiato, protezione sussidiaria e temporanea, e permesso di soggiorno per motivi umanitari), cosicché "*non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale*" (Cass. Civ., ord. n. 10686 del 26.6.2012).

Tale impostazione è stata tuttavia criticata (cfr. E. CAVASINO, in questo volume), in quanto non consente di assicurare piena effettività ad un diritto garantito da norme costituzionali, limitando le ipotesi in cui lo stesso può essere riconosciuto e ponendo condizioni al suo esercizio, che non trovano riscontro nella stessa disciplina costituzionale. Ed infatti il riconoscimento della protezione internazionale è legato a presupposti diversi e più restrittivi rispetto a quelli cui la Costituzione subordina il diritto di asilo, e cioè il mancato godimento delle libertà democratiche nel Paese di provenienza.

## IMMIGRATION POLICY AND THE PROTECTION OF MIGRANTS (an evolving discipline)

by Vincenzo Cerulli Irelli

### Abstract

The article outlines the most outstanding features of the legislation on immigration and its problematic profiles, taking into account the reports presented at the Conference on "Immigration law and rights of migrants". It focuses primarily on immigration policy, traditionally regarded as a corollary of State sovereignty, illustrating the powers of the European Union in the matter of asylum, immigration and control of external borders, the common rules and procedures to entry or stay in EU member States and to repatriate irregular citizens of third countries. Then it outlines the "status" of non EU immigrant in the domestic context, with particular regard to the rights of freedom and to the social

rights that must be recognized to him, regardless of the regularity of his stay on the national territory, in the light of the constitutional and legislative framework and in the light of the jurisprudence of the Italian Constitutional Court. Finally, it deals with the national and European legislation on asylum, on entry or stay, on expulsion of migrants, highlighting the most controversial aspects of this legislation with particular regard to the judicial protection and to the allocation of the jurisdiction.



*Hanno collaborato a questo numero:*

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

*Professore ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università Unibrasil di Curitiba, Brasile*

Elisa Cavasino

*Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo*

Cristiano Celone

*Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Palermo*

Vincenzo Cerulli Irelli

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università "Sapienza" di Roma*

Roberta Teresa Di Rosa

*Ricercatore di Sociologia nell'Università degli Studi di Palermo*

Fabrizio Fracchia

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano*

Maria Immordino

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Palermo*

Mons. Francesco Montenegro

*Arcivescovo di Agrigento*

Rosario Papania

*Dottore di Ricerca europeo di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Catania*

Giuseppe Puma

*Dottore di Ricerca di Diritto internazionale e dell'Unione Europea nell'Università "Sapienza" di Roma*

Alessandro Riccobono

*Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Palermo*

Antonio Scaglione

*Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Palermo*

Alessandra Sciarba

*Assegnista di ricerca di Sociologia nell'Università degli Studi di Palermo*

Licia Siracusa

*Ricercatore di Diritto penale nell'Università degli Studi di Palermo*

Ornella Spataro

*Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo*

Giovanni Francesco Tuzzolino

*Professore associato di Composizione architettonica ed urbana nell'Università degli Studi di Palermo*

Laura Verduci

*Dottore magistrale in Filosofia. Mediatore Culturale per Emergency*

Antonio Carlos Wolkmer

*Professore ordinario di Storia delle Istituzioni Giuridiche nell'Università Federale di Santa Catarina di Florianópolis, Brasile*

Alberto Zito

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Teramo*

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI DICEMBRE 2013  
DALLA TIPOGRAFIA "LA BUONA STAMPA s.r.l." CASERTA





